

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**MALİYE ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASALLIK BLOĞU VE YARGISAL
AKTİVİZM**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aziz YİĞİT

NİSAN 2013

TRABZON

KARADENİZ TEKNİK ÜNİVERSİTESİ * SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**MALİYE ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASALLIK BLOĞU VE YARGISAL
AKTİVİZM**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Aziz YİĞİT

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Osman PEHLİVAN

NİSAN 2013

TRABZON

ONAY

Aziz Yiğit tarafından hazırlanan Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloğu ve Yargısal Aktivizm adlı bu çalışma 17.05.2013 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Maliye Anabilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Osman Pehlivan (Başkan-Danışman)

Doç. Dr. Cemil Rakıcı (Üye)

Doç. Dr. Atila Doğan (Üye)

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduklarını onaylarım. 21/06/2013

Prof. Dr. Ahmet ULUSOY
Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada orijinal olmayan her türlü kaynağa eksiksiz atıf yapıldığını, aksinin ortaya çıkması durumunda her tür yasal sonucu kabul ettiğimi beyan ediyorum.

AZİZ YİĞİT

26.04.2013

ÖNSÖZ

Anayasa Mahkemesi, yarım asırlık faaliyetleri ile ülkenin siyasi ve hukuki gündeminde önemli bir yer işgal etmiştir ve konumu gereğince bu durumun devam edeceğini varsayabiliriz. Fakat anayasa yargısının bulunduğu hemen her ülkede bu işlevi gören yargı organları birbirine benzer bir şekilde tartışmaların odağında yer almaktadır. Bu durum muhtemelen bir ölçüde anayasa yargısı yapan kuruluşların siyaset ile hukukun kesiştiği bir alanda gördükleri işlevden ve bir ölçüde de başta anayasa olmak üzere işlevlerini yerine getirirken kullandıkları araçların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada da, hem anayasa yargısının hukuki ve siyasi niteliği, hem de kullandığı enstrümanlar belirlenmeye çalışıldı.

Bu çalışmanın başlamasına ön ayak olan, daha sonra da değerli desteklerini esirgemeyen, hocalarım, Prof. Dr. Osman Pehlivan'a ve Prof. Dr. Mehmet Duman'a en içten teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim. Ayrıca değerli hocam Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez'e ufuk açıcı görüş ve yönlendirmelerinden dolayı teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

BİLDİRİM	III
ÖNSÖZ	IV
İÇİNDEKİLER	V
ÖZET	X
ABSTRACT	XI
KISALTMALAR LİSTESİ	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1. SİYASET HUKUK EKSENİNDE YARGISAL AKTİVİZM VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU	4
1.1. Yargısal Aktivizm: Kavramın Doğuşu ve Anlamı	4
1.2. Hak ve Özgürlüklerin Güvencesi Olarak Parlamentonun Üstünlüğü İlkesinden Anayasanın Üstünlüğüne: Anayasa Mahkemeleri	6
1.2.1. Çoğunluğun Sınırsız Yönetiminden, Çoğunluğun Sınırlı Yönetimine	6
1.2.2. Parlamentonun Yargısal Denetimi	10
1.3. Anayasa Yargısının Meşruiyet Sorunu.....	13
1.3.1. Demokrasi ve Anayasa Yargısı Uyuşmazlığı	13
1.3.2. Anayasa Yargısının Meşruiyetine Yönelik Tezler.....	17
1.3.2.1. Anayasanın Üstünlüğü İlkesine Dayalı Meşruluk Arayışı	17
1.3.2.2. Hak Temelli Meşruluk Arayışı	19
1.3.2.3. Halk İradesine Dayalı Meşrulaştırma Arayışı	24

1.4. Siyasetin Hukukileşmesi ve Yargısal Aktivizm	29
1.4.1. Klasik Kuvvetler Ayrılığı İlkesinde Dengelerin Değişmesi	29
1.4.2. Siyasetin Hukukileşmesi ya da Hukukun Siyasileşmesi.....	31
1.4.3. Anayasa Mahkemesi Hukuki mi Yoksa Siyasi Bir Kurum mu?.....	34
1.4.4. Anayasa Mahkemesi'nin Aktivizmini Destekleyen Faktörler	37
1.4.5. Anayasa Mahkemesi'nin Yetki Alanının Sınırlandırılması	40
1.5. Anayasa Yargısında Yorum ve Hukuk Yaratma	45
1.5.1. Anayasa Yargısında Yorum ve Yorum Anlayışları	45
1.5.2. Anayasa Yargıcının Hukuk Yaratması	48
1.5.3. Anayasa Mahkemesi ile Diğer Yargı Kurumlarının Yorumlarının Etki Farkı	50
1.5.4. Anayasal Yorumun Sınırı ve Yetki Tekeli Sorunu	53
1.5.5. Anayasal Yorum ve Yargısal Aktivizm Hakkında Genel Bir Değerlendirme.....	57
1.6. Cumhuriyet Dönemi Siyasal Sisteminde Merkez-Çevre İlişkileri ve Türk Anayasa Yargısının Kuruluşu	62
1.6.1. 1924 Anayasası ile Çoğunlukçu Demokrasinin Kurulması	62
1.6.2. Tek Parti Yönetimi ve Bürokratik Modernleşme	65
1.6.3. Tek Parti Döneminde Yargı ve Anayasallık Denetimi	69
1.6.4. Çok Partili Demokratik Sisteme Geçiş ve Merkez-Çevre İlişkisi.....	71
1.6.4.1. Çok Partili Demokratik Sisteme Geçişin Sebepleri.....	71
1.6.4.2. Demokrat Parti Dönemi ve Bürokrasinin Huzursuzluğu.....	72
1.6.5. 27 Mayıs İhtilali ve Demokrasinin Kesintiye Uğraması.....	74
1.6.6. 1961 Anayasası'nın Demokratik Niteliği	79
1.6.7. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kurulması	85

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA ANAYASALLIK BLOĞU	88
2.1. Kavram ve Tarihçe	88
2.2. Türk Anayasa Hukuku'nda "Anayasallık Bloğu" Kavramı	94
2.3. Anayasa	97
2.3.1. Anayasa Normları Arasında Hiyerarşi Sorunu	98
2.3.2. Anayasa'nın Özünü ya da Yapısal Temel İlkeler	101
2.3.3. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Değişiklerinin Denetimi.....	105
2.3.4. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliklerini Denetleme Konusundaki Yaklaşımı	106
2.4. Atatürk İlke ve İnkıpları	114
2.4.1. Atatürk İlke ve İnkıplalarının Hukuki ve Siyasi Niteliği.....	114
2.4.2. Atatürk İlke ve İnkıplalarına Yönelik Anayasal Düzenlemeler.....	117
2.4.3. Türk Anayasa Düzeninde Atatürk İnkıplalarının Ölçü Norm Değeri.....	120
2.4.4. Atatürk İlkelerinin Ölçü Norm Niteliği Üzerine Genel Bir Değerlendirme	125
2.4.5. Laiklik İlkesinin Anlamı ve Ölçü Norm Olarak Uygulanması.....	127
2.4.5.1. Laiklik İlkesinin Tanımı ve Özellikleri	127
2.4.5.2. Türkiye'de Laiklik İlkesinin Modernleştirme Projesi Bağlamında Gelişimi.....	130
2.4.5.3. Laiklik İlkesinin Ölçü Norm Olarak Uygulanması	136
2.4.6. Milliyetçilik İlkesinin Anlamı ve Ölçü Norm Olarak Uygulanması.....	141
2.4.6.1. Millet ve Milliyetçilik Kavramlarının Anlamı	141
2.4.6.2. Türkiye'de Milliyetçilik İlkesinin Tarihsel Gelişimi.....	143
2.4.6.3. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Milliyetçilik İlkesi	146
2.4.6.4. Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Milliyetçilik İlkesi	148

2.4.7. Devletçilik İlkesinin Anlamı ve Ölçü Norm Olarak Uygulanması.....	159
2.4.7.1. Devletçilik İlkesinin Anlamı	159
2.4.7.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletçilik İlkesinin Etkisi	160
2.5. Anayasanın Başlangıç İlkeleri.....	164
2.5.1. Başlangıç Bölümleri Konulmasının Tarihçesi ve Anlamı	164
2.5.2. Başlangıç Bölümünün Ölçü Norm Niteliği ile İlgili Değerlendirmeler.....	165
2.5.3. Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Başlangıç Bölümü.....	172
2.6. Hukukun Genel İlkeleri	180
2.6.1. Hukukun Genel İlkelerinin Tanımı ve Hukuksal Dayanağı.....	180
2.6.2. Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Uygulamalarında Hukukun Genel İlkeleri	183
2.6.3. Türk Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Hukukun Genel İlkeleri	185
2.7. Uluslararası Hukuk Kuralları	191
2.7.1. Uluslararası Hukukun Kaynakları	191
2.7.2. Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk Arasındaki Hiyerarşi Sorunu	192
2.7.3. Türk Anayasa Düzeninde Uluslararası Andlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	196
2.7.4. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Andlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	199
2.7.4.1. İnsan Haklarının Ulusüstü Nitelik Kazanması	200
2.7.4.2. Türk Anayasa Düzeninde İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Andlaşmaların Hukuki Değeri	201
2.7.4.3. Türk Anayasa Düzeninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hukuki Değeri	205
2.7.4.4. Türk Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Uluslararası Andlaşmalar	208
2.8. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı	216

2.8.1. Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen Kanun Tekrar Çıkarılabilir mi?	216
2.8.2. Anayasa Mahkemesi Anayasanın Yorumunda Yetki Tekeline Sahip midir?219	
2.8.3. Anayasa Mahkemesi'nin Karar Gerekçeleri Bağlayıcı mıdır?	221
2.8.4. Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması	223
SONUÇ	230
YARARLANILAN KAYNAKLAR.....	237
ÖZGEÇMİŞ	246

ÖZET

1961 Anayasası ile Türkiye'nin hukuk hayatına giriş yapan Türk Anayasa Mahkemesi, yaklaşık 50 yıllık tarihinde verdiği kararlarla siyasi ve hukuki tartışmaların odağında yer almıştır. Tartışmalar ağırlıklı olarak verilen kararların hukuki mi, yoksa siyasi mi olduğu noktasında gerçekleşmektedir. Bu durum, esasında bir mahkeme olarak sorunlara hukuk çerçevesinde kalarak hukuki kararlarla çözüm üretmesi gereken Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal niteliği ile ilgili polemikleri de beraberinde getirmektedir. Acaba Anayasa Mahkemesi hukuki mi, yoksa siyasi bir kurum mu?

Bu soruya cevap verebilmek için çalışmanın birinci bölümünde, “anayasa yargısının doğuşu ve yaygınlaşması”, “anayasa yargısının doğuşunu hazırlayan sebepler”, “anayasa mahkemelerinin yetki sınırının belirsizliği ve yargısal aktivizm” , “anayasa yargısının demokratik meşruiyeti” ile “Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu” hususlarına yer verilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetimi işlevini yerine getirirken kullandığı enstrümanlar ele alınmaya çalışıldı. Bu enstrümanlar, yasaların anayasa uygunluğunun denetiminde kullanılan ölçü normlardır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da geçen ölçü normlar arasında “anayasa”, “Atatürk ilke ve inkılapları”, “anayasanın başlangıç bölümü”, “hukukun genel ilkeleri”, “uluslararası hukuk kuralları” ile “anayasa mahkemesi kararları” sayılabilir. Doktrinde bu ölçü normların tamamını kapsamak üzere “anayasallık bloğu” ya da “ölçü normlar bloğu” denilmektedir. Bu bölümde, bir taraftan bu kural ve ilkelerin ölçü norm olarak değerinin belirlenmesine, diğer taraftan bu kural ve ilkelerin ölçü norm olarak kullanılmasının Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumuna etkisi değerlendirilmeye çalışıldı.

Anahtar Kelimeler: Aktivizm, Anayasa, Atatürk, Yargı.

ABSTRACT

Turkish Constitutional Court, which entered Turkey's legal life through the 1961 Constitution, has been in the centre of political and legal disputes with the decisions it has taken in its history of approximately 50 years. The disputes mainly take place on the issue of whether the decisions taken are legal or political. This state also brings about the polemics regarding institutional nature of the Constitutional Court, which is required to generate solutions for problems through legal decisions within a legal framework essentially as a court. Is the Constitutional Court a legal or a political body?

In order to be able to answer this question, matters of "rising and expansion of constitutional jurisdiction", "the reasons for rising of constitutional jurisdiction", "uncertainty of limits of authority of constitutional courts and judicial activism", "democratic legitimacy of constitutional jurisdiction" and "establishment of Turkish Constitutional Court" were studied in the first chapter of our study.

In the second chapter of our study, we were tried to address the instruments Turkish Constitutional Court uses while carrying out its function of constitutional supervision. These instruments are norms of measurements which are might be used in supervising the conformity of the laws to the constitution. The norms of measurement which are used in the decisions of Constitutional Court are "constitution", "Atatürk's principles and reforms", "general principles of law", "international rules of law" and "decisions of constitutional court". The terms of "Constitutional block" or "block of measurement norms" are mentioned in the doctrine, which cover all of the measurement norms. In this chapter, we were tried to establish the values of these rules and principles as norms of measurement, and at the same time we were studied to understand how using these rules and principles as norms of measurement influences the activist manner of Turkish Constitutional Court.

Keywords: Activism, Constitution, Atatürk, Justice.

KISALTMALAR LİSTESİ

A.B.D.	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	adı geçen eser
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
E.	Esas
Ed.	Editör
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFY	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
K.T.	Karar Tarihi
Md.	Madde

R.G. Resmi Gazete
s. Sayfa
T.C. Türkiye Cumhuriyet
TODAİE Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

GİRİŞ

17. ve 18. yüzyıl liberal düşünürleri, siyasi iktidarın sınırlandırılmasında en önemli vasıtalar olarak devlet iktidarının sınırlarını belirleyen yazılı bir anayasanın varlığını ve kuvvetler ayrılığı prensibini ön plana çıkarmışlardır. Kuvvetler ayrılığı prensibi gereğince; devlet kudreti, yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerine ayrılmıştır. Her bir kuvvetin farklı organlar eli ile kullanılması sayesinde, birbirlerini frenleyecekleri ve bireylerin özgürlüklerine müdahale edemeyecekleri var sayılmıştır.

Her ne kadar bu kuvvetlerin birbirinde bağımsız ve özerk yapıda örgütlenmesi öngörülmüşse de eşit önemde kabul edilmemişlerdir. Milli iradenin ifadesi olan ve özgürlüklerin de yegane güvencesi olarak görülen kanunları çıkarma yetkisine sahip yasama kuvveti, J. Locke tarafından daha kuvvetler ayrılığı prensibi ortaya konulurken ayrıcalıklı bir konuma sahip kılınmıştır. 19. yüzyıl boyunca da Avrupa'da devam eden bu anlayışa uygun olarak yasama kuvvetinin sınırlandırılması ya da denetlenmesi düşünülmemiştir. Zaten parlamentoyu denetleyebilecek diğer iki kuvvetten birisi olan yürütme kuvveti, özgürlükleri tehdit eden ve kanunlarla sınırlandırılmak istenen esas güçtür. Yargı ise, kuvvetler ayrılığı prensibinin babası olarak kabul edilen Monstequieu'dan anayasal denetimi savunan Hamilton'a kadar birçok siyaset bilimci tarafından zayıf bir konuma oturtulmuş, bir iktidar olup olmadığı tartışılmıştır.

Parlamentonun kuvvetler arasındaki ayrıcalıklı konumu ve yargının bir iktidar olup olmadığı ile ilgili tartışmalar sürerken, A.B.D. Yüksek Mahkemesi, 1803 tarihli Marbury v. Madison davası ile kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetime tabi olmasının yolunu açmıştır. Ama, parlamento tasarruflarının yargı organı tarafından denetimi uzun süre A.B.D.'ne has bir özellik olarak görülmüş ve Avrupa ülkelerinde kabul görmemiştir. Fakat sonraki yıllarda yaşanan deneyimler yazılı bir anayasanın varlığına rağmen parlamentonun da kanun yolu ile baskı rejimi oluşturabileceğini, bunu önlemek için de parlamentonun yetkisini anayasal sınırlar içinde kullanmasını sağlayacak bir denetim mekanizmasının gerekliliği düşüncesi hem teoride hem de uygulamada

yaygınlaşmıştır. İki dünya savaşı arasındaki dönemde bazı Avrupa ülkelerinde yargısal denetim sisteminin uygulanmasına başlanmış olmakla beraber, bu konudaki asıl önemli gelişme yoğun insan hakları ihlallerinin yaşandığı İkinci Dünya Savaşı'nın ardından yaşanmıştır.

Artık, günümüzde kanunların yargısal denetimi küresel bir olgu haline gelmiştir. Ancak, anayasa yargısının kabul edildiği bütün ülkelere özgü olarak ortaya çıkan temel sorun, halkın iradesi ile oluşan parlamentonun üzerinde belli sayıda yargıçtan oluşan mahkemelerin yaptığı denetimin demokrasi ve kuvvetler ayrılığı prensibi ile bağdaşp bağdaşmadığıdır. Özellikle, anayasalarda yer alan genel ve soyut nitelikteki siyasi değer, ilke ve kavramlara dayanarak, yasamanın siyasi tercihini yansıtan kanunların denetlenmesi sık sık, yargıçların hukuki argümanların ötesinde kendi kişisel ve siyasi tercihleri doğrultusunda karar verdikleri şeklinde eleştirilere yol açmaktadır. Bu bağlamda, genelde anayasa mahkemeleri, özelde ise Türk Anayasa Mahkemesi var oldukları günden itibaren tartışmalı kuruluşlar olarak varlıklarını sürdürmektedirler.

Bu çerçevede, çalışmanın Birinci Bölümünde, ilk olarak, yargısal aktivizm kavramının ortaya çıkışı ve kavram üzerindeki tartışmalara yer verilmiştir. Daha sonra, dünyada anayasa yargısının doğuşuna yol açan gelişmelere ve anayasa yargısının, özünde siyasi bir işlev olduğu bilinen kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapmasının meşruluğuna dair tartışmalar ele alınmıştır. Özellikle, anayasa mahkemelerinin, anayasa gibi soyut ve genel ilkeler içeren siyasi bir metne dayanarak yapacağı denetim, kolaylıkla hukukilikten siyasilik ya da yerindelik denetimine kayma riskini içinde taşımaktadır. Bu durum, anayasa mahkemesinin yetkisinin sınırlarını ilgilendirmekte olup, siyasetin hukukileşmesi ve yargısal aktivizm ile anayasanın yorumu ya da anayasa normlarının somutlaştırılması işlemi sırasında ortaya çıkan hukuk yaratma olgusu bağlamında irdelenmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ayrıca, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu tarihsel şartlar da göz önünde tutularak ele alınmaktadır.

Diğer taraftan, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde kullanılacak ölçü norm ve ilkeler, anayasa mahkemelerinin aktivizminde önemli bir etken olabilmektedir. Şöyle ki, yasama organının çıkardığı kanunun geçerli olup olmadığının belirlenmesinde esas alınacak norm alanı genişledikçe, anayasa mahkemesinin yapacağı denetimde

yasamanın iradesine müdahale edebilme imkanı da genişleyebilecektir. Esasında, yapılan denetimin doğası gereği, anayasaya uygunluk denetiminde sadece anayasa metninin ölçü alınması gerektiği ileri sürülebilir. Fakat, doktrinde bazı yazarlar tarafından, anayasa dışında, Türk Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında ölçü olarak kullandığı belli norm ve ilkelerin olduğu, bu norm ve ilkelerin anayasa ile birlikte ölçü normlar (anayasallık) bloğunu oluşturduğu ileri sürülmektedir.

Bu bağlamda, İkinci Bölümde, “ölçü norm” oldukları ifade edilen; “anayasa”, “Atatürk ilke ve inkılapları”, “anayasanın başlangıç bölümü”, “hukukun genel ilkeleri”, “uluslararası hukuk kuralları” ile “anayasa mahkemesi kararları”nın, bir taraftan ölçü norm olarak değeri, diğer taraftan bu kural ve ilkelerin Türk Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü norm olarak kullanılmasının gerekçeleri ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumuna etkisi doktrinde ileri sürülen görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında belirlenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. SİYASET HUKUK EKSENİNDE YARGISAL AKTİVİZM VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU

1.1. Yargısal Aktivizm: Kavramın Doğuşu ve Anlamı

Yargısal aktivizm kavramı, ABD’de Yüksek Mahkeme kararlarına atıfla yapılan tartışmalar bağlamında ortaya çıkmıştır. Kavramı ilk kullanan kişi olan Arthur M. Schlesinger, Yüksek Mahkeme yargıçlarını “yargısal aktivizm” ve “yargısal kendi kendini sınırlama” taraftarları olarak ikiye ayırmıştır. Ayrımında belirleyici olan kriter, Mahkeme’nin yaptığı yorumun sınıridir. Bu yorum, anayasa ile sınırlı mı kalacak yoksa Mahkeme’nin kendi görüşleri de bu yoruma yansiyacak mı? Eğer, üyeler kendi görüşlerini de Anayasa’nın yorumuna yansıtacak olurlarsa, bu aynı zamanda Mahkeme’nin devletin diğer organları üzerindeki etkisinin artması, diğer organlar aleyhine olarak Mahkeme’nin yetki alanının genişlemesini sağlayacaktır. Bu durumda, kuvvetler ayrılığı açısından Mahkeme, sınırları belirsiz bir güç haline gelebilecektir. Bu açıdan bakıldığında yargısal aktivizm, olumsuz anlamda kullanılan bir kavram olarak göze çarpmaktadır.¹

Genellikle kuvvetler ayrığı ilkesinin ihlal edilerek yargının yasamaya müdahalesi bağlamında kullanılan yargısal aktivizmi, Hakyemez, şu şekilde tanımlamaktadır:

Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur.²

¹ Serdar Gülener, *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti*, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s. 262-263.

² Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 35.

Söz konusu tanıma göre, anayasa mahkemesi aktivist bir tavır sergilerken, kurucu iktidar gibi yazılı bir kural ihdas etmeyip, mevcut anayasa hükümlerinin anlamını yaptığı yorum faaliyeti ile zorlayarak, kendi görüşünü anayasanın gerçek anlamının yerine ikame etmektedir³. Dolayısıyla, mahkeme, yasama organı gibi bir işlem yapmamakla beraber, anayasanın soyut ve genel hükümlerinden çıkardığı ilke ve kurallara dayanarak, yasamanın iradesini etkisizleştirecek şekilde politik bir tutum takınmaktadır. Bu durumda, Hakyemez’in ifade ettiği gibi, “anayasa yargısının görevi bir tür anayasa yapma işine dönüşebilir ve o zaman anayasal yorum yapma, bir “anayasa mühendisliği” aracı haline gelir ki, demokrasi kuramı açısından anayasa yargısının sınırları ile ilgili asıl sorun da bu noktada ortaya çıkmaktadır”.⁴ Diğer bir deyişle, üyeleri halkın oyuyla belirlenen ve halka hesap vermek zorunda olan parlamentoların yerine, atanmış üyelerden oluşan ve kararlarından dolayı siyaseten sorumlu tutulamayan anayasa mahkemeleri, ülkenin politik kararlarını alabiliyorsa yargısal aktivizmin varlığından söz edilebilecektir.⁵

Ancak, Hakyemez’e göre, yargısal aktivizm olumsuz bir şekilde yargı kararlarını eleştirmek amacıyla kullanılıyorsa da, hukuku oldukça zorlayan ve açık hukuk kurallarına aykırı karar verme biçimindeki aşırı örnekler dışında kalan bir yargısal aktivizm gerekli olabilir. Nitekim, insan haklarını çağın gerekleri ile uyumlu kılmak üzere özgürlükçü açılım getiren aktivizm olumlu ve hatta gerekli sayılabilecekken, siyasal iktidarın temel kamusal politikalarının denetlendiği durumlarda iptal kararı verebilmek amacıyla sergilenen aktivist tutum için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.⁶

Doktrinde bazı yazarlar da, anayasa yargısının, anayasayı yorum yoluyla geliştirmek, değişen şartlara uyarlamak suretiyle anayasanın yaşamasını sağlayacağı görüşündedir.⁷ Nitekim, Can’a göre de, özellikle, “ideolojik tercihler ve anakronik reflekslerle biçimlenmiş anayasalarda”, anayasanın yorum yoluyla sosyal ve siyasal şartlara uydurulması, anayasa yargısının tarihsel bir görevi olarak ortaya çıkmaktadır.

³ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 39.

⁴ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 33-34.

⁵ Fatih Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 180.

⁶ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 38.

⁷ Mehmet Tevfik Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007, s. 200.

Hatta, bu amaçla anayasa mahkemesi, hukuk metodolojisinin temel araçlarını kullanarak hukuk yaratabilir.⁸ Yine Can'a göre, anayasa mahkemesi, insan onurunun korunması amacıyla "siyasal iktidarın yarattığı dogmatik söylemlerin üstünde, "Anayasanın da üstünde geçerli evrensel hukuk ilkeleri" ışığında yorumladığı Anayasanın objektif iradesiyle bağlıdır".⁹

Sonuç olarak, yargısal aktivizm, özellikle, anayasa yargıçlarının, demokratik gelenekte halkın iradesini temsil ettiği kabul edilen parlamento üzerinde yaptıkları anayasallık denetiminde, kendi ideolojik değer yargılarına uygun bir sonuca varmak üzere yorum yoluyla anayasanın anlamını saptırmaları ve böylece yasama iradesine müdahalede bulunmaları şeklinde tanımlayabiliriz. Ancak, doktrinde, ağırlıklı olarak, anayasa mahkemesinin, siyasi iktidarın sosyal ve ekonomik politikalarına müdahale şeklinde gerçekleşen aktivizm olumsuz kabul edilirken, insan haklarının lehine olan yargısal aktivizm olumlu ve hatta gerekli görülmektedir.¹⁰

1.2. Hak ve Özgürlüklerin Güvencesi Olarak Parlatentonun Üstünlüğü İlkesinden Anayasanın Üstünlüğüne: Anayasa Mahkemeleri

1.2.1. Çoğunluğun Sınırsız Yönetiminden Çoğunluğun Sınırlı Yönetimine

Özgürlüklerin siyasi iktidarlara karşı korunması ve iktidarın sınırlandırılmasına yönelik arayışlara 19. yüzyılda verilen cevap, özgürlüklerin yegane düşmanı olarak görülen yürütme iktidarına karşı parlatentonun üstünlüğünün tesis edilmesi şeklindeydi. Bu yüzyıldaki anlayışa göre, özgürlüklerin en büyük güvencesi kanunlardı. Özgürlüklere karşı yürütmeden gelebilecek tehlikeleri önlemenin en etkin yolu, özgürlüklerin yasama organı tarafından düzenlenmesi olarak görülüyordu.¹¹ Parlatento iradesinin üstünlüğüne olan inanç, parlatentonun özgürlüklerin koruyucusu olması yanında, Rousseau'nun genel irade teorisi tarafından da beslenmekteydi. Buna göre, yasamanın yaptığı kanun, temsilciler aracılığıyla ifade edilen ulusun genel iradesine karşılık gelmektedir. Genel irade

⁸ Osman Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 55.

⁹ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 62.

¹⁰ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 38.

¹¹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 11. Bası, İstanbul: Beta Basım, 2006, s. 178-179.

ise, Rousseau'ya göre, mutlak, yanılmazdır ve her zaman kamunun iyiliğine yöneliktir. Bu anlayışın doğal sonucu yasama işlemini kutsallaştırmak, siyasi ve hukuki planda üstünlüğünü kurmaktır. Yasama işleminin üstünlüğü, onu onaylayan Parlamento'nun da üstünlüğüdür. Böylece, Çağlar'ın ifadesiyle, "Parlamentar egemenlik dönemi başlamış, "Yasa-merkezcilik"(légicentrisme) kurulmuş, demokrasi de bu mantıkla tanımlanmıştır".¹²

Parlamentonun halkın iradesini temsil ettiği ve bu iradenin yanılmaz ve mutlak olduğu yolundaki inanç, çoğunlukçu demokrasi modelinin ortaya çıkışını sağlamıştır. Hakyemez'in ifadesiyle, "Demokrasilerde karar alma sürecinde karşımıza çıkan çoğunluğun yönetme hakkı, aslında sadece demokrasinin temel bir ilkesi olması gerekirken"¹³, söz konusu ilke bir amaç haline gelmiş, çoğunluk iradesi milli irade ile özdeş kabul edilmiş ve parlamentodaki çoğunluk iradesinin sınırlandırılması, milletin egemenlik hakkına bir saldırı olarak görülmüştür.

Nitekim, bu yaklaşım, parlamenter sistem geleneğinin yerleşmiş olduğu Avrupa ülkelerinde yasama işlemlerini denetleyecek anayasal mekanizmaların kurulmasını zorlaştırmıştır. Çünkü, yasama organının iradesine müdahale edebilecek bir yargı gücü, milli iradeyi temsil ettiği düşünülen parlamentolara dayalı sistemlerin mantığına aykırı düşüyor ve buna millet egemenliğini zedeleyen "anti-demokratik" bir çözüm olarak şüpheyle bakılıyordu.¹⁴ Ayrıca, yasama organının temel haklar üzerindeki yetkisini denetim altına almak ne gerekli ne de amaca uygun görülüyordu, çünkü parlamento güçler ayrımı sistemi içinde en soylu organ olarak halktan aldığı meşruluğunu bu yolla bir ölçüde elinden kaçırabilirdi.¹⁵

Fakat, siyasal yapıdaki bazı değişimler parlamento iradesini milli irade olarak kutsayan anlayışın zamanla değişmesine yol açmıştır. Özellikle, siyasi partilerin ortaya çıkışları ile parlamenter sistemin yapısında ve işleyişinde yaşanan değişimlerin sonucu olarak, yasama-yürütme arasında nispi bir bütünleşme gerçekleşmiştir. Kanunlar da, artık

¹² Bakır Çağlar, "Hukuk"la Kavranan Demokrasi ya da "Anayasal Demokrasi", **Anayasa Yargısı**, C. 10, 1993, s. 235.

¹³ Yusuf Şevki Hakyemez, "Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı-Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi", **AÜHFD**, C. 52/1-4, 2003, s. 74.

¹⁴ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 5. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1979, s. 74-75.

¹⁵ Karl Doehring, (Çev.) Ahmet Mumcu, **Genel Devlet Kuramı**, 3. Baskı, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002, s. 232.

hükümet iradesinin, dayanışma halindeki bir çoğunluk tarafından uygun bulunmasını ifade etmeye başlamıştır. Başka bir deyişle, kanunlar güvenoyu almış hükümet programının gerçekleştirme araçları haline gelmiştir.¹⁶

Aslında, milli irade anlayışındaki bu değişimden önce de liberal gelenek içinde yer alan düşünürler, demokrasiye ve dolayısıyla halkın yönetimine şüpheyle bakmışlar, demokratik yönetim altında büyük önem verdikleri özgürlüklerin tehlikede olacağına dair bir endişeyi daima içlerinde taşımışlardır. Heywood liberallerin bu endişesini şu şekilde ifade etmektedir:

Mill, tüm liberallerle aynı paralelde, demokrasinin tehlikesinden de haberdardı. (...) onun demokrasi karşısındaki başlıca çekincesi, Alexis de Tocqueville'in meşhur tanımıyla "çoğunluğun tiranlığı"ndan duyulan liberal korkuya dayanıyordu. Diğer bir ifadeyle, demokrasi her zaman bireysel özgürlüklerin ve azınlık haklarının halk adına tahrip edilmesi tehlikesi içerir.¹⁷

Liberal düşünürler için önemli olan insan hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Demokrasi, hak ve özgürlüklerle en uyumlu yönetim biçimi olarak görüldüğü için makbuldür. Yoksa demokrasi kendi başına bir amaç değil, hak ve özgürlüklerin varlığı için bir araçtır. Bireysel özgürlükler insan doğasına yerleşik haklar olduğu için, bunların varlığına karşı herhangi bir toplumsal mutabakatı meşru kabul etmek mümkün değildir. Ne kadar demokratik olursa olsun, her türlü mutabakat karşısında bu özgürlüklerin mutlak önceliği vardır. Dolayısıyla, liberalizmin esas amacı, "bireylerin özgürlük alanlarının hem egemen hükümdarlara hem de egemen halka karşı güvenceye alınmasını sağlamaktır".¹⁸

Liberal düşünürlerin fikirlerinin de katkısıyla, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin aşınmasına yol açan bu gelişmeler demokrasi anlayışını da etkilemiştir. Şüphesiz ki, bir siyasi iktidar ya da yönetim varsa belli bir karar alma sürecinin de olması gerekir. Eğer demokrasi söz konusu ise, siyasi eşitlik ilkesini de göz önünde tutarak en ideal karar alma şeklinin oybirliği olduğu söylenebilir. Fakat bir toplumda insanların oybirliği ile karar alabilmesi pek gerçekçi bir durum değildir. Ayrıca bu durumda azınlıkta kalan bir grup,

¹⁶ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 178.

¹⁷ Andrew Heywood, (Ed.) Buğra Akın, **Siyaset**, Ankara: Adres Yayınları, 2007, s. 108.

¹⁸ Mithat Sancar, "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?", (Ed.) Dr. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, s. 47.

oybirliğinin oluşmasına engel olarak çoğunluk üzerinde yönetim imkanına kavuşabilecektir. Çoğunluk ilkesi yerine azınlığın yönetme hakkı da uygun bir seçenek değildir. “(...) çünkü azınlığın doğru veya akıllı kararlar alabileceği konusunda sağlam hiçbir gerekçemiz yoktur. Aksine bu yol bizi azınlığın diktatörlüğüne götürebilir”.¹⁹ Bu durumda çoğunluğun yönetme hakkının kabulü alternatiflerinin daha iyi olmamasından kaynaklanmaktadır.²⁰

Günümüzde, her ne kadar, demokratik bir yönetimde çoğunluğun yönetme hakkı varsa da, bu hak mutlak ve sınırsız olarak kabul edilmemektedir. Artık, çoğunluğun mutlak yönetim hakkı yerine, çoğunluğun sınırlı yönetme hakkından bahsedilmektedir. Bu gelişme beraberinde demokrasi anlayışında da bir değişimi getirmiştir. 19. yüzyılın çoğunlukçu demokrasisi yerine bugün kabul gören çoğulcu demokrasi anlayışıdır. “Çoğulcu demokrasi anlayışında yine çoğunluğun yönetim hakkı temel bir ilke olarak kalmaktadır. Hatta bu anlayışta en önemli karar alma organı pozisyonundaki parlamentonun yeri de aynen korunmuştur. (...) ancak onun yetkileri sınırsız değildir”.²¹

Çoğulcu demokrasi anlayışında çoğunluk ilkesi tek başına demokrasinin yeterli şartı olmaktan uzaktır. Özellikle, azınlıkta kalanların ayrımcılığa uğramaması ve ilerde çoğunluk haline gelmesini sağlayacak haklara sahip olmasını öngören bir anlayış çerçevesinde demokratik bir çoğunluk ilkesinden bahsedebiliriz. Sancar’ın ifadesiyle, “Bizatihi çoğunluk ilkesinin meşruluğu, azınlık görüşünün eşit değerinde bir alternatif olarak mevcut olmasına bağlıdır”.²²

Çoğulcu demokrasi anlayışında, temel hak ve özgürlüklerin ve özellikle toplumun azınlıkta kalan kesimlerinin muhalefet hakkının güvence altına alınması amacıyla parlamento da dahil her türlü siyasi iktidarın sınırlandırılması öngörülmektedir. Bu sınırlandırma ameliyesi için akla gelen ilk formül yasa koyucuyu da bağlayan bir anayasanın yapılmasıdır. Böylece, yasa koyucunun kanun yaparken gözetmesi gereken bazı üstün ilkeler pozitif hukuk kuralları haline getirilerek oluşturulan yazılı anayasalar vasıtasıyla parlamentonun üstünlüğü ilkesinin yerine anayasanın üstünlüğü ilkesi

¹⁹ Mehmet Turhan, **Siyaset ve Anayasa**, Ankara: Gündoğan Yayınları, 1995, s.122-123.

²⁰ Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı-Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, s. 74.

²¹ Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı-Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, s. 76.

²² Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, s. 52.

getirilmektedir. Artık, kanun koyucudan yapacağı kanunlarda anayasaya uygun davranması beklenmektedir.²³

1.2.2. Parlametonun Yargısal Denetimi

Demokratik yönetimde karar alma yöntemi olan çoğunluk ilkesi gereği halkın oylarıyla oluşturulan ve dolaylı olarak milleti temsil eden parlamenter çoğunluğun iradesinin anayasaya ve anayasada düzenlenmiş hak ve özgürlüklere aykırı gerçekleşmemesi nasıl sağlanacaktır?

Bu soruya verilecek en makul cevap ilk etapta siyasal denetim gibi görünmektedir. Kanun, siyasi tercihleri yansıtan ve siyasi sonuçlar doğuran bir işlem olduğuna göre, bunu da ancak siyasi bir kuruluş değerlendirebilir.²⁴

Günümüzde uygulanan siyasal denetim yöntemleri; meclis dışında siyasi bir kuruluşun bu amaçla görevlendirilmesi, yasama organı bünyesinde oluşturulan komisyonlar ve özellikle anayasa komisyonu, yasama organının çift meclisli olması ve cumhurbaşkanına tanınan geciktirici veya mutlak veto yetkisi olarak sıralanabilir.²⁵

Doktrinde siyasal denetim şekline yönelik çeşitli itirazlar ileri sürülmüştür. Birinci olarak; kanunların anayasa kurallarına uygunluğu sorununun hukuki bir niteliğe sahip olduğu ve dolayısıyla bu sorunun çözümünde hukuki bir bakış açısı ile hukuki bir yöntemin kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. Halbuki, siyasal bir kuruluş tarafından yapılacak denetimde siyasi bir bakış açısı ön plana çıkarılarak, yapılacak denetimin kamu yararına uygunluk yani yerindelik denetimine kayması muhtemeldir. Bu durumda, denetim organı kanun koyucu gibi davranabilecektir.²⁶

Ayrıca, siyasal kuruluşlar tarafından yapılan denetimin tarafsız olamayacağı ve anayasanın üstünlüğü ilkesi ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yeterli güvence

²³ Erdal Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara: AÜHFY, 2003, s. 9.

²⁴ Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, İstanbul: Beta Basım, 2009, s. 457.

²⁵ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 19.

²⁶ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 177.

oluşturamayacağı ifade edilmektedir. Nitekim, yasamanın anayasaya uygun davranmasını sağlamak üzere kamuoyu ve seçimlerde seçmenlerin tutumuna güvenmenin de “haklarının Anayasa tarafından korunmasını uman bir azınlık için fazla bir teselli ve avunç nedeni” olmayacağı belirtilmektedir.²⁷

Bugün, siyasal denetimin yetersizliğine yönelik eleştiriler karşısında, yasamayı anayasal sınırlar içinde tutarak anayasal hakları korumanın en güvenli yolu olarak yargısal denetim savunulmaktaysa da, uzunca bir süre, Avrupa ülkelerinde parlamentonun bir yargı organı tarafından denetlenerek, anayasaya uygun hareket etmesinin sağlanması kabul edilemez görülmüştür. Bu durumun bir sonucu olarak, “yakın denilebilecek zamanlara kadar, hukuk devleti deyiminden esas itibariyle yürütme organının kanunlara bağlılığını sağlayacak yargısal denetim anlaşılmıştır”.²⁸

18. ve 19. yüzyıl boyunca hukuk dünyası, bir yargıcın rolünü sadece kanunun önündeki olaya uygulamaktan ibaret görmekte, yargı organının, bir kanunun üstün bir hukuk kuralına yani anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi gibi bir düşünceye karşı çıkmaktaydı.²⁹ Nitekim 1791 tarihli Fransa Anayasası, “Mahkemeler yasama yetkisinin kullanılmasına müdahalede bulunamazlar; kanunların yürütülmesine engel olamazlar; idarecileri gördükleri işlerden dolayı sorumlu tutamazlar”³⁰ şeklindeki düzenlemesiyle parlamento üzerinde bir yargı denetiminin kurulmasına imkan tanımamaktaydı. Yasamanın yargı denetimine tabi olması hem klasik güçler ayrımı sistemine hem de demokrasi anlayışına aykırı görülmekteydi.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine sıcak bakılmaması ve bu yetkinin yargı organlarına verilmesinden kaçınılmasına rağmen, anayasal denetim süreci, yargı organlarının içtihat yoluyla bu yetkiyi kendilerine tanımasıyla başlamıştır. Bu modelin en çarpıcı örneği Amerika Birleşik Devletleri’dir.³¹ A.B.D.’nde, Yüksek Mahkeme, Anayasa’da kendisine açık bir yetki verilmediği halde, Marbury v. Madison

²⁷ Wheare, K. C., (Çev.) Mehmet Turhan, **Modern Anayasalar**, İstanbul: Değişim Yayınları, 1984, s. 154.

²⁸ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 381.

²⁹ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 8.

³⁰ David Deener, (Çev.) Tuncer Karamustafaoğlu, “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, **AÜHFD**, C. 26/1-4, 1969, s. 183.

³¹ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 107.

davasında anayasayı yorumlayarak, kendisini, olağan bir yargı organı olmaktan öte, aynı zamanda anayasaya uygunluk denetimi yapmaya yetkili bir kuruma dönüştürmüştür. Bu durum, anayasa tarafından açık bir yetkilendirme olmaksızın anayasaya uygunluk denetiminin uygulandığı Norveç, Danimarka ve İsrail gibi diğer ülkeler bakımından da geçerlidir.³²

Amerika Birleşik Devletleri ile bu ülkeden etkilenen ülkelerde anayasal denetim olağan yargı organları tarafından yerine getirilirken, Avrupa’da anayasal denetimi gerçekleştirmek üzere olağan yargıdan ayrı olarak merkezi denetim kurumu oluşturulmuştur. Fikir babası olan Kelsen’e göre bu sistem, “hukuk yaşamının iyi işleyişi bakımından üstünlüklere sahiptir. İçtihat birliği yoluyla “anayasal hakikat”ın ortaya çıkmasını sağlayan bu tercih, anayasaya aykırı bir yasanın hukuk düzeninden kesin olarak ayıklanmasına olanak verir”.³³

Kelsen’in öngördüğü şekilde, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmek için merkezi bir yargı organına, ilk kez, 29 Şubat 1920 tarihli Çekoslovakya Anayasası’nda yer verilmiştir. Aynı yıl içinde, Kelsen’in ülkesi olan Avusturya’da da, bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş bulunuyordu.³⁴ Yine 2. Dünya Savaşı öncesinde İspanya’da, 9 Aralık 1931, İrlanda’da 1 Temmuz 1937 Anayasaları ile anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Kaboğlu, iki dünya savaşı arasında kurulmuş olan söz konusu anayasa mahkemelerini, birinci kuşak olarak nitelemekte ve söz konusu denetim organlarının kuruldukları dönemde Avrupa’da yaşanan siyasi kriz ve yükselen faşizmden dolayı etkisiz kaldıklarını belirtmektedir.³⁵

Anayasa mahkemeleri konusunda, 2. Dünya Savaşı sonrasında daha yaygın ve daha kalıcı bir şekilde ikinci dalga başlayacaktır. Bu süreçte, özellikle iki dünya savaşı arasında otoriter yönetimlerin kurulduğu ülkelere, Japonya, İtalya, Federal Alman Cumhuriyet’inin başı çektiği görülmektedir. 1947’de Japonya’da, 1948’de İtalya’da ve

³² Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 172-173.

³³ D. Rousseau, La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, E. J. A., 1992, p. 22-23’den aktaran: İbrahim Ö. Kaboğlu, “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, **Anayasa Yargısı**, C. 10, 1993, s. 381.

³⁴ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 121.

³⁵ Kaboğlu, “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, s. 382.

1949'da Federal Alman Cumhuriyeti'nde, yeni yapılan anayasalar ile yetkileri açıkça belirlenmiş anayasa mahkemeleri kurulmuştur.³⁶ Kaboğlu, ikinci kuşak olarak sınıflandırdığı bu mahkemelere, 1961 Anayasası ile Türkiye'de, 1975'te Yunanistan'da, 1976'da Portekiz'de ve 1978'de İspanya'da kurulan anayasa mahkemelerini de dahil etmektedir.³⁷ 1989 yılında Sosyalist Bloğun çözülmesi ile beraber, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde kurulan anayasa mahkemeleri ise, üçüncü kuşak anayasa mahkemeleri sınıfını oluşturmaktadır.³⁸

Bugün gelinen noktada, Doehring'in ifadesiyle, "anayasa yargısı kurumu bütün kaygılara ve geleneksel itirazlara rağmen Batı dünyasının demokrasilerinde sürekli olarak zafere ilerleyen bir görünüm almış"³⁹ ve parlamentonun en azından yanı başında dördüncü bir kuvvet olarak dünyanın - birkaç istisna dışında- hemen her ülkesinde kendisine bir yer edinmiştir.

Anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasına rağmen, bu kurumun ve işlevinin meşruiyetine yönelik şüpheler ve tartışmalar son bulmamıştır. Bir sonraki bölümde anayasa yargısının meşruiyetine yönelik lehte ve aleyhte olan iddialar ele alınarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1.3. Anayasa Yargısının Meşruiyet Sorunu

1.3.1. Demokrasi ve Anayasa Yargısı Uyuşmazlığı

Geçtiğimiz yüzyıl boyunca, her ne kadar çoğunlukçu demokrasiden çoğulcu demokrasiye bir geçiş yaşanmış, parlamentonun yasama faaliyetinde sınırsız yetkiye sahip olduğu düşüncesi önemli ölçüde aşınmış olsa da, parlamento düzenli aralıklarla yapılan seçimlerle oluştuğu için yine de demokratik meşruluk açısından bir sorun yaşamamaktadır. Demokratik meşruiyete sahip olan parlamentonun yasama faaliyetlerini denetleyecek organın da bir meşruiyet dayanağına sahip olması kaçınılmazdır. 20. yüzyıl boyunca anayasa mahkemeleri yaygın bir şekilde kurulmuş ise de, parlamentoyu denetleme

³⁶ Kaboğlu, "Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", s. 383.

³⁷ Kaboğlu, "Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", s. 384.

³⁸ Kaboğlu, "Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", s. 385.

³⁹ Doehring, a.g.e., s. 230.

işlevlerinin meşruiyet kaynağının olup olmadığı ve eğer varsa ne olduğu yolundaki tartışmalar sona ermemiştir. Nitekim Özay, İtalyan Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak, “Sorumluluğu olmayan buna karşılık seçimle işbaşına gelmediği için de demokratik temele dayanmayan bu kurumun başlangıçta yadırganması doğaldı” tespitini yapmaktadır.⁴⁰

Gerçekten de demokrasi ile ilgili tanımlara baktığımızda siyasi iktidarın kaynağında halkın iradesinin belirlediği seçimler olduğunu görmekteyiz. Sabuncu’ya göre, “Demokratik bir sistemde siyasal iktidar kaynağını düzenli aralıklarla ortaya çıkan halkın iradesinde bulmak zorundadır”.⁴¹ Yine Can, demokrasiyi, “kamu siyasetine ilişkin önemli sorunlar hakkındaki temel belirleyici kararları bütün halkın aktif ya da pasif olarak aldığı ve almaya yetkili olduğu, devletin temel siyasetini yürütecek organların periyodik seçimlerle işbaşına geldiği, temel hak ve özgürlüklerle sınırlı yönetim biçimi” olarak tanımlamaktadır.⁴²

Eğer, demokratik bir sistemde, kamu siyasetini belirleme yetkisine sahip olanlar seçimle belirlenecekse, atanmış üyelerden oluşan anayasa mahkemelerinin, siyasal iktidarın kamu siyasetini geliştirmek için kullandığı en önemli enstrüman olan kanunları denetlemesi meşru kabul edilebilir mi? Ya da kısaca, anayasa yargısı demokrasi ile uyuyormu?

Aslında bu tartışma, başından beri sınırlı iktidarı kurmaya amaçlayan anayasacılık düşüncesi veya hukuk devleti ilkesi ile halkın iktidar olmasının aracı olan demokrasi arasındaki çatışmaya dayanmaktadır. Buna göre, liberal geleneğin bir ürünü olan anayasacılık ile demokrasi arasındaki gerilim devlet iktidarında düğümlenmektedir. “Anayasacılığın esası devlet iktidarının sınırlanması, demokrasinin asıl ilgisi ise, bu devlet iktidarının sınırlanması değil kaynağı ve yürütülmesidir”.⁴³

Dolayısıyla, siyasal iktidarın kaynağının halk iradesine dayanmasını temel felsefe olarak gören demokratlar, demokrasinin anayasal sınırlamalar yüzünden felce uğrayacağından kaygı duyarlarken; siyasal iktidarın sınırlanmasını öncelikli mesele olarak kabul eden anayasacılar, demokrasi selinin anayasal bentleri, özellikle de bireysel

⁴⁰ İlhan Özay, Yargının Sorunlarına Yaklaşımda Bir Örnek Olarak Geçmişi ve Geleceğiyle “İtalyan Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 6, 1989, s. 215.

⁴¹ Yavuz Sabuncu, *Anayasa’ya Giriş*, 4. Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık, 1996, s. 68.

⁴² Can, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması*, s. 100.

⁴³ Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, s. 34.

özgürlükleri yıkacağından korkarlar.⁴⁴ Sonuçta, her ne kadar özgürlük ve eşitlik hem liberalizmin hem de demokrasi için temel değer olsa ve özgürlük amaç değerini en iyi gerçekleştirecek siyasal sistem olarak demokrasi kabul edilse bile, bu, “anayasacılığın genelde siyasal iktidara, özelde de demokrasiye karşı bir güvensizliğinin olduğu gerçeğini”⁴⁵ değiştirmemektedir. Bu güvensizlik de, anayasacılığın başlangıcından beri “sınırlı demokrasi” anlayışını savunmasına yol açmıştır.⁴⁶

Nitekim, 2. Dünya Savaşı sonrasında anayasa yargısının gelişme eğilimi demokrasinin bir sonucu olmak yerine, temel hak ve özgürlüklerin ve bu özgürlükleri güvence altına alacak hukuk devleti tekniklerinin ve bu tekniklerden biri olarak anayasa yargısının önem kazanması sonucu olarak görülebilir.⁴⁷ Doktrinde, Arslan, demokratik siyasal sistemin meşruluk kaynağını halk iradesine, anayasa yargısı için ise alternatif bir meşruiyet kaynağı olarak insan haklarını ileri sürerken, liberal geleneğin insan hakları ile sınırlı liberal devlet anlayışını yansıtmaktadır. Arslan’a göre, demokratik siyasal sistemde meşruiyetin kaynağı, “ulusal irade” olup, ulusal iradenin somutlaştığı kurum olan parlamento da hukuksal kuralları koyma yetkisine sahiptir. Ancak parlamento ya da genel ifadesiyle “yasa koyucu”, mutlak bir güce sahip değildir. Hukukun üstünlüğü ilkesi, siyasal otoritenin (yani çoğunluğun) sınırlandırılarak, azınlıkta kalanların da hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlar. Böyle olunca da karşımıza, “ulusal irade”ye paralel yeni bir meşruiyet kaynağı çıkmaktadır: insan hakları”.⁴⁸ Arslan’ın bu tavrı, sınırlı demokrasi anlayışını savunan liberal geleneğe paralel düşmektedir.

Nitekim, anayasa yargısını demokrasi ile bağdaşmaz gören Troper’a göre de, anayasaya uygunluk denetimini savunanlar demokrasi yerine hukuk devleti kavramına başvurmayı tercih etmektedirler.⁴⁹ Dolayısıyla Troper’e göre, anayasa yargısını savunanlar, demokratik bir meşruiyet göstermek yerine anayasa yargısının hukuk devleti bağlamında siyasal iktidarı sınırlama işlevine vurgu yaparak, yargının yasama üzerindeki denetimini meşrulaştırmaya çalışmaktadırlar. Fakat siyasal iktidarın sınırlandırılmasına yönelik mekanizmanın demokrasi ile bağdaşması ve demokratik meşruiyet temelinde savunulması

⁴⁴ Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, s. 46.

⁴⁵ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 44.

⁴⁶ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 44.

⁴⁷ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 62.

⁴⁸ Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.72.

⁴⁹ Michel Troper, (Çev.) E. Ethem Atay, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, **GÜHFD**, C.1/2, 1997, s.293.

mümkün görünmemektedir. Çünkü, bir kanunun anayasaya aykırılığını açıklayan denetçi, adı geçen kanunun yayımlanmasına veya bu kanunun yürürlükte kalmasına karşı çıkmaktadır. Böylece kanunun halkın temsilcileri tarafında kabul edilmiş olması ve genel iradenin açıklaması olmasına rağmen; seçimle belirlenmemiş ve kimseyi temsil etmeyen denetimci; kanun koyucunun yardımcısına dönüşmüş olmaktadır.⁵⁰

Hatta, Gözler'e göre, anayasa mahkemesi, eş-kanun koyucu haline gelmektedir. Çünkü, yasama organının yaptığı kanunları geçersiz kılmak da yasama yetkisi kullanmak anlamına gelir. Zira, kanun yapmak gibi, değiştirmek ve ilga etmek yetkisi de yasama organına ait bir yetkidir. O halde anayasa yargısının varlığı, demokrasinin temel ilkesi olan seçimler yoluyla oluşan parlamentonun milli egemenliği kullanma yetkisine ve dolayısıyla demokrasiye bir müdahale olarak görülebilir. Nitekim, Gözler'in ifade ettiği gibi, yargının yasama yetkisini kullanması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin de ihlali olarak görülebilir.⁵¹ Bu durumda, üyeleri seçim yoluyla belirlenmeyen anayasa mahkemelerinin, halkın temsilcilerinden oluşan siyasal iktidarın karşısına çıkarılan bürokratik engeller olarak görmek de mümkündür.

Gerçekten de, yasama işlemlerini denetleyerek ulusal iradenin kullanımına ortak edilen anayasa mahkemesi üyeleri, bir bakıma halkın seçtiği temsilcilerden oluşan siyasal iktidarın karşısına ulusal iradenin kaynağı olan halkın karşısında doğrudan sorumluluğu bulunmayan “bürokratik” bir engel olarak çıkmaktadır.⁵² Oysa, demokrasinin temel ilkelerinden biri de “seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü”dür.⁵³

Yukarıda ifade edilen, Anayasa yargısına yönelik demokratik eleştiriler esasen “halk egemenliği” kavramına dayanmaktadır. Söz konusu eleştirileri özetlersek, demokrasi halkın egemenliğinin gerçekleştirildiği bir siyasal sistemin adıdır ve bu nedenle, halkın temsilcilerinin halk tarafından seçilmemiş yargıçlar tarafından denetlenmesi demokrasiye aykırıdır.⁵⁴ Özbudun'un da ifade ettiği gibi, “Gerçekten kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin kabulü, yargı organı lehine ve yasama organı aleyhine

⁵⁰ Troper, a.g.e., s. 294.

⁵¹ Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **AÜSBFD**, Cilt: 61, Sayı: 3, Temmuz – Eylül 2006, s. 155.

⁵² Artun Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara: AÜSBFY, 1980, s. 207.

⁵³ Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, 8. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2010, s. 85.

⁵⁴ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 110-111.

önemli bir yetki transferi anlamına gelmektedir”.⁵⁵ Ve sonuçta, yargısal denetim sayesinde, yargı yetkisini elinde bulunduran kişiler, çoğunluğu temsil eden demokratik siyasal iktidara egemen bir konuma gelebileceklerdir.

1.3.2. Anayasa Yargısının Meşruiyetine Yönelik Tezler

Anayasa yargısının, demokratik meşruiyete sahip olmadığı iddialarına karşılık, meşruluğuna yönelik de çeşitli tezler ileri sürülmüştür. Söz konusu tezleri üç başlık altında toplayabiliriz. Birincisi, anayasanın üstünlüğünü sağlamak şeklindedir. İkincisi, anayasa yargısının, parlamenter çoğunluğun bireylerin ve özellikle azınlıkların haklarını tehdit etme ihtimaline karşı bir güvence teşkil ettiğiidir. Böylece, anayasa yargısı demokratik sistemin temel unsuru olan hak ve özgürlükleri koruyarak, demokrasinin güven içinde varlığını sürdürmesine olanak sağlamaktadır. Üçüncü grup tezler ise, anayasa yargıçları seçimle işbaşına gelmemiş olsalar bile, anayasa mahkemesinin kuruluşunu ve işlevini yerine getirme sürecini dolaylı yollardan halkın iradesiyle ilişkilendirmeye dayanmaktadır.

1.3.2.1. Anayasanın Üstünlüğü İlkesine Dayalı Meşruluk Arayışı

Hukuk düzeninde üst norm olan anayasanın üstünlüğünü sağlama tezi, gerek A.B.D.’nde uygulanan yaygın denetim, gerekse Avrupa kökenli merkezi denetim sisteminin temel dayanağını teşkil etmektedir. A.B.D.’nde anayasallık denetimini başlatan Marbury v. Madison davasında, yapılan denetimin haklılığını ispatlamada ileri sürülen temel argüman anayasanın diğer iç hukuk düzenlemelerine üstün olduğu yolundadır. Nitekim anayasallık denetimini savunan Hamilton, mahkemeleri, yasama organını kendisine verilen yetkiler çerçevesinde hareket etmesini sağlayan, halk ile yasama organı arasında bir ara kurum olarak değerlendirmektedir. Yasama organının yetkisinin kaynağı ise, doğrudan halkın niyetini temsil eden anayasadır. Kanun ise, halkın temsilcilerinin iradesinin ürünüdür. Dolayısıyla, anayasa olağan kanunun üstünde temel bir kanundur. Bu durumda, yargı, Anayasa ile kanunlar arasında bir uyumsuzluk görürse, elbette daha üstün emrediciliğe ve geçerliliğe sahip olanı diğerine; başka bir ifadeyle, anayasayı kanuna; tercih etmelidir.⁵⁶

⁵⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 383.

⁵⁶ Hamilton A.- Madison J.- Jay J., **The Federalist Paper**, New York: Mentor Books, 1961, s. 467’den

Ayrıca, Kelsen'in öngördüğü normlar hiyerarşisine dayalı piramitsel hukuk sisteminin ayakta kalması için de anayasallık denetimi büyük önem arz etmektedir. Çünkü, Kelsen'in sisteminde yasa, dayanağını kendisinden üstün olan normda bulunduğundan, hukuki olarak ancak anayasaya aykırı değilse geçerli olabilir. Eğer yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir mekanizma yoksa sistem etkinliğini kaybedecektir. Bir başka deyişle, anayasa yargısı mevcut değilse, anayasanın üstünlüğü iddiası bir temenni olmaktan öteye gidemeyecektir. Çünkü, bu durumda parlamentonun geçici çoğunlukları anayasaya aykırı düzenlemeler yapabilecektir.⁵⁷ Sonuçta, eğer yasalar anayasaya uygun olmak zorunda ise, yasalar yoluyla anayasaya aykırı düzenlemeler getirebilecek olan siyasi iktidarın denetlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, anayasa yargısının amacı, siyasi iktidar karşısında anayasanın mutlaklığını korumaktır.⁵⁸

Anayasa yargısı bir başka şekilde, yine anayasanın üstünlüğü bağlamında ancak bu sefer anayasanın amacından yola çıkılarak meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Şöyle ki, anayasaların varlık sebebi sınırlı hükümeti gerçekleştirmektir. Anayasanın bu varlık sebebinin bir anlamı olacaksa, siyasi iktidarın anayasanın gereklerine uygun davranması gerekir. Bu gerekliliğin yerine getirilip getirilmemesi ise, siyasi iktidarın keyfine bırakılmamalıdır. "Eğer bir Anayasanın gerekleri düzenli bir biçimde uygulanacaksa Mahkemelere başvuru ve buna bağlı olarak da bu konuda yargısal kararların kaçınılmaz olacağı kesin gibi gözükmektedir".⁵⁹

Anayasanın üstünlüğü ilkesine dayalı anayasa yargısını meşrulaştırmaya yönelik tezin en önemli açmazı, anayasa yargısının meşruluğu ile anayasanın işlevinin farklı hususlar olduğunu gözden kaçırmasıdır. Burada sorun, olağan ya da özel bir yargı kurumunun, seçim yoluyla oluşturulduğu için demokratik meşruiyete sahip olan parlamentoyu denetlenme yetkisinin meşruiyetinin neye dayandığıdır. Anayasanın üstünlüğünü sağlamak ise, sadece anayasal denetim yapan kuruluşların gördükleri fonksiyonu ifade etmektedir.

aktaran: Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 30.

⁵⁷ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 173.

⁵⁸ Zafer Gören, "Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı 14, Güz 2008, s. 2.

⁵⁹ Wheare, a.g.e., s. 154.

Diğer taraftan, anayasallık denetiminde hem anayasanın hem de anayasaya uygunluğu denetlenene yasanın yorumu önemli bir sorun teşkil etmektedir. Daha sonra ayrıntılı olarak ele alınacak olmakla birlikte, yorum konusunun anayasa yargısının meşruiyeti ile ilgili olarak ortaya çıkardığı sorun, bir anayasa veya denetime tabi olan yasa metninin birden fazla anlam içermesidir. Bu durumda, anayasa mahkemesi üyeleri yaptıkları yorumla bu anlamlardan birini seçerek yasanın anayasaya uygun olup olmadığına karar verecektir.

Tam da bu noktada, Wheare tarafından sorulan şu sorular, “Neden yargıçların yasa koyucular ve idarecilerden daha fazla itimada layık oldukları düşünülün? Veya neden yargıçlar Anayasanın ne anlama geldiği konusunda karar vermede hükümet sistemini oluşturan öbür kurumlarda bulunan kişilerden daha iyi donatılmış olsunlar?”⁶⁰ büyük önem kazanmaktadır.

Bu sorulara Gözler’i takip ederek cevap verecek olursak, anayasa mahkemesi üyelerinin yorumunun, parlamento üyelerinin yorumundan daha üstün olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü, “ (...) bir yorumun doğru veya yanlış olması mümkün değildir; zira, yorum bir bilme işlemi değil, bir irade işlemidir. Bu nedenle, bir yorum, doğru veya yanlış değil; ama geçerli veya geçersiz olabilir”.⁶¹ Ayrıca, yorum “bilme” alanında değil, “irade” alanında gerçekleşmektedir. Bu alanda alınacak kararlar, akla, tekniğe, bilime değil, karar verenin kişisel tercihin ve iradesine dayanarak alınmaktadır. O halde anayasa metnini yorumlamak, yani bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermek, hukuki-teknik-bilimsel bir faaliyet değil, siyasi bir faaliyettir. Bir demokraside ise siyasi kararlar, hakimler tarafından değil, halk veya halkın temsilcileri tarafından alınır. Dolayısıyla, hakimlerin siyasi kararlar alması anlamına gelen anayasa yargısı meşru görülmeyebilir.⁶²

1.3.2.2. Hak Temelli Meşruluk Arayışı

Anayasa yargısını hak ve özgürlükleri koruma temelli meşrulaştırma arayışları ise, parlamentoların temel hak ve özgürlükler için tehdit olabileceği ve bu yüzden denetlenmesi gerektiği varsayımına dayandırılmaktadır. Özellikle iki dünya savaşı arasında, Avrupa’da

⁶⁰ Wheare, a.g.e., s. 134.

⁶¹ Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, s. 147.

⁶² Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, s. 141.

kurulan otoriter ve totaliter rejimler altında yaşanan yoğun insan hakları ihlallerinin anayasa yargısının gerekliliğini gösterdiği belirtilmektedir. Nitekim, Çağlar, Avrupa’da anayasa mahkemelerinin kurulması ile otoriter yönetimler altında yaşanan insan hakları ihlalleri arasındaki bağlantı kurmaktadır. Buna göre, Almanya ve İtalya’da Anayasa Mahkemelerinin kurulması, Avusturya da ise yeniden inşası bu ülkelerde yaşanan nazi ve faşist tecrübelerin sonucudur. İspanya ve Portekiz’de de Anayasa mahkemelerinin kuruluşu, diktatörlük döneminden sonra gerçek demokrasinin yerleştirilmesi iradesinin ürünüdür. Günümüzde, “temel hakları, siyasi çoğunluğa, “Kanun”a karşı koruma düşünce ve mekanizmaları Liberal Avrupa ortak kamu hukukunun kurucu unsurlarından biri haline gelmiştir”.⁶³

Hirschl tarafından anayasa yargısının yaygınlaşması ile ilgili evrimci ya da sosyal sözleşmecî teoriye göre de, insan haklarını ön plana çıkaran ve çoğulcu demokrasi lehine tercihte bulunan İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki anayasalar ile azınlık hakları koruma altına alınmış ve anayasadaki bu hakların koruyucusu olarak da anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Söz konusu süreç, kurucu iktidarın sahibi olan halkın, çoğulcu demokrasi modeli aleyhine ve çoğulcu demokrasi lehine yaptığı bilinçli tercihi yansıtmaktadır. Çoğulcu demokrasinin bir gereği olarak da, “azınlıklar, parlamento tarafından bile değiştirilemeyecek yazılı bir Anayasa ile korunan hukuki güvencelere sahip olmalıdır. Bu güvencelerin koruyucusu ise, parti politikalarının baskısından uzak, tarafsız yargıçlardır”.⁶⁴

Diğer taraftan bugün gelinen noktada, insan hakları demokrasinin temel unsurlarından biri haline gelmiştir. Demokrasinin yaşaması için özellikle azınlıkların muhalefet hakkı, düşünce özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler varlığı büyük önem taşımaktadır. Dolayısıyla insan haklarının güvenceye alınması demokrasinin de korunması demektir. Anayasa mahkemelerinin kurulması da, insan haklarını koruyan ve güçlendiren mekanizmalar olduğuna göre, demokrasinin gelişmesine uygundur.⁶⁵ Yine Erdoğan da, anayasa yargısının demokratik bir kurum olmadığını kabul etmekle beraber, anayasa yargısının kişi hakları ve azınlık haklarının korunması temelinde

⁶³ Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi**, İstanbul: BFS Yayınları, 1989, s.35.

⁶⁴ Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism** Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004, s.32-33’den özetleyen: Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, (Ed.) Dr. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, s. 338.

⁶⁵ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 180.

meşrulaştırılabileceği görüşündedir. “ (...) anayasa yargısının meşruluğunu ancak devlet karşısında kişi haklarının ve bu arada azınlıkların haklarının korunmasına hizmet etmesi sağlayabilir. Demokrasinin usuli güvencelerini koruma işlevi de buna dahildir”.⁶⁶ Özbudun da, anayasa yargısının meşruluğunun “(...) pragmatik gerekçelerle, yani mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolunda Batı toplumlarında mevcut olan güçlü inançla”⁶⁷ savunulabileceği görüşüne katılmaktadır.

Ancak hak temelli olarak anayasa yargısının meşrulaştırmaya yönelik tez, mahkemelerin, yürütme ve yasamaya kıyasla daha özgürlükçü oldukları varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımı, ne amprik olarak ne de kavramsal olarak ispatlamak kolay görünmüyor. Tersine, gerek ülkemizde gerekse başka ülkelerde özellikle yüksek yargı organlarının hak ve özgürlükler konusunda oldukça tutucu, kısıtlayıcı ve baskıcı bir yaklaşım içerisinde oldukları bilinmektedir.⁶⁸ Mesela, özgürlükçü açımlarıyla bilinen Amerikan Yüksek Mahkemesi, zor zamanlarda siyasi otoritenin muhaliflere yönelik baskıcı politikalarını genellikle desteklemiştir. Mahkeme bu desteği, Schenck v. United States, Debs v. United States, Abrams v. United States gibi davalarda komünistlere verilen mahkumiyetleri onaylayarak açıkça göstermiştir. A.B.D. Federal Yüksek Mahkeme yargıçlarından Black, 1951 tarihli Dennis v. United States kararına yazdığı muhalefet şerhinde şu ifadelere yer vermiştir:

Şu anki kamuoyu itibariyle, bu Komünist başvurucuların mahkumiyetine az sayıda kişi karşı çıkacaktır. Bununla birlikte, daha sakin zamanlarda, mevcut baskılar, hiddet ve korkular yatıştığında, bu ya da daha sonraki Mahkeme'nin Birinci Değişiklik'in hürriyetlerini, özgür bir toplumda ait oldukları çok tercih edilen bir yere iade edeceğine dair bir umut da mevcuttur.⁶⁹

Nitekim, kölelikle ilgili olarak 1857 yılında verilen Dred Scott ile Stanford arasındaki davada verdiği kararın hukuki gerekçesinde ABD Anayasa Mahkemesi, köleliğe mülkiyet hakkına dayanarak hak vermiş ve anayasaya uygun görmüştür.⁷⁰ Federal Yüksek Mahkeme, ancak, toplumdaki kölelik karşıtı düşüncenin güçlenmesi ile beraber 1946

⁶⁶ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 89.

⁶⁷ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 347.

⁶⁸ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 30-31.

⁶⁹ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s.190.

⁷⁰ Rudolf Machacek, “Temel Hak Temini ile Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, C. 9, 1992, s. 49.

yılında verdiği kararlarla kölelik kurumunun karşısında yer almıştır.

Çoğunluk karşısında azınlık haklarının koruyucusu olarak görülmesi gereken Yüksek Mahkeme, 2. Dünya Savaşı yıllarında, azınlık konumundaki Japonlara yönelik ayrımcı uygulamalara da göz yummuştur. Mesela, Mahkeme Hirabayashi & U.S.A kararında, sokağa çıkma yasağı cezasının sadece Japonlara uygulanmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Söz konusu kararda Mahkeme hakimi Harlan Fiske Stone, Japonların 7 Aralık 1941'de Pearl Harbor (İnci Koyu)'a saldırmasından sonra, Kongre'nin bu olağanüstü dönemde bu şekilde etnik kimlik ayrımına göre karar alıp, askeri makamların da bunu uygulamasının anayasal olduğunu ifade etmiştir. Hirabayashi, askeri komutanın sadece Japon kökenlilere karşı böyle bir yaptırım uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmişse de, hakim Stone; ABD'nin Japonlar tarafında tehdit edildiğini, bu nedenle bu uygulamanın (sokağa çıkma yasağı) Japonlara karşı yapılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını söylemiştir.⁷¹ Aynı Yüksek Mahkeme, Korematsu v. United States (1944) kararıyla da, II. Dünya Savaşı sırasında, Başkan Roosevelt'in askeri emriyle 1100.000 Japon asıllının, bunların 70.000'i ABD vatandaşı olmasına rağmen, hapsedilmesine onay vermiştir. Bu kişilerden hiçbiri daha önce hainlik, casusluk, sabotaj ya da savaşla ilgili bir suçta da karışmamıştır.⁷²

Hak temelli olarak anayasa yargısını meşrulaştırmaya yönelik tezin diğer bir açmazı da, hak ve özgürlüklerin her zaman ve herkes için geçerli, sınırları belli, objektif bir anlamının olduğunun iddia edilememesidir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin özgürlük ile ilgili olarak aynı konuda, üç yıl ara ile tamamen zıt yönde verdiği iki karar bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Yüksek Mahkeme'den 1940 yılında Pennsylvania Eyaletinde Devlet okullarında okuyan çocukların Amerikan bayrağını selamlama törenlerine katılmasını zorunlu hale getiren okul yönetim heyetinin düzenlemesinin geçerliliği konusunda karar vermesi istenmişti. "Yehova Şahitleri" olarak bilinen bir mezhebe mensup bazı çocukların ana ve babaları Amerikan bayrağını selamlamayı reddetmişlerdi. Yüksek Mahkemeden bu düzenlemenin geçerli olmadığı, çünkü bunun dini serbestçe icraya engel olduğunun söylenmesi istenmiştir. Mahkeme, yalnızca bir karşı oyla, düzenlemenin geçerli olduğuna karar vermiştir. Çoğunluk görüşü,

⁷¹ Öztürk, a.g.e., s. 153.

⁷² Öztürk, a.g.e., s. 123.

bayrağa saygı töreni gereğinin, her ne kadar akılsızca olursa olsun, Amerikan toplumun temellerini güçlendirdiği ve böylece de, özgürlüğe tecavüzün tam tersine, var olan temellerini desteklediği yönünde olmuştur. Mahkeme buna benzer bir konuda neyin arzu edilebileceği hususunda yasama organının yargısı yerine kendi yargısını koymayı reddetmiştir. Karşı oy yazısı yazan Bay Yargıç Stone düzenlemenin Anayasa tarafından güvence altına alınan hem din hem de düşünce özgürlüğünün çok açık bir ihlali ve Mahkeme'nin bunu geçersiz saymaya yetkili olduğunu belirtmiştir. 1943 yılında ise, Mahkeme, çoğunluk kararıyla da olsa, 1940 yılındaki kararını değiştirmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımında da görüldüğü üzere, Wheare'in ifadesiyle, “ ‘Özgürlük’ değişik insanlara ve aynı insanlara da değişik zamanlarda değişik şeyler ifade”⁷³ etmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin, yargılanarak hüküm giymiş bir kimsenin, hükmün infazı sırasında tanrıtanımsızlık propagandası yaptığı ve karşılığında tütün verdiği gerekçesi ile tahliye talebinin reddi kararını Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre “Temel Yasa her türlü inanç ifadesini korumaz. Korunan, medeni-ahlaki değerler çerçevesinde kalan inanç ifadeleridir”.⁷⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının da özgürlük lehine olduğunu söyleyemeyiz.

Nitekim, anayasa mahkemelerinin fikir babası olarak kabul edilen Kelsen'e göre de, “Anayasalar temel haklara ilişkin hükümler ihtiva etmemelidir; çünkü bu gibi hükümler, açık-uçlu nitelikleri nedeniyle, tabii hukukla ilişkilidirler. Temel haklarla ilgili kararlar verme, yargıçları kanun koyucu haline getirir”.⁷⁵

Son olarak, bir anayasa yargısına sahip olmamasının ötesinde, yazılı bir anayasanın bile bulunmadığı, parlamentonun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu İngiltere örneğine baktığımızda hak ve özgürlüklerin korunması için anayasallık denetiminin gerekli olduğu iddiası zayıflamaktadır. Wheare'nin tespitine göre, “(...) Britanyalılar hükümet faaliyetlerinin sınırlandırılmasında ve tebaalarının hak ve özgürlüklerini savunmada diğer halklardan daha az ilgili değildir”.⁷⁶

⁷³ Wheare, a.g.e., s. 59-60.

⁷⁴ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 155.

⁷⁵ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 346.

⁷⁶ Wheare, a.g.e., s. 13-15.

1.3.2.3. Halk İradesine Dayalı Meşrulaştırma Arayışı

Anayasa yargısını meşrulaştırmaya yönelik üçüncü grup tezler ise, dolaylı yollardan anayasa mahkemesinin kuruluşunu ya da faaliyetlerini halk iradesi ile ilişkilendirmeye çalışarak, anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyete sahip olduğunu savunmaktadır.

Mesela, bu bağlamda, anayasa yargısı görevini yürütenlerin göreve gelişlerinin dolaylı da olsa halk iradesine dayandığı ve dolayısıyla demokratik olarak meşru oldukları argümanı ileri sürülmektedir. Şöyle ki, denetimi gerçekleştiren yargıçlar demokrasiye uygun tarzda oluşmuş devlet organları tarafından göreve getirilmektedirler. Böylece anayasa mahkemesi yargıçlarının demokratik meşrulukları “bütün devlet yetkilerinin kaynağı halktır” ilkesinden çıkarılmaktadır. Kanadoğlu da, Türkiye bağlamında, anayasa mahkemesi yargıçlarının, parlamento tarafından seçilmeler bile, demokrasiye uygun tarzda oluşturulmuş devlet organları tarafından göreve getirilmeleri sebebiyle anayasa mahkemesinin oluşumunun demokratik kaynağı bakımından meşru olduğunu ifade etmektedir.⁷⁷

Bu bakış açısıyla bürokrasi içinde yer alan tüm kamu görevlilerinin halkın temsilcisi olduğu iddia edilebilecektir. Yeter ki, yürürlükteki mevzuat hükümlerine uygun bir şekilde göreve başlatılmış olsunlar. Fakat anayasallık denetimi yapan yargıçlar haricindeki diğer kamu görevlilerinin, doğrudan halkın oyuyla seçilmiş olan üyelerden oluşan parlamentonun iradesini denetleme gibi bir yetkileri mevcut değildir. Galiba yukarıda ileri sürülen görüşlerde anayasa yargısının meşruiyeti ile mevzuata uygun olarak kamu görevine atanma ve kamu yetkisinin yasalar çerçevesinde kullanılması anlamında yasallık ilkesi birbirine karıştırılmaktadır. Belki üyeleri parlamento tarafından seçilen anayasa mahkemesinin demokratik kaynak bakımından meşru olabileceği kabul edilebilir, ama parlamento dışındaki kurum ve kişiler tarafından yapılan seçimlerle demokratik meşruiyet arasında bir bağ kurulması bize pek mümkün görünmüyor.

Bu bağlamda değerlendirilebilecek bir diğer yaklaşım da, anayasallık denetimi sonunda verilen karar ile halk iradesinin gerçekleştiği şeklindedir. Rawls’a göre, kamusal

⁷⁷ Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, İstanbul: Beta Basım, 2004, s. 68.

aklı uygulayarak karar veren anayasa mahkemesinin varlığı, halkın iradesi ve demokrasi ile gelişmemektedir. Rawls, önce anayasal demokrasilerde, aralarında hiyerarşi olan ikili bir yapı öngörmektedir. Buna göre, Kurucu gücü (halkın yeni bir rejim kurma konusundaki gücü) olağan güçten (devlet görevlilerinin ve seçmenlerin günlük siyasette sahip olduğu güç), halkın yüce yasasını (halkın kurucu gücünün ifadesi olup, olağan yasayı bağlayan yasa) da yasama meclislerinin olağan yasasından ayırmaktadır. Daha sonra, Yüksek Mahkeme'nin, kamusal akli hayata geçirerek, yüce yasanın geçici çoğunluğun ya da daha muhtemel olarak işini bilen organize ve iyi konumlanmış dar çıkar gruplarının yasama işlemleri tarafından zayıflatılmasını önlediğini savunmaktadır. Böylece, Mahkeme'nin halkın yüce iradesine uygun hareket ettiği savunulmaktadır. Sonuçta; Yazar, her ne kadar, anayasallık denetimi yapan bir mahkemenin bir yasayı anayasaya aykırı bulması ve iptal etmesi çoğunluk karşıtlığı olsa bile, halkın yüce otoritesinin bu uygulamayı desteklediği kanaatindedir.⁷⁸

Türk Anayasa Hukuku doktrininde de, Atar'a göre, anayasa yargısının parlamentonun üstünlüğü ilkesi karşısında gelişimi, kanunların ancak anayasaya uygun olmaları halinde genel iradenin ifadesi olabileceği düşüncesinden kaynaklanmıştır.⁷⁹ Yine Selçuk'a göre, yasama organının çıkardığı bir yasanın yargı organınca iptali, ilk bakışta yargının yasamaya ağır bir el atması gibi görünmekteyse de, gerçekte, iptal kararı ile hukuka ve dolayısıyla halk iradesine aykırı davranan yasama halk iradesi çizgisine çekilmektedir. "Böylece, Anayasa yargısı, son çözümlemede, halk iradesi doğrultusunda halk adına karar veren bir odak olmaktadır".⁸⁰ Kaboğlu da, anayasanın, halkın üstün iradesinin açıklaması olduğunu, bu nedenle, temsilcilerin iradesinin zorunlu olarak ikincil ve her halükarda, demokratik olarak geçerli olması için Anayasada açıklanan halkın iradesine saygılı olması gerektiği kanaatindedir.⁸¹

Yukarıda yer alan görüşlere göre, halkın iradesini temsil eden iki unsur vardır. Birincisi, halkın asli, üstün ve gerçek iradesini temsil eden anayasa. İkincisi ise, tali nitelikte olan ve parlamentoda ortaya çıkan irade. İkincisinin geçerli olması birincisine

⁷⁸ John Rawls, (Çev.) Mehmet Fevzi Bilgin, **Siyasal Liberalizm**, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 266-267.

⁷⁹ Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 2009, s. 301.

⁸⁰ Sami Selçuk, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, 5. Baskı, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 426.

⁸¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2007, s. 239.

uygun olmasına bağlıdır. Eğer aykırı olursa, halkın gerçek iradesini yansıtmamış olacaktır. Bu durumda, anayasa mahkemesinin anayasaya aykırı bularak iptal ettiği kanun gerçek halk iradesine de aykırı demektir. Öyleyse anayasa mahkemesi parlamentoyu halk iradesi çizgisinde tutan, halkın gerçek iradesini koruyan bir işlev görmektedir. Dolayısıyla demokratik meşruiyete sahiptir.

Troper tarafından bu argümana getirilen eleştiri şöyledir: Anayasa halkın gerçek iradesini temsil ediyorsa, anayasadan sonra çıkarılan ve anayasaya aykırı olan kanunların iptal edilmesi ile halk iradesi yerine getirilmiş olur. Ancak, mevcut anayasadan önce çıkarılmış olan kanun, eski anayasaya ve dolayısıyla halk iradesine uygun olduğu için iptal edilememelidir. Fakat uygulama bu şekilde değildir.⁸²

Diğer taraftan, anayasanın halkın gerçek ve üstün iradesini temsil ettiği iddiası, belki, demokratik usullerle hayat bulan anayasalar için geçerli olabilir. Fakat olağanüstü dönemlerde halka rağmen yapılan anayasalar için aynı şeyi söylemek pek o kadar kolay görünmemektedir. Bu durumda anayasanın dahi demokratik meşruiyete sahip olması şüphelidir. Ayrıca, anayasanın gerçek halk iradesini temsil ettiğini kabul etsek bile ortaya başka bir sorun çıkmaktadır. Anayasanın yorumlanarak gerçek halk iradesini belirleme yetkisi kime aittir? Bu soru, bizi daha önce anayasanın üstünlüğüne dayalı argümanı değerlendirirken karşılaştığımız soruna götürmektedir. Anayasa mahkemesinin yorumu neden parlamentonun yorumundan üstün kabul edilsin?

Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyete sahip olduğuna dair bazı tezlerde ise, anayasa mahkemelerinin işlevlerini görürken demokratik karar alma sürecinin bir parçasını oluşturduğu, dolayısıyla, anayasa yargısının genel iradenin ya da halkın iradesinin oluşumuna katkıda bulunduğu iddia edilmektedir. Bu yaklaşımın bir örneğini müzakereci demokrasi bağlamında Robert Alexy sergilemektedir. Alexy, demokraside halkın temsili için seçimin şart olmadığını, karar alma sürecindeki müzakerelere, halkın önemli bir kesiminin görüşlerini de dahil edebilirse, tartışma zemininde temsilin sağlanabileceğini şu şekilde ileri sürmektedir:

⁸² Troper, a.g.e., s. 295.

(...) demokrasi sadece karar almayı değil, aynı zaman da tartışmayı da kapsamalıdır. Demokrasi kavramına tartışmanın dahil olması, demokrasiyi müzakereci yapar. Bu nedenle halk ile parlamento arasındaki ilişkide seçimler ve oy kullanmanın yanına, tartışma eklenir. Bu suretle, parlamento tarafından halkın temsili tartışmacı olduğu gibi, iradeye de dayalıdır. Bir anayasa yargı yeri tarafından halkın temsili ise, bunun aksine tamamen tartışmacıdır. Anayasa yargı yerleri, halkı temsil eden her bir argümanı ifade etmede serbesttir ve temsil olarak anayasa yargısı halkın gerçekte ne düşündüğüyle bağlantı kurabilir. Eğer anayasa yargısı halkın önemli bir kesiminin sesi olabilirse, bu, seçim temelindeki temsile, tamamen tartışmacı temsilin neden tamamen önce gelmesi gerektiğini bize gösterecektir.⁸³

Kanaatimce, müzakereci demokrasi bağlamında anayasa yargısına temsili bir nitelik atfetmek pek mümkün görünmüyor. Çünkü, bu durumda, anayasa mahkemesi, siyasi bir kararın alınması sürecine katılan bir baskı grubu niteliğinde görünmektedir. Baskı grupları da, toplumun belli bir kesiminin menfaatleri doğrultusunda siyasi karar alma mekanizmalarını etkileme yönünde faaliyet göstermektedir. Ama hiçbir baskı grubunun, anayasa mahkemeleri gibi, parlamentonun üzerinde yer alarak, parlamento kararlarını denetleme yetkisine sahip olduğu söylenemez.

Yine yukarıdaki yaklaşıma benzer bir iddia Özay ve Kaboğlu tarafından ileri sürülmektedir. Özay, anayasa mahkemelerinin “çağdaş marjinalin merkezleşebilmesinin olası, tek ve vazgeçilmez aracı ile yöntemi”⁸⁴ olduğunu belirtirken, Kaboğlu da anayasa yargıçlarının, “siyasal karar mercilerine giriş olanağı bulunmayan grupları koruyarak sistemin global temsilini ve “demokratikliği”ni arttırabilir”⁸⁵ demektedir. Bu iddiaların, gerek ülkemizde gerekse anayasa yargısının bulunduğu başka ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin uygulamalarıyla örtüştüğünü söylemek zordur. Anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizm başlığı altında değinileceği üzere, genellikle, toplumun marjinal kesimlerine karşı siyasal sistemin merkezinde yer alan grupların ve bu grupların değerleri yanında bir tutum aldığı söylenebilir.

⁸³ Robert Alexy, “Balancing, Constitutional Review, and Representation”, Oxford University Press and New York University School of Law, I-CON, Volume 3, Number 4, 2005, s.578’den özetleyen: Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 114.

⁸⁴ İl Han Özay, “Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 14, 1997, s. 341.

⁸⁵ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 241

Kanaatimizce, anayasa mahkemelerinin halk iradesine dayalı bir demokrasi bağlamında demokratik meşruiyetinin olduğunu ispatlamak pek mümkün görünmüyor. Bir başka deyişle, siyasi kararların alınmasında, halkın doğrudan ya da dolaylı iradesinin belirleyici olduğu ve bu anlamda halkın yönetimi olarak kabul edilen bir demokratik siyasal sistem içinde anayasa mahkemelerinin, halkın temsilcileri olan parlamentoların almış olduğu kararları denetlemesinin demokratik yönetim anlayışı ile bağdaştırmaya çalışmak zorlama yorumlara yol açmakta, fakat tatmin edici bir sonuca ulaşılmasına imkan vermemektedir.

Şüphesiz ki, anayasa mahkemeleri; anayasanın üstünlüğünü sağlama, hak ve özgürlüklerin güvencesi olma, toplumda azınlıkta kalan görüşlerin temsil edilmesinin önünü açmak ve böylece, çoğunluğun azınlık üzerinde tahakküm kurmasını engellemek gibi önemli işlevler görebilirler ve görmeleri de gerekmektedir. Fakat, bu işlevlerini, kanaatimizce, yeterli bir demokratik meşruiyet zemininden yoksun olarak yerine getirmektedir.

Kanaatimizce, anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetinin olması, bu kurumun demokratik sistem içindeki işlevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmesi açısından önemlidir. Eğer bir sistem, parçaları birbiriyle uyumlu çalışan bir bütünsel, sistemin düzgün işlemesi için, bütünü oluşturan parçaların ortak bir meşruiyet zeminine dayanması önemli görünmektedir. Nitekim, gerek ülkemizde gerekse başka ülkelerde, demokratik meşruiyetten yoksun anayasallık denetimi yapan kuruluşlarla, demokratik sistemin unsurları olan yasama ve yürütme organları arasında zaman zaman yaşanan gerilimler, demokratik sistemin işleyişini oldukça zorlaştırmaktadır. Bu durumda, ya demokrasinin halk egemenliğine dayalı meşruiyet ilkesini değiştirerek anayasa yargısını da kapsayacak yeni bir meşruiyet ilkesi geliştirmek, ya da anayasa mahkemesini demokratik sistemle uyumlu bir şekilde yani seçilmişlerin üstünde veya yanında değil, altında yer alacak şekilde dizayn etmek olası iki seçenek olarak görülmektedir.

Aşağıdaki başlık altında, anayasa yargısının demokratik sistem içinde, özellikle yasama organıyla yaşadığı problemleri daha yakından görebilmek amacıyla, yargısal aktivizm ile anayasa yargısında yorum konularını ele alınmaya çalışılacaktır.

1.4. Siyasetin Hukukileşmesi ve Yargısal Aktivizm

1.4.1. Klasik Kuvvetler Ayrılığı İlkesinde Dengelerin Değişmesi

Klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine göre, devlet iktidarını kullanma yetkisi yasama, yürütme ve yargı organları arasında paylaşılmıştır. Teorik olarak, üç organ görevlerini yaparken gerek örgüt unsuru gerekse işlevsel olarak birbirinden bağımsız olacaktır. Böylelikle, iktidarın tek merkezde toplanarak mutlak olması engellenebilecek, bireylerin hak ve özgürlükleri için daha güvenceli bir ortam meydana getirilebilecektir.

Her ne kadar kuvvetlerin birbirinde bağımsız ve özerk yapıda örgütlenmesi öngörülmüşse de, eşit önemde kabul edilmemişlerdir. Özellikle, ülkenin genel siyasetini çıkaracağı kanunlarla belirleme yetkisi yasamanındır. Yürütme ve yargı organları yetkilerini yasamanın çıkaracağı kanunlar çerçevesinde yürütecektir. Bu durumda, üç kuvvet arasında üstünlük yasama yetkisini kullanan parlamentoya ait olmaktadır. Nitekim, milli iradenin ifadesi olan ve özgürlüklerin de yegane güvencesi olarak görülen kanunları çıkarma yetkisine sahip yasama kuvveti, J. Locke tarafından daha kuvvetler ayrılığı ilkesi ortaya konulurken ayrıcalıklı bir yere oturtulmuştur. Zaten parlamento denetleyebilecek diğer iki kuvvetten birisi olan yürütme kuvveti, özgürlükleri tehdit eden ve kanunlarla sınırlandırılmak istenen esas güçtür. Yargı ise, kuvvetler ayrılığı ilkesinin babası olarak kabul edilen Montesquieu'dan A.B.D.'nde anayasal denetimi savunan Hamilton'a kadar birçok siyaset bilimci tarafından zayıf bir konuma oturtulmuş, bir iktidar olup olmadığı tartışılmıştır.⁸⁶ Nitekim, 17. ve 18. yüzyıllarda hakim olan yargının bir tür kıyas makinesi, katıksız bir mantıkçı olarak tanımlanan yargıcın da otomat yargıç olduğu yolundaki görüşlerin etkisiyle, Montesquieu şu ifadeyi kullanmıştır: “Yargıçlar, yalnızca yasaların sözlerini telaffuz eden dilden ibarettirler”.⁸⁷

20. yüzyılda, siyasal sistemlerde yaşanan bazı gelişmeler kuvvetler ayrılığı ilkesinde iki önemli değişikliği beraberinde getirmiştir. Bunlardan birincisi, siyasi partilerin siyasal yaşama hakim olmasıyla, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ayrımın önemini yitirmesidir. Günümüzde siyasal iktidarı kullanacakların belirlendiği

⁸⁶ Ozan Ergül, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s. 103.

⁸⁷ Cemil Oktay, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, **Anayasa Yargısı**, C. 1, 1984, s. 224.

seçim yarışları siyasi partiler arasında gerçekleşmekte, seçimler sonucunda başarılı olan siyasi partiler, parlamentoda çoğunluğu sağlayarak yasama yetkisini kullanma hakkını elde etmektedirler. Özellikle yürütmenin yasamadan çıktığı parlamenter sistemde, doğal olarak parlamentoda çoğunluğu sağlayan siyasi partiler yürütme gücüne de egemen olabilmektedir. Bu gelişmeyi Özbudun şu şekilde ifade etmektedir: “Özellikle hükümetin ancak parlamentonun güveni ile görevde kalabildiği parlamenter rejimde çoğunluk partisi (veya partileri) bu iki organ arasında kuvvetler ayrılığı teorisinin öngörmediği ölçüde sıkı bir siyasal bağ yaratmıştır”.⁸⁸

Kuvvetler ayrılığı ilkesinde yaşanan ikinci değişim ise, yargının siyaset kurumunun karşısına kuvvetler ayrılığı ilkesi teorisyenlerinin öngörmediği ölçüde bir karşı güç olarak çıkmasıdır. Özellikle, anayasa yargısının kurulması ile kuvvetler ayrılığı ilkesi kökenindeki anlamını kaybetmiş, yasama ve yargı kuvvetleri arasında bir karışım meydana gelmiştir.⁸⁹ Çünkü, anayasa yargısı vasıtasıyla, yargı yasama organının işlemlerini denetlemekte ve iptal edebilmektedir. Böylelikle, anayasa mahkemeleri, ikinci bir meclis gibi çalışmakta ve bu durum, “soyut hukuk kuralları çıkarma konusunda tekel sahibi sayılan yasamanın yetkilerini daraltmakta ve Güçler Ayrımı ilkesiyle ters düşmektedir”.⁹⁰ Diğer taraftan anayasa yargısı, “bir yandan yargının siyasallaşmasına, diğer yandan siyasetin yargısallaşmasına yol açmaktadır”.⁹¹

Doehring’e göre, anayasa yargısı, yasama ve yürütme kuvvetleri arasındaki ayrıma dayalı güçler dengesinin bozulmasının sonucudur. Mademki, parlamenter sistemde yasama ve yürütme organlarının birbirlerini denetlemesi ve frenlemesi mümkün değil, o halde, gücün bir merkezde toplanmasını engelleyecek bir başka gücün varlığı gereklidir. Çünkü, gücün tek merkezde yoğunlaşması, iktidarın denetimsiz kalmasına ve anayasayı keyfi olarak kullanma isteği veya girişimine neden olabilir. Eğer bütün devlet güçleri hem biçimsel hem de maddi hukuk açısından yetki sınırları içinde tutulmak istenirse dördüncü bir güce gereksinim vardır. Bu güce sahip organ anayasayı kendi iç özüne uygun biçimde yorumlayacak ve diğer güçlerin organlarına bu arada yargıya da soyut kararlar

⁸⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 43.

⁸⁹ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 345.

⁹⁰ Doehring, a.g.e., s.202.

⁹¹ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 345.

gönderecektir. İşte bu dördüncü güç Doehring'e göre anayasa mahkemesidir.⁹² Gören'e göre de, geleneksel güçler arasında var olan dengeler, modern siyasi gelişmeler sonrasında bozulunca, anayasa yargısı kuvvetler ayrılığı ilkesini ayakta tutan güç olarak devreye girmiştir.⁹³

1.4.2. Siyasetin Hukukileşmesi ya da Hukukun Siyasileşmesi

Bazı yazarlara göre, yargı-siyaset kaynaşmasına yol açtığı iddia edilen anayasa yargısının varlığı, aslında, siyaset alanında hukukun artan etkisi şeklinde ifade edilebilecek genel sürecin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bu süreci anayasal demokrasi olarak adlandıran Erdoğan, bu süreçle beraber, hukuki kural ve ilkelerin siyasal yapının oluşturulmasında daha etkili olduğunu belirttikten sonra, yargının yetkisinin siyaset aleyhine genişlediğini şu şekilde ifade etmektedir:

Ancak, siyasetin hukukileşmesi bir yönüyle de “mahkemelerin veya hakimlerin etkisinin politikacılar ve/veya idareciler aleyhine genişlemesi” sonucunu doğurur. Bu pratik olarak, “önceden devletin diğer kurumlarınca –özellikle de yasama ve yürütme organlarınca- belirlenen (veya, yaygın olarak inanıldığı üzere, belirlenmesi gereken) kamu siyasetlerinin gittikçe mahkemeler veya hakimler tarafından belirlenmeye veya bu sürece onların hakim olmaya” başlamaları anlamına gelmektedir. Bu olgu günümüzde anayasa mahkemelerinin genel bir eğilimini yansıtmaktadır.⁹⁴

Çağlar da hukukun etkisinin siyaset aleyhine olan bu genişlemesini Erdoğan gibi anayasal demokrasi ile ilişkilendirerek, “bugün, “Anayasal Demokrasiler”de, Siyasi-hukuki çatışmalarda, Anayasa Mahkemeleri, siyasi sürecin belirleyici aktörleri konumuna gelmiş”⁹⁵ diyerek siyaset-hukuk ekseninde hukuk lehine yaşanan gelişmelerin, hukuku siyasi bir mücadele biçimine dönüştürdüğünü belirtmektedir.⁹⁶

Daha önce ifade edilmeye çalışıldığı üzere, anayasal demokrasi ya da hukuk devleti, çoğunluğun otoriter yönetimi altında, özellikle toplumdaki azınlıkların baskı

⁹² Doehring, a.g.e., s. 235.

⁹³ Zafer Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama - Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlatmentonun Karşılıklı Etkileşimi”, **Anayasa Yargısı**, C. 13, 1996, s. 2.

⁹⁴ Mustafa Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir”, **AÜHFD**, Cilt: 3, Sayı: 54, 2005, s. 1-2.

⁹⁵ Çağlar, “Hukuk”la Kavranan Demokrasi ya da “Anayasal Demokrasi”, s. 239.

⁹⁶ Bakır Çağlar, Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: “Yargıçlar Zamanı”, **Anayasa Yargısı**, C. 15, 1998, s. 52.

altında kalmaması ve bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması için çoğunlukçu demokrasiden sınırlı demokrasiye geçişi ifade etmektedir. Amaç, çoğunluk iktidarını hukukla sınırlamak şeklinde ifade edilmektedir. Bu bağlamda, anayasa yargısı da hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde önemli bir araç olarak kabul edilmektedir. O halde, anayasa yargısının siyasete müdahalesini, dolayısıyla aktivist bir tutum sergilemesini, toplumdaki azınlıkların çoğunluk karşısında korunarak, toplumun çoğulcu yapısının muhafaza edilmesi bağlamında değerlendirerek, yargısal aktivizmin olması gerektiğini düşünebiliriz.

Fakat, tarihi tecrübeler, söz konusu iddialara en azından şüphe ile bakılmasını gerektirmektedir. Öncelikle, hukuk devleti kavramının doğasında bulunan demokrasi açığına dikkat etmek gerekiyor. Sancar, Almanya’da hukuk devleti kavramının ortaya çıkmasına yol açan şartların, bu kavramın özünde otoriterlik ve bürokratizmin unsurlarını barındırmaya yol açtığı kanaatindedir. Sancar’a göre, hukuk devleti kavramı,

Alman burjuvazisinin elinde, aşağıdan bir dönüşüm(devrim) gerçekleştirememiş olmanın yarattığı handikapla, iktidarı hukukun yardımıyla ve hukuk sayesinde kontrol etmeyi sağlayan bir araç işleviyle donandı. Bu durum, hukuk devleti anlayışının otoriter devletle bağına tam anlamıyla kesmesini engellemiştir. Bu nedenle, özgül anlamıyla hukuk devleti kavramı, otoriterlik ve bürokratizmin unsurlarını içererek biçimlenmiştir.⁹⁷

Almanya’da, sınırlı iktidar için demokratik mekanizmalardan ziyade hukuka yapılan vurgudan dolayı yine Sancar’a göre, “Alman hukuk devleti modeli, en büyük güvence olarak yargı mekanizmasını ve yargısal korumayı öne çıkarmış ve bir bakıma bir “yargı devleti” olarak gelişmiştir”.⁹⁸ Nitekim, Can, topluma duyulan güvensizlik karşısında devleti önceleyen Almanya’nın siyasal kültür ikliminin, bu ülkede Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşunda etkili olduğu kanaatindedir. Türk Anayasa Mahkemesi kurulurken örnek alınan Alman Anayasa Mahkemesi’nin varlık sebebi ile ilgili Can’ın tespitlerinin ülkemiz açısından da önem arz ettiği kanaatindeyiz.

Almanya’daki siyasal kültür ve Anayasa Mahkemesi ilişkisine bakıldığında uzun soluklu siyasal tercihler konusunda spesifik Alman Anayasa mantığının siyasetten çok, bir mahkemeye güvendiği görülmektedir. Siyasal açıdan denge sağlayamamış toplum,

⁹⁷ Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, s. 54.

⁹⁸ Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, s. 55.

parlamento, partiler ve siyasal alanda istikrarı bozucu olası eğilimler, diğer tehditlerin yanında Anayasa Mahkemesinin kurulmasına yol açan temel motiflerdir. Alman Anayasa Mahkemesi tarihsel-genetik açıdan, eski ve demokrasi öncesi geleneksel çizgiler yansıtan bir yapı arz etmektedir. Hiçbir biçimde demokratik-katılımcı bir toplumun organı olarak öngörülmemiştir. Anayasanın koruyucusu biçimindeki asli kimliğini hiçbir biçimde anti etatist reflekslerden kazanmamıştır. Kurucu Mecliste Mahkemenin anayasal konumu ve niteliğine ilişkin tartışmalar, çok açık biçimde çoğulculuğa karşı kuşku ve örtülü bir toplum eleştiri öğelerini barındıran düzene işaret etmekteydi. (...) Mahkeme çoğunluk demokrasisinin kayıtlanmamış gücü karşısında kurumsallaştırılmış güvensizlik aracıydı. Güvensizlik yalnızca güçlü ve denetimsiz bir iktidar kudretine değil, aksine daha çok siyasal düzenin dengesini bozabilecek belirsiz ve dengesiz bir topluma karşıydı.⁹⁹

Can'ın yukarıdaki değerlendirmesine göre, Alman Anayasa Mahkemesi'nin varlık sebebi, çoğulcu demokrasinin kurulması değil, tam aksine toplumdaki çoğulcu yapının kontrol altına alınmasıdır. Toplumun tercihlerine saygılı demokratik yönetim biçimine ve demokratik kurumlara duyulan güvensizlik sonucunda, demokratik karar alma mekanizmalarını sınırlama ve denetlemede hukuki mekanizmalara başvurma sadece Almanya için geçerli bir durum değildir.

Nitekim, Hirschl'in hegemonyacı koruma tezine göre de, yakın zamanlarda çoğu ülkede, temel haklara Anayasa metinlerinde yer verilmesinin ve Anayasa yargısının benimsenmesinin temel sebebi, insan haklarının korunması konusunda aniden belirmiş idealist bir düşünce değil, konumlarını gitgide tehlikede gören hakim siyasal elitlerin onu anayasal güvencelerle sağlamlaştırma istekleridir. Seçmen kitlesindeki desteklerinin zayıflamakta olduğunu gören ve temel değerlerini ve menfaatlerini çoğunlukçu demokrasi mekanizmalarının belirsizliklerine terk etmek istemeyen siyasal elitler, bu menfaatlerin korunmasını, daha kolay etkileyebileceklerini ümit ettikleri anayasa yargısına bırakmayı tercih etmişlerdir. Siyasal elitlerin bu çabalarına, mülkiyet hakkı, sözleşme ve özel teşebbüs hürriyeti gibi temel menfaatlerini anayasal güvence altına almak isteyen ekonomik elitler ve siyasal sistem içindeki etkilerini artırma arzusunda olan yargısal elitler de destek olmuşlardır.¹⁰⁰

⁹⁹ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 67-68.

¹⁰⁰ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004'den özetleyen: Özbudun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu", s. 339.

Eğer Hirschl'in tezini doğru olarak kabul edersek, anayasa yargısının varlık sebebi, hak ve özgürlüklerin korunması için değil, toplumda azınlıkta olan elit kesimin değerlerini korumak amacıyla çoğunluk iktidarının sınırlandırılması olmaktadır. Yani, amaç "siyaset yapmanın, demokratik siyasi değişiklikler yoluyla yapılmasını engellemek, siyasetteki değişikliklerin elit çevrelerce yapılmasını sağlamaktır".¹⁰¹

Clayton'a göre de, ABD Federal Yüksek Mahkemesi karar verirken o an toplumda hakim olan siyasi görüşlere uygun hareket etmektedir. Anayasallık denetimi çoğunluk iktidarını sınırlamaktan ziyade, zorlu siyasal sorunlarla ilgili sorumluluğu üstlenerek günün geçerli hakim ideolojisini meşrulaştırma işlevi görmektedir.¹⁰² Mahkemeler, bu meşrulaştırma işlevini yerine getirirken, "genellikle, hakim siyasal koalisyona karşı durmamışlar, aksine tarihsel olarak hakim siyasal partinin siyasal gündemini yayma, meşrulaştırma ve meşrulaştırmada güvenli bir ortak olarak hareket etmişlerdir".¹⁰³

Sonuçta, yargının yetkilerinin siyaset alanına genişlemesi şeklinde yaşanan sürecin demokrasi adına olumlu bir gelişme olduğuna dair görüşlerin en azından şüphe ile karşılanması gerekiyor.

1.4.3. Anayasa Mahkemesi Hukuki mi Yoksa Siyasi Bir Kurum mu?

Kuvvetler ayrılığı ilkesinde yaşanan bu gelişmelerden sonra, iki siyasi kuvveti (yasama ve yürütme) denetleyerek, anayasal sınırlar içinde tutma görevi verilen anayasa yargısının niteliğinin, siyasi mi yoksa hukuki mi olduğu hususu anayasa hukukçuları arasında tartışmalı bir konu olmuştur.

Anayasa yargısının siyasetle olan yakın ilişkisi hemen her anayasa hukukçusu tarafından ifade edilmektedir. Yazarlara göre bu durumun en önemli sebebi anayasa yargısının uğraş alanı olan konuların siyasi bir renge sahip olmasıdır. Mesela Gören, anayasa yargısının diğer yargı kollarından farklı olarak "siyasal yargı" şeklinde görülmesini, bu yargı kolunun materyali olan anayasa hukukunun siyasal konularla ilgili

¹⁰¹ Öztürk, a.g.e., s. 181.

¹⁰² Cornell Clayton, "ABD'de Mahkemeler, Demokrasi ve Anayasal Değişim: 2004 Seçimlerine Yansımalar", (Ed.) Dr. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, s. 166.

¹⁰³ Clayton, a.g.e., s. 168.

olmasına bağlamaktadır. Ancak, yine Gören'e göre, Anayasa yargısı dışında kalan yargı kuruluşlarının verdiği kararların da siyasi etkisi olabilmektedir.¹⁰⁴

Gerçekten de, anayasal uyuşmazlıkların kaynağı, önemli ölçüde siyasal sorunlara ilişkindir. “Her bir anayasal uyuşmazlığın ardında, esasında bir iktidar mücadelesine dönüşme potansiyeli bulunan siyasal bir sorun bulunmaktadır”.¹⁰⁵ Bu durumda, anayasa mahkemesi, bir yargı kuruluşu olduğuna göre, anayasallık denetimi yaparken sadece hukukilik denetimi yapmakla yetinebilir mi? Teziç, haklı olarak, olması gerekenin bu olduğunu belirttikten hemen sonra bunun zor olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, kanunun anayasaya uygunluğunu denetlerken, yapacağı hukukilik denetimi ile anayasanın sözünü söylemekle görevlidir. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun siyasi tercihine müdahale ederek, düzenlemenin, ülke koşullarına uygun olup olmadığını, yani yerindeliliğini denetlememelidir. Ancak, anayasa mahkemelerinde “siyasi ve hukuki sorunları birbirinden kesinlikle ayırmak kolay değildir. Özellikle hürriyetlerle ilgili anayasa kurallarının yorumunda, denetlemeyi yapan mahkemenin, ya da kuruluşun ülkenin tarihi ve siyasi koşullarının etkisinden kolaylıkla sıyrıldığı söylenemez”.¹⁰⁶

Anayasa mahkemesinin önüne gelen siyasi sorunlara ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların siyasi sonuçları olduğu genellikle kabul edildiğine göre, anayasa yargısının siyasi yargı olarak kabul edilmesi gerekmez mi? Kanadoğlu, anayasa mahkemesi kararlarının siyasi sonuçları olsa bile, bu kararlar hukuki yöntemler kullanılarak oluşturulduğu için, anayasa mahkemelerinin siyasi kurum olarak kabul edilmesinin doğru olmayacağı kanaatinde: “Diğer bir ifadeyle yargıyı siyasetten ayıran, kararının unsurları değil oluşturulmasıdır. Yargılamada sadece hukuk ölçü alınırken siyaset farklı amaçlar izler, farklı ölçülere tabidir”.¹⁰⁷ Dolayısıyla Kanadoğlu'na göre, anayasa yargısının faaliyetlerini hukuki kriterlere göre yürütmesi, hukuki ölçütler kullanılarak kararını oluşturması, bu yargı kolunun siyasi yargı olarak adlandırılmasını önleyecektir.

Fakat anayasa hukuku doktrinindeki bizim de katıldığımız yaygın kanaat anayasa yargısının özünde siyasi olduğu yönündedir. Nitekim, Ünsal, anayasa mahkemesinin,

¹⁰⁴ Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, s. 11-12.

¹⁰⁵ Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, AÜSBFD, C. 62/3, 2007, s. 102.

¹⁰⁶ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s.183.

¹⁰⁷ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 19.

olağan yargı organlarından farklı olarak, “...yasaların Anayasa’ya uygunluğunu denetleme yetkisiyle iktidarı çok daha etkin bir biçimde frenleyen “siyasal” bir “otorite” olduğunu söylerken,¹⁰⁸ Erdoğan, anayasa mahkemelerinin en azından yarı-siyasi kurumlar olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Erdoğan’a göre, “Esasen, anayasa mahkemeleri mahkeme veya yargısal merci olmaktan ibaret değildiler; kararlarının siyasetle ilgili yansımalarıyla birlikte onlar aynı zamanda siyasi, en azından yarı-siyasi kurumlar olarak görülebilirler”.¹⁰⁹

Anayasa mahkemelerinin kararlarının salt hukuki olmadığını aynı konuya farklı açılardan bakan ve dolayısıyla iki farklı siyasi sonuca ulaşan Türk ve Alman Anayasa Mahkemesi kararlarını takip ederek görebiliriz. İki mahkemenin de önüne gelen hukuki düzenleme, seçimlerde baraj uygulamasıyla ilgilidir. Türk Anayasa Mahkemesi, 1036 sayılı kanunla, seçimlerde engelli d’Hondt sistemine göre oyların değerlendirilmesinde, “engel” (ya da baraj) sayısını iptal ederken, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağlantı kurarak, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırsız olamayacağını, “... siyasi rejimle pek sıkı ilişkisi bulunan seçim kanunlarında Anayasa’nın bu ilkesini göz önünde bulundurmamak, kuracağı seçim düzeniyle işbaşına gelecek meclisin demokratik bir nitelikte olmasına itina göstermek zorunluluğundadır” gerekçesiyle açıklamaktaydı. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin sorunu çok partili düzen açısından değerlendirirken,

“1036 sayılı kanunun görüşülmesi sırasında siyasi partilerin çoğalması, kaçınılması gerekli bir konu gibi ortaya atılmış; seçim kazandırmamak suretiyle partilerin gelişmelerinin önlenmesi ve çoğalmamalarının sağlanması için seçim kanunlarına hükümler koymak yoluyla Anayasa’daki çok partili siyasi hayat ve siyasi partilerin serbestçe faaliyette bulunmaları ilkelerine dolaylı olarak, karşı çıkılmak istenmiştir “¹¹⁰

görüşüne bağlı kalmış, fakat, çok partili düzen ile siyasi istikrar arasında bir bağlantı kurmamıştır. Buna karşılık Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 1957 yılında verdiği bir kararında, engelli seçim sistemini Anayasaya uygun bulurken, çok sayıda siyasi partinin parlamentoda temsil edilmesinin, siyasal istikrar açısından doğuracağı sakıncalar üzerinde durarak, “baraj” (%5) hükmünün konmaması halinde, parlamentoda hükümeti oluşturacak

¹⁰⁸ Artun Ünsal, “Konuya Göre Yaklaşım Seçimi, Yaklaşımına Göre Konu Değil: Türk Anayasa Mahkemesine “Siyasal Alt-Sistem” Açısından Bir Yaklaşım Denemesi”, AÜSBFD, C. 37/1-2, s. 169.

¹⁰⁹ Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir”, s. 2.

¹¹⁰ E.1968/15, K.1968/13, K.T.: 3, 4, 6 Mayıs 1968, AMKD. Sayı 6, s. 170

bir çoğunluğun sağlanamayacağını belirtmiştir.¹¹¹

Dolayısıyla, Alman Anayasa Mahkemesi istikrar ilkesine öncelik verirken, Türk Anayasa Mahkemesi seçimde adalet ilkesini önceleyerek karar vermiştir. Sonuçta, Mahkemeler, siyasi istikrar ve seçim adaleti gibi siyasi ilkelere dayanarak karar vermiş ve siyasete doğrudan etkide bulunmuşlardır. Böylece, söz konusu Mahkemeler siyaset yapıcı bir niteliğe bürünmüş olmaktadır.

1.4.4. Anayasa Mahkemesi'nin Aktivizmini Destekleyen Faktörler

Anayasa yargısının siyasete müdahale etmesine yol açan çeşitli etmenler vardır. Bunların başında anayasa mahkemelerinin anayasallık denetiminde yasaların kendisine uygunluğunu ölçtükleri anayasaların, eşitlik, özgürlük, hukuk devleti vb. değer yüklü ve açık-uçlu kavramlar içermesi gelmektedir. Anayasa normlarının, siyasal iktidar taşıyıcıları için sadece yetki ve müdahale sınırlarını belirleyen objektif kurallar olmanın ötesinde, değer yargıları içermesi, anayasa yargısını, parlamentonun kullandığı siyasal iktidara ortak haline getirdiği ifade edilmektedir.¹¹²

Merkezi anayasa yargısı sisteminin fikir babası olan Kelsen, yargının yasamaya müdahale etmesine imkan tanımamak için, yargının haklar üzerinde müdahale yetkisinin olmaması gerektiğini savunmuş, fakat Von Beyme'nin ifadesiyle “Avrupa, II. Dünya Savaşı'ndan başlayarak bir “haklar devrimi”ne şahit oldu. Bu hakların tüm seviyelerdeki aşkın kanunlaştırılması da, Avrupa Anayasa Mahkemeleri'ni, bunları koruma yükümlülüğüyle karşı karşıya”¹¹³ bırakmıştır.

Gerçekten de, değerlere dayalı anayasallık denetimi mahkemelere yasamaya müdahalede önemli bir imkan sağlamaktadır. Çağlar, Anayasa yargısının “Büyük Problem”inin “kendi değer hiyerarşilerini ya da yargıç Burger'in ifadesi ile “şahsi tercihlerini” açık pozitif tanımı olmayan “hürriyet”, “eşitlik”, “fairness” ya da “Due process” gibi nisbeten boş kalıplara koyan yargıcın rolü ve demokratik meşruluğu

¹¹¹ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 186.

¹¹² Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama - Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, s. 90-91.

¹¹³ Klaus Von Beyme, “Alman Anayasa Mahkemesi- Yeni Demokrasiler İçin Bir Model mi?” (Ed.) Dr. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, s. 82.

problemi”¹¹⁴ olduğunu belirterek, anayasa mahkemelerinin belirsiz değerlere dayanarak karar vermek zorunda olmalarının, yargıçların kişisel tercihlerine göre karar vermelerinin yolunu açabileceğini belirtmektedir.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin kürtaajla ilgili verdiği karar, anayasa mahkemelerinin kararlarında yargıçların kişisel değer yargılarının mahkeme kararlarına etkisini göstermesi bakımından anlamlıdır. Federal Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi iki daireden kuruludur. Halk arasında “Kara daire” denilen dairede Hristiyan Demokrat eğilimli yargıçların, “Kızıl daire” denen dairede ise Sosyal Demokrat eğilimli yargıçların çoğunlukta olduğu kanısı kamuoyunda yaygındır. 1974 yılında Almanya’da gebeliğin ilk üç ayında kürtaajı serbest bırakan bir yasa kabul edilmiştir. Hristiyan Demokrat Parti bu yasanın anayasaya aykırılığını iddia ederek Anayasa Mahkemesi’ne başvurdu. Bunun üzerine davaya hangi dairenin bakacağı önem kazandı ve kamuoyunda merak konusu oldu. Dava “Kara daire”ye düştü ve beklendiği gibi yasa iptal edildi. Dava “Kızıl Daire”ye düşmüş olsaydı yasanın anayasaya aykırı bulunmayacağı kamuoyunda mutlak sayılıyordu.¹¹⁵

Fransız Anayasa Konseyi’nin de, eşitlik ilkesini kullanarak parlamento kararlarına müdahale ettiği, yasaların anayasaya aykırılığı iddialarında eşitlik prensibinin ihlali gerekçesi bir çeşit “maymuncuk gerekçe” işlevi gördüğü belirtilmektedir.¹¹⁶

Yine anayasa mahkemeleri, verdikleri kararların siyasi yansımalarının önemli olmasından dolayı, salt hukuki mülahazaları değil, kararların siyasi sonuçlarını da hesap ettiği belirtilmektedir. Örneğin Ünsal’a göre yargıçlar da karar verirken toplumun genel durumundan etkilenmektedir. Ünsal, teorik olarak, siyasi iktidarlar gibi seçmene hesap verme zorunlulukları olmadıkları için anayasa yargıçlarının bağlı olduğu tek otorite anayasa ve hukukun üstünlüğü ilkesi şeklinde görülmekteyse de, gerçekte, yargıçların, içinde buldukları sosyal şartlardan etkilendiklerini, kendilerine yönelik tepkileri de dikkate alarak karar verdiklerini söylemektedir.¹¹⁷

¹¹⁴ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 165-166.

¹¹⁵ Metin Kıratlı, “Anayasa Mahkemeleri ve Siyasi Polemikler”, **AÜSBFD**, C. 37/3-4, 1982, s. 125-126.

¹¹⁶ L.Philip, “Le développement du controle de constitutionnalité et l’accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel”, RDP, 1983, s.401’den özetleyen: Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 167.

¹¹⁷ Artun Ünsal, “Konuya Göre Yaklaşım Seçimi, Yaklaşımına Göre Konu Değil: Türk Anayasa Mahkemesine

Anayasa yargısının aktivizminin ölçüsünde etkili olan bir diğer faktör de siyasi konjonktür olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, (Truman yönetiminde 1947-1952 ve Nixon yönetiminde 1969 yıllarında olduğu gibi) Başkanla Kongre arasındaki ilişkilerde bir çıkmaz içine girildiğinde ya da Eisenhower (1953-1960) gibi zayıf bir Başkanın iş başında bulunduğu ve Kongre'nin üstünlük kurmayı başaramadığı dönemlerde, A.B.D. Federal Yüksek Mahkemesi'ne devlet ve topluma önderlik etmek ve öbür iki organın önüne geçmek için önemli fırsatlar doğduğu ifade edilmektedir.¹¹⁸

Yargının siyaseti etkilemesi sadece yasama işlemlerini doğrudan iptal etmekle gerçekleşmemektedir. Yasama organı hukuki bir düzenleme yaparken, yapılacak düzenlemenin iptal edilmemesi için anayasa mahkemesinin kararlarını dikkate almakta, hukuki metinlere göndermelerde bulunmaktadır. Siyasetin yargısallaşması olarak ifade edebileceğimiz bu durumu, Stone, bir yargı sürecine benzeterek,

Kanun koyucular, sadece Anayasa hukuku konularını görüşmekle kalmaz, aynı zamanda kararlarını yargıçların yaptıkları gibi, hukuki metinlere atıfta bulunarak savunurlar. Bu davranış, aslında, genişletilmiş bir yargı süreci olarak tasavvur edilebilecek bir sürecin parçasıdır. Parlamentolar anayasal kararlar alırken, ilk derece anayasal denetim organları olarak hareket etmekte, Anayasa mahkemeleri de bunlar üzerinde bir çeşit temyiz denetimi yerine getirmektedirler.¹¹⁹

değerlendirmesini yapmaktadır.

Zaman zaman da anayasa mahkemeleri, politik aktörler tarafından siyasi manevralarda araç olarak kullanılmakta, böylece, anayasa mahkemelerinin aktivist bir tutum sergilemesine bizzat politik aktörler kapı aralamaktadır. Von Beyme, Almanya'da, Yeşiller Partisi'nin başlangıçta Anayasa Mahkemesi'ni muhafazakar davrandığı için eleştirdiği halde, zamanla, Mahkeme'ye başvurma tehdidini parti stratejisi olarak kullanmaya başladığını belirtmektedir. Başka bir deyişle, "yargısal aktivizm eleştiriliyor, ancak partinin stratejisine fayda sağlar gibi görüldüğü andan itibaren buna davetiye

"Siyasal Alt-Sistem" Açısından Bir Yaklaşım Denemesi", s. 179.

¹¹⁸ Walter F. Murphy, (Çev.) Tuncer Karamustafaoğlu, "Amerikan Yüksek Mahkemesine Düşen Görevlerde Değişmeler", **AÜHFD**, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974, s. 59.

¹¹⁹ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* Oxford: Oxford University Press, 2000, s. 102-103'den aktaran: Özbudun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu", s. 345-346.

çıkarılıyordu”.¹²⁰ Hatta, Von Beyme’ye göre, muhalefetin “Karlsruhe’ye bir dilekçe göndermek” yönündeki tehditleri, Parlamento’daki tartışmaların olağan bir parçasını oluşturması karşısında, yasama organı genellikle, Mahkeme’ye karşı bir tür “öngörülü itaat” tavrı içinde hareket etmektedir.¹²¹

Alman Anayasa Mahkemesi’nin aktivist tutumunun bugün geldiği noktaya ilişkin Von Beyme’nin gözlemleri şöyledir: Mahkeme, siyasi meselelerde bile parlamentodan daha yetkin olduğu şeklindeki bir anlayışla hareket etme eğiliminde olup, giderek artan bir biçimde hukukilik denetiminden yerindelik denetimine kaymaktadır. Von Beyme’ye göre, 1970’lerden bu yana Parlamento’ya harekete geçme çağrısı şeklinde verilen kararlarla, bugün Almanya’da parlamento anayasa mahkemesinin vesayet denetimi altına girmiştir. Bu, zaman zaman, “meşru ve gayrimeşru çocukların hukuki durumlarının eşitlenmesi” gibi çeşitli insan haklarının korunması açısından gerekli olmaktadır. Buna karşın, Mahkeme, Parti Kanunları, eğitim, kürtaj ve 1973 tarihli “Demokratik Alman Cumhuriyeti ile yapılan Temel Antlaşma” gibi pek çok konuda verdiği kilit kararlarda ise aktivist bir tutumla parlamentonun siyasi tercihlerine müdahalede bulunduğu ileri sürülmektedir.¹²²

1.4.5. Anayasa Mahkemesi’nin Yetki Alanının Sınırlandırılması

Anayasa mahkemesinin yetkileri kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde sınırlandırılarak, siyasete müdahale etmesi önlenebilir mi? Bir başka deyişle, anayasa yargısının olduğu bir sistemde kuvvetler ayrılığı ilkesini ayakta tutacak, hukuki olanla siyasi olan ayrımını netleştirebilecek bir kriterler kataloğu oluşturulabilir mi?

Bu soruya doktrinde genellikle olumsuz yanıt verilmektedir. Gören, “hukuk ve siyaset arasında bir sınır çizilebilmesine hizmet eden uygulanabilir bir kriterler kataloğu bulunmadığını itiraf etmemiz gerekir”¹²³ diyerek, hukuk ile siyaset arasındaki sınırın belirsizliğini dile getirmektedir.

¹²⁰ Von Beyme, a.g.e., s. 101.

¹²¹ Von Beyme, a.g.e., s. 89.

¹²² Von Beyme, a.g.e., s. 103.

¹²³ Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, s. 21.

Fakat yine de gerek yüksek yargı da, gerekse doktrinde anayasa yargısının yetkilerinin sınırlarını belirlemeye yönelik çabalar harcanarak, anayasa yargısının kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun hareket ederek yargısal aktivizm eleştirilerine set çekilmeye çalışılmaktadır.

Anayasa yargısını sınırlamaya ve böylelikle demokrasi ile anayasa yargısını uzlaştırmaya yönelik Ely tarafından geliştirilen usuli anayasa yöntemine göre, anayasal denetim, parlamentonun almış olduğu kararın içeriği yani “meşru sonuçlar” üzerinde değil, kararın alınmasına yönelik “meşru süreçler” üzerinde gerçekleştirdikleri ölçüde demokrasi ile bağdaşabilir. Başka bir deyişle, “anayasa yargıçları, rakip değerler ve siyasal kavramlar arasında bir tercih yapmayarak bunu seçilmiş otoritelerin takdirine bırakmalı, denetimlerini demokratik sürecin işlerliği ile ilgili hususlara inhisar ettirmelidirler”.¹²⁴ Bu anlayışla, anayasa yargısına demokrasinin bekçisi olma işlevi verilmiş olmaktadır. Yargı, sadece karar alma süreçlerinin temel kurallara uygun işleyip işlemediğini denetlemelidir. Yargının bunun ötesinde bir işlevi olmamalıdır. Bu anlayışa göre mahkemeler, maddi ölçüleri esas alan bir denetim yapmamalıdır. Aksi takdirde, “...demokratik siyasal sürecin belirleyici unsuru olan yasamanın yetki alanı aşırı derecede kısıtlanmış ve sonuçta demokratik olmayan bir yola girilmiş olur”.¹²⁵

Bu teoriye yönelik eleştirisinde Özbudun şunları söylemektedir: “Ancak, geniş bir temel haklar kataloğuna yer veren bir anayasa sisteminde, yargısal denetimin nasıl demokratik süreçler üzerindeki bir denetimle sınırlandırılabilceğini anlamak güçtür”.¹²⁶ Gerçekten de, anayasaya uygunluk denetimi söz konusu olduğunda, temel haklar gibi siyasi değerleri içeren bir anayasanın ölçü olarak alındığı bir denetimde, bu teorinin işlevsel olmasını beklemek pek mümkün görünmemektedir.

Anayasa yargısının sınırları ile ilgili geliştirilen ilkelerden birisi de siyasi sorun doktrindir. A.B.D. Federal Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen bu doktrine göre, Mahkeme'nin önüne gelen sorun siyasal nitelikte ise mahkeme karar vermektan kaçınabilir. Bu kaçınmanın gerekçesini Doehring, “ Sorun yüksek derecede siyasal niteliktedir ve bu konuda bir kararla hükümete müdahale etmek Güçler Ayrılığı ilkesinin

¹²⁴ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 346.

¹²⁵ Sancar, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, s. 49-50.

¹²⁶ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 347.

temel düşüncesine de aykırıdır” şeklinde açıklıyor.¹²⁷ Kanadoğlu da, “ABD’de hukuk dışı faktörlerin büyük önem taşıdığı, hukuki ölçütlerin kararın gerekçesini taşıyacak durumda olmadığı işlerde Yüksek Mahkemenin kararı siyasal makamlara bırakması anlamında kullanılmaktadır”¹²⁸ diyerek, siyasi nitelikteki sorunların hukuki ölçütlerle değerlendirilemediği için, bu sorunlarla ilgili kararın siyasal makamlara bırakıldığını belirtmektedir.

Siyasi sorun doktrininin anayasa yargısının sınırları ile ilgili problemi tatmin edici bir şekilde çözdüğünü söylemek pek mümkün görünmüyor. Çağlar, siyasi sorun doktrininin belirsizliği ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

Siyasi sorun doktrini’nin hukuki tanımını vermede ki zorluk karşısında “Kemanlar küçük cellolardır ve Cellolar büyük kemanlardır” tanımına benzer bir tanımla, “Siyasi sorunlar” kazai usulle çözülemeyen konular, kazai usulle çözülemeyen konular da siyasi sorunlardır denmiştir.¹²⁹

Nitekim, Kanadoğlu’na göre de siyasi sorun doktrinine kuşkuyla yaklaşmak gerekiyor. Çünkü, “Mahkemenin karar verme yükümlülüğü ile karar vermekten çekindiği haller arasında ince bir çizgi vardır”.¹³⁰ Gerçekten de, anayasa mahkemelerinin gördüğü davaların doğrudan ya da dolaylı olarak siyaset ile ilgili olması, söz konusu doktrinin, anayasa yargısının yetki sınırlarını belirlemede etkin bir ölçüt olmasını zorlaştırmaktadır.

Ayrıca, Can’ın ifade ettiği gibi, Anayasal uyumsuzluklar belirli bir “siyasal renk” içermekte, “büyük siyasal etkileri” olmakta ya da “belirli siyasi etki gücü” içermektedirler; en azından siyasal sorunlara dokunan boyuta sahiptirler. Nitekim, “Her bir anayasal uyumsuzluğun ardında, esasında bir iktidar mücadelesine dönüşme potansiyeli bulunan siyasal bir sorun bulunmaktadır”.¹³¹

Kanaatimizce de, önüne gelen dava konusu olayın siyasi sorun kapsamında olup olmadığına karar verme yetkisi Yüksek Mahkeme’ye ait olduğundan, bu doktrin

¹²⁷ Doehring, a.g.e., s. 224.

¹²⁸ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 30.

¹²⁹ Bakır Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, **Anayasa Yargısı**, C. 3, 1986, s. 139.

¹³⁰ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 30.

¹³¹ Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, s. 102.

vasıtasıyla anayasa yargısının objektif bir şekilde sınırlarının tesbiti mümkün olamayacaktır.

Anayasa yargısının sınırlarını belirlemeye yönelik bir diğer ilke olan yargının kendi kendisini sınırlaması (judicial self-restraint), Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi söz konusu ilkenin uygulamasını şu şekilde izah etmektedir:

Anayasa normlarından yasa koyucunun belli bir yönde hareket etmesi için değer yargıları ve görevler çıkarılmakla birlikte demokratik plüralist bir toplumda, çatışan menfaatleri dengeleme, denkleştirmek ve çoğunluk kararı ile siyasal amaçları ve onların gerçekleştirilmesi yolunu belirleme halkın meşru kıldığı parlamentoya bırakılmalıdır.¹³²

Esasında, bu ilke ile siyasi sorunlar doktrini büyük ölçüde örtüşmektedir. Bu ilkenin de amacı, anayasa yargısını, hukuki sınırlar içinde tutarak, anayasa mahkemesinin siyasete müdahalesini önlemektir. Böylece, hukuki olmayan siyasi sorunları çözme yetkisi parlamentonun elinden alınmamış olacaktır. Ancak Kanadoğlu'nun da belirttiği gibi, genelliği nedeniyle kendi kendini sınırlama ilkesinin, her zaman etkili bir kullanımı mümkün olmayabilir. Ayrıca, ilkenin içeriği ve ana hatlarının belirlenmeden kullanılması durumunda, hoş gitmeyen kararlar kolaylıkla ilkenin ihlali olarak görülebilir.¹³³

Sonuçta, normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alan ve parlamento çoğunluğunun yetkilerini sınırlayan anayasayı ölçü norm olarak kullanan ve verdiği kararların temyiz imkanı olmayan anayasa mahkemesinin, denetim işlevini hukukun sınırları içinde, siyasal iktidarın yetkilerine saygı içinde kullanması ancak yargıçların iyi niyeti ile mümkün olabilir gibi görünüyor. Kanadoğlu da, anayasa yargısının kuvvetler ayrılığına aykırılık oluşturmadığını belirttikten hemen sonra “Ancak belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından AYM'nin diğer anayasal organlardan ayrılan bir özelliği vardır: AYM hem diğer organların, hem de kendisinin sınırları üzerinde karar verir”¹³⁴ demek suretiyle, anayasa mahkemesinin kendi sınırlarını belirlemede mutlak yetkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Doehring de;

¹³² Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama - Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, s. 128.

¹³³ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 27.

¹³⁴ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 7.

Parlamento çoğunluğunun tiranlığını engellemek için yapılan bu güç sınırlaması sırasında, parlamento çoğunluğunun hakları büyük ölçüde anayasa mahkemesine geçmektedir ki, bu durumda mahkemenin kendi yetkisini aşma tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu da söylenilmelidir. O zaman şunu tavsiye etmekten başka çare yoktur: Anayasa mahkemesi yargıçları kendi kendilerini sınırlamalı ve özellikle yargıcın hukuk yaratma yetkisini kullanırken çok dikkatli olmalıdır.¹³⁵

önerisinde bulunmaktadır. Erdoğan da, “Anayasa yargısının politika-belirleyici bir hale dönüşmesini engellemekte yine yargıçların elindedir” diyerek, yargıçların kendilerini sınırlaması gerektiğini belirttikten sonra, bunu gerçekleştirmenin yolunu da “... her şeyden önce yargıçların tutarlı bir anayasal yorum teorisi geliştirmelerine” bağlamaktadır.¹³⁶

Kanaatimizce, anayasa yargısının demokratik sistem içindeki gücü ve tartışılabilir konumu normlar hiyerarşisinin üst basamağında yer alan anayasayı yorumlama ve hatta bazı görüşlere göre, anayasanın genel ve soyut ifadelerinden yola çıkarak hukuk yaratma kabiliyetine sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan, anayasayı yorumlamak suretiyle siyasi iktidar sahiplerini bağlayıcı nitelikte hüküm verebilen anayasa mahkemesi, kendisinin de içinde yer aldığı siyasal sistemin anayasada düzenlenmiş olan oyun kurallarını uygulamanın ötesinde oyunun kurallarını da belirleyebilme imkanına sahiptir. Bu durum, anayasa mahkemesini, hem kendisinin hem de diğer oyuncular olan siyasi iktidar taşıyıcısı kurumların yetki alanlarını serbestçe tayin edebilen, kendi davasının yargıçları olan bir konuma getirmektedir. Nitekim, yukarıda ileri sürülen görüşlerde de görüldüğü üzere, anayasa yargıçlarının anayasa tarafından kendisine verilen yetkilerin sınırını aşmasını önleyecek tek yol olarak kendi kendisini sınırlaması öngörülmektedir.

Anayasa mahkemesinin yetkilerini aşmaması için; Erdoğan, “tutarlı bir anayasal yorum teorisi geliştirilmesini” önerirken, Doehring, “yargıcın hukuk yaratma yetkisini kullanırken dikkatli olmasını” tavsiye etmektedir.

¹³⁵ Doehring, a.g.e., s. 245-246.

¹³⁶ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 95.

1.5. Anayasa Yargısında Yorum ve Hukuk Yaratma

1.5.1. Anayasa Yargısında Yorum ve Yorum Anlayışları

Yazılı her metin yorumlanmaya muhtaçtır. Troper, yorumlamanın, anlamının açık olduğu söylenen metinleri de kapsayacak şekilde, bütün metinler için gerekli bir işlem olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: “Bu konuda baskın olan öğretinin aksine; yorumlamanın anlamının sadece kapalı metinlerin uygulanmasıyla olmadığı noktasının altının çizilmesi gerekir. Yorumlanmaktan kurtulmuş olan açık bir metin mevcut değildir”.¹³⁷

“Yorumlanan bir nesneyi anlama ve anlamlandırma” olarak tanımlayabileceğimiz yorumlama faaliyeti, yargıçlar tarafından hukuk kurallarının uygulanması için vazgeçilmez bir işlemdir. Çünkü, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanması, onların ne anlama geldiğinin belirlenmesini, yani yorumlanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda “hukuk yorumsal bir kavramdır” diyen Dworkin haklıdır.¹³⁸ Anayasallık denetiminde de, yargıç bir yasanın anayasaya uygun olup olmadığına karar verirken, “sonuca ikili bir yorum aracılığı ile ulaşılabilir: İncelediği yasa ve uyguladığı anayasanın yorumları”.¹³⁹

Eğer yorumlama, bir metni anlama ve anlamlandırma faaliyeti ise ve bir yasa metninin birden fazla anlamı varsa, yargıç uygulamada hangi anlamı esas alacaktır? Ve eğer yargıç, yasa metnine yasa koyucunun öngörmediği bir anlamı yükleyerek karar verirse yasa koyucunun yetkisine müdahale etmiş olmayacak mıdır? Hatta bu durumda yargıcın hukuk yaratması söz konusu olmaz mı?

Klasik yorum teorisine göre, hakim hukuk yaratmaz. Buna göre, hakimin yaptığı yorum metnin içinde gizli de olsa zaten var olan hukuk kuralını açığa çıkarmaktan ibarettir.¹⁴⁰ Dolayısıyla, hakimin görevi, “apaçık ortada bulunan veya yorum ile gün ışığına

¹³⁷ Troper, a.g.e., s. 297.

¹³⁸ Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, 2. Cilt, Ankara: Yetkin Yay., 2008, s. 60.

¹³⁹ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 165.

¹⁴⁰ Michel Troper, “Le positivisme çömmé théorie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Toper sous la direction de-Le positivisme juridique, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 280’den aktaran: Kemal Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, C. 15, 1998, s. 208.

çıkarılan hukuk kuralını uygulamaktan ibarettir. Hukuk kuralının uygulanmasında hakim yaratıcı değildir”.¹⁴¹

Hukuk alanındaki klasik yorum metodlarının uygulanması halinde, yukarıda ifade edilen görüşler, kısmen doğru kabul edilebilir. Bu yorum metodlarını; normun yazılış biçimine göre yorum (gramatik yorum), içinde yer aldığı bütüne göre yorum (sistemik yorum), hazırlık çalışmalarına göre yorum (tarihi yorum), amacına göre yorum (teleolojik yorum) olarak sıralayan Çağlar’a göre, bu metodlar, biri diğerini reddetmek yerine, karşılıklı olarak birbirlerini tamamlayan metodlardır.¹⁴²

Ancak, Kara-Avrupası yorum metodu olarak da adlandırılan hukuk kurallarını ortamına ve amacına göre yorumlamaya dayanan ‘Teleolojik-objektif-çağdaş’ metod, norm metninin ifade ettiği değişmez değeri en iyi açıklayan anlamı belirlemek yerine politik olarak tercih edilen anlamı vermede kullanılırsa, her yeni yorumda norm yeni bir değer ifade eder. Çağlar’ın da ifade ettiği gibi, bu durumda, yorum sınırının aşılması ve yeni bir normun yaratılması söz konusu olmaktadır.¹⁴³

Realist yorum teorisine göre de, mahkemenin bir hukuk kuralını uyguladığı her durumda yaptığı yorum ile bir hukuk normu yaratması söz konusudur. Çünkü, bu teoriye göre, uygulanacak hukuk kuralı, hakime önceden verilmiş değildir. Hakim, kanun metnini yorumlayarak ortaya koyduğu anlam çerçevesinde hukuk kuralının gerçek yaratıcısı olmaktadır.¹⁴⁴

Realist yorum teorisini belirleyen önermeleri şu şekilde sıralayabiliriz: Norm, bizzat kanunun metni değil, onun anlamıdır. Bu anlam ise, metnin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. O halde hukukta yorumun konusu, hukuk normları değil, ama hukuki metinlerdir. Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir. Eğer bir metin birden fazla norm içerebiliyorsa, somut olaya bu normların hepsi uygulanamayacağından bu alternatif

¹⁴¹ Michel Troper, “Le positivisme çömmé théorie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Toper sous la direction de-Le positivisme juridique, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s. 279’dan aktaran: Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, s. 208.

¹⁴² Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 187.

¹⁴³ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 189.

¹⁴⁴ Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, s. 209.

normlardan birisi seçilmek zorundadır. Öyleyse, yorum bir tercih yapılmasını gerektiren bir karardır. Bu durumda hukuki metinlerin kendi kendilerini yorumlayamayacaklarını, yorumun mutlaka bir yorumcu tarafından yapılabileceğini kabul etmek gerekir. Yorum, yorumcuya bağlıdır ve yorum, yorumcunun iradesinin ürünüdür. Yorumcu, metnin anlamını tespit ederken geniş bir özgürlükten yararlanır. Çünkü, yorum metodları olarak sunulan ilkeler hukuk kuralı değildir, hakim karşısında hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Bu önermelerden yola çıkan realist yorum teorisi şu sonuca varmaktadır: “Yorumdan önce sadece metin varsa, metin de birden fazla norm içerebiliyorsa, bu normlardan uygulanacak olan norm, yorumcunun serbest iradesiyle seçiliyorsa, gerçek kanun koyucu, kanun metnini yazan veya kabul eden değil, onu yorumlayandır.”¹⁴⁵ Dolayısıyla realist yorum teorisine göre, mahkemeler, kanun metinlerini serbest iradeleri ile yorumlayarak norm oluşturmaktadır.¹⁴⁶

Eğer, realist yorum teorisi bağlamında uygulayıcının yaptığı yorum norm yaratma olarak kabul edilirse, Kelsen’in normların geçerliliği ile ilgili teorisinin de yeniden gözden geçirilmesi gerekecektir. Çünkü, Kelsen’in teorisine göre, bir normun geçerliliği bir üst norma uygun olmasına bağlıdır. Halbuki, realist yorum metodu, bir normun objektif anlamı olamayacağını ileri sürmektedir. Bu durumda, bir kanunun hukuki geçerliliği anayasaya uygun olmasından değil, hakim, kanun ve anayasa yorumundan kaynaklanmaktadır.¹⁴⁷

Bu durumda, anayasaya uygunluk denetimi kabul edilirse; yorumun gerçekçi teorisine göre, parlamento anayasa metnine değil, yargıcın oluşturduğu norma bağlı kılınmaktadır. Yani, parlamentonun ihlal edemediği anayasa, yargıcın yorumladığı türdeki anayasa olmaktadır. “Parlamento bir metne değil ama, yargıcın yarattığı bir norma bağımlı kılınmıştır”.¹⁴⁸ ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Charles Evan Hughes da, “Anayasaya bağlıyız, ancak Anayasa yargıçlar ne diyorsa odur”, demektedir.¹⁴⁹

Ayrıca, realist yorum teorisini doğru kabul edersek, anayasa yargısının meşruluğunu, normlar hiyerarşisine dayandırmak imkansız olacaktır. Çünkü, “realist

¹⁴⁵ Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, s. 210-214.

¹⁴⁶ Michel Troper, “Le droit, la raison et la politique”, *Le Débat*, n° 64, 1991, s.191’den özetleyen: Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, s. 217.

¹⁴⁷ Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, s. 215.

¹⁴⁸ Troper, a.g.e., s. 301.

¹⁴⁹ Aktaran: Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 236.

yorum teorisinin gösterdiği gibi, anayasa normunun gerçek koyucusu, onu yorumlayan anayasa yargısı organı ise ve bu organ da halk tarafından seçilmeyen, ama atanan yargıçlardan oluşuyorsa, bu organın faaliyeti meşru değildir”.¹⁵⁰

Hatta, anayasa mahkemesi yaptığı yorum ile anayasanın anlamını, anayasa yapıcının öngördüğünden daha farklı bir şekilde, yeniden belirliyorsa tali kurucu iktidar konumuna geldiği de söylenebilir. Nitekim, Gözler de bu kanaati taşımaktadır:

Anayasa mahkemelerinin yaptıkları yorumlar sonucu bazen anayasanın bir maddesinin metni sabit kalmakla birlikte anlamı tamamıyla değişebilmektedir. Oysa anayasayı değiştirme yetkisi, anayasa mahkemelerine değil, ülkenin tali kurucu iktidarına (...) aittir. Bazen de anayasa mahkemeleri kanunları anayasada olmayan bir şeye dayanarak iptal ederler veya anayasa tarafından kendilerine verilmeyen bir yetkiyi kullanırlar. Böyle bir durumda anayasa mahkemeleri anayasaya, anayasada olmayan yepyeni bir norm eklemiş olur.¹⁵¹

1.5.2. Anayasa Yargıcının Hukuk Yaratması

Türk Anayasa Hukuku doktrininde çoğu yazar, Anayasa Mahkemesi'nin hukuk yarattığı görüşündedir. Teziç'e göre, anayasanın yargıca hukuk yaratma yetkisi vermediği gerekçesiyle, uzun yıllar, yargıcın hukuk yaratma yetkisi yok sayılmıştır. Söz konusu yok sayma, Teziç'e göre bir çelişkidir. Çünkü, anayasa uygunluk denetimi sonunda ortaya çıkan bağlayıcı nitelikteki içtihatlar, içtihadi bir normatif alanın oluşmasını zorunlu kılmaktadır.¹⁵²

Erdoğan da, yargıcın hukukun basit bir uygulayıcısı olmadığı kanaatindedir. Hemen hemen hiçbir yasa, hukuki terim veya kavram tek anlamlı değildir. Bu nedenle, yargıçlar mümkün olan anlam veya yorumlar arasından bir tercihte bulunmakta ve “inşa” süreci yoluyla hukuka/yasaya anlam vermektedirler. “Bu açıdan bakıldığında, aslında bütün hukukun yargıç-yapısı olduğu bile söylenebilir”.¹⁵³

¹⁵⁰ Gözler, “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, s. 219.

¹⁵¹ Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, s. 156.

¹⁵² Erdoğan Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, C. 2, 1985, s. 22.

¹⁵³ Mustafa Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 23-24.

Anayasa Mahkemesinin yasanın gerçek anlamını tespit ettiği ve dolayısıyla hukuk yaratmadığı tezi Feldbrugge tarafından da eleştirilmektedir. Fedbrugge, bu görüşün, yasaların bir tür içkin ve sabit bir anlama sahip olduğu biçimindeki felsefi bir varsayıma dayandığını ileri sürmektedir. Bu varsayıma göre hukuki bir metnin lafzı, temelde yatan “öz”ün mükemmellikten uzak bir yansımasıdır. Bu düşüncenin, teorik olarak ispatı ve pratik olarak da uygulanabilmesi mümkün değildir.¹⁵⁴

Dolayısıyla, yargıcın yorum yoluyla hukuk yarattığı görüşünün günümüz anayasa hukuku doktrinde yaygın olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Fakat, anayasa yargısının hukuk yaratmasından bahsedildiğinde acaba yasamanın hukuk kuralı ihdas etmesi ile aynı şey mi kastedilmektedir?

Doktrinde genel olarak, anayasa yargıçlarının hukuk oluşturması ile yasama organının yasa yapması arasında fark olduğu ifade edilmektedir. Kanadoğlu, anayasa yargısının anayasa normlarını yorumlayarak hukuk oluşturması ile yasamanın faaliyeti hukuk kuralı yaratması arasındaki farkı şu şekilde ayırmaktadır:

Anayasa hukukunda yorum büyük ölçüde anayasal normların somutlaştırılması ve bunlardan hukuk türetilmesi anlamına gelir. Somutlaştırma, anayasa yargısının yaratıcı, hukuku oluşturucu ve geliştirici, sonuç olarak yapıcı bir unsuru olmasına rağmen, işlevi yasama organının yaptığı anlamda hukuk kuralı yaratmak değildir. Onun işlevi, mahkemeye başvuruyla ilgili olarak soyut hukuktan somut hukuk türetmektir. Örneğin bu bağlamda AYM, anayasa-üstü ölçü norm olarak değerlendirdiği hukukun genel prensiplerini, “ilk elden kural koyma yetkisi” kullanırmışçasına kendisi yaratmamakta, Anayasadaki hukuk devleti ilkesinden türetmektedir.¹⁵⁵

Nitekim, Gören de, benzer bir görüşe sahip olup, anayasa yargısında yargıcın somutlaştırma işlemiyle hukuk oluşturduğunu, dolayısıyla siyasi bir işlev gördüğünü ama bunun yasama işlevinden farklı olarak yeni bir kural koyma şeklinde olmadığını ileri sürmektedir. Çünkü, anayasa mahkemesi yargıcı genel olarak hukuk yaratmadan, daha önce var olan hukuk kriterine göre yaptığı yargılamanın mantıksal sonucu olarak, “soyut hukuktan salt kendisine sunulan olay için ve salt bu amaçla somut hukuk

¹⁵⁴ Ferdinand J. M. Feldbrugge, “Rus Anayasa Mahkemesi ve Demokrasinin Pekişmesi”, (Ed.) Dr. Ozan Ergül, **Demokrasi ve Yargı**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005, s. 237.

¹⁵⁵ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 20.

yaratmaktadır”.¹⁵⁶ Bununla birlikte, Gören’in, “somutlaştırmanın amacından saptırılarak yeni bir norm koyma fonksiyonu üstlenilmemelidir”¹⁵⁷ diyerek yaptığı uyarıdan, anayasa yargısında yorum ile yeni bir norm koyma arasında ince bir çizgi olduğunu anlıyoruz.

Selçuk’a göre de yargıçlar, sadece, yasaları yorumlama yetkisine sahip olup, bu yetki -yasada boşluk olması durumu hariç-, yargıca norm koyma imkanı vermez.¹⁵⁸ Yine Selçuk’a göre, yargı organları da hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, hukukla bağlı olup, sadece hukukun ne olduğunu söylemekle yükümlüdür. Yorum bahanesiyle ne yazılı bir hukuk normu yaratabilirler ne de yazılı normun bir kesimini dışlayabilirler”.¹⁵⁹

Kanaatimizce, gerek realist yorum teorisi, gerekse anayasa yargısında yapılan yorum faaliyeti sonucunda yargıcın yasama işlemi bağlamında hukuk yaratmadığına dair doktrinde ileri sürülen diğer görüşler arasında, yargıcın metin anlamında hukuk kuralı ihdas etmediği noktasında bir farklılık söz konusu değildir. Ancak, her iki yaklaşım arasındaki fark, anayasa mahkemesinin yürürlükte olan kuralı yorumlayarak, kurala verdiği anlamın hukuki niteliği hakkındaki yaklaşım farklılığı şeklinde ortaya çıkmaktadır.

1.5.3. Anayasa Mahkemesi ile Diğer Yargı Kurumlarının Yorumlarının Etki Farkı

Acaba, anayasa yargısı dışında kalan diğer yargı organlarının da önlerine gelen davada uyguladıkları kuralları yorumlayarak hukuk yarattıkları söylenemez mi? Eğer durum böyleyse, niçin, özellikle anayasa yargısına yorum yoluyla hukuk yarattığı eleştirisi yapılmaktadır?

Esasında, yargının hukuk yaratması, anayasa yargısı ile ortaya çıkan yeni bir olgu değildir. Nitekim, bugün elimizin altında hazır bulduğumuz hukuk kodları önemli ölçüde yargı çalışmalarının ürünüdür. Siyasal otoriteye, yargının “geliştirdiği kavramlarla tanımlamaları ve kurduğu sistemleri çoğu zaman onaylayarak bütün bir topluma mal

¹⁵⁶ Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, s. 13.

¹⁵⁷ Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, s. 13.

¹⁵⁸ Sami Selçuk, “Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM’nin 367 Kararı”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, 2.Cilt, Ankara: Yetkin Yay., 2008, s. 604-605.

¹⁵⁹ Selçuk, “Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM’nin 367 Kararı”, s. 621.

edecek biçimde her yerde uyulması gerekli kurallar haline getirmek kalmıştır”.¹⁶⁰ Günümüzde de, anayasa yargısı dışında kalan diğer yargı kollarında da mahkemeler, önlerine gelen davada uygulanacak hukuk kuralını yorumlamakta, somut olaya uygulanır hale getirmek üzere, somutlaştırma işlemine başvurmaktadır. Ancak, doktrinde, bu mahkemelerin yaptıkları yorumlar ile hukuk yarattıkları veya verdikleri kararlar ile yasama organının ortağı haline geldiği yolunda görüşler ileri sürülmektedir.

Anayasa mahkemelerinin yorumunu, diğer yargı organlarının yorumundan farklı kılan sebeplerden birisi, olağan mahkemelerin yorum yolu ile yasa değiştirme konusundaki gerçek gücü ve olanakları, hem ilkesel yönden hem de uygulama açısından anayasa mahkemelerinin sahip olduğu geniş içerikli yetkilerle kıyaslandığında oldukça mütevazı ve sınırlı kalmaktadır. Anayasa mahkemelerinin yaptıkları yoruma dayanarak verdikleri kararlar, halkın iradesini yansıttığına inanılan yasaları etkisiz hale getirme ve ülkedeki hukuk sistemini değiştirebilme gücüne sahiptir.¹⁶¹ Böylece, anayasaya uygunluğun yargısal denetimi siyasal alanda sonuç doğurmaktadır.¹⁶² Diğer taraftan, anayasa yargıcı normlar pramidinin en tepesinde yer alan anayasa normlarını yorumlayan yargıçtır. Dolayısıyla yorumlayıcı kararları herkesi etkilemektedir.¹⁶³ Ayrıca, anayasa yargısında yorumlanan anayasa metni, diğer hukuk dallarındaki pozitif düzenlemelere kıyasla, genellikle, daha belirsiz ve geniş düzenlemeler, ilkeler ve değer hükümleri içermektedir.¹⁶⁴ Anayasa mahkemesinin yorumladığı ve somutlaştırdığı anayasa maddelerinin genel nitelikte olması, anayasa yargıcının faaliyetini, diğer mahkeme yargıçlarından daha fazla yasa koyucu bir niteliğe sahip görünmesine yol açmaktadır. Çünkü, anayasa yargıcının yorumlayarak anlamını belirlediği, kural, kavram ve terimlerin, içeriğinin genel olması, anayasa yargısında yorumlama faaliyetinde, yargıçların kişisel düşünce ya da tercihlerinin daha etkin olmasını sağlamaktadır.

Anayasa mahkemesinin yorumlarını diğer yargı organlarındakinin ayıran bir diğer özellikte bu mahkemenin kararlarının siyasi bir öze dayanmasıdır. Anayasaya dayanılarak verilen her hüküm onun somut içeriği dolayısı ile siyasal bir niteliğe bürünebilmektedir. “Tek bir olayı hukuku kullanarak çözen bir mahkeme de hukuk yaratır ama bunun siyasal

¹⁶⁰ Oktay, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, s. 227.

¹⁶¹ Feldbrugge, “Rus Anayasa Mahkemesi ve Demokrasinin Pekışmesi, Demokrasi ve Yargı”, s. 237.

¹⁶² Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 240.

¹⁶³ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 240.

¹⁶⁴ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 20.

bir yönü yoktur; fakat anayasa mahkemesi verdiği kararlar hukuk yaratır ve bu karar siyasi bir nitelikte olabilir”.¹⁶⁵

Anayasa yorumunun, yargıçların kişisel değer yargılarını da içerecek şekilde siyasi bir renk taşıdığını Arslan şu şekilde vurgulamaktadır:

İster anayasanın benimsediği değerler olsun, isterse yargıçların kişisel tercihleri olsun, sonuçta “hiçbir anayasal yorum tamamen değerlerden arınmış olmaz”. Anayasa yargısındaki kararlar, yargıçların anayasa denem bağlayıcı metni ve onun taşıdığı değerleri anlama ve ifade etmeye yönelik yorumlarını yansıtır. Anayasayı yorumlarken yargıçlar, genellikle sosyal ve siyasi kavrayışlarını yansıtan paradigmlar kullanırlar. Bir siyasi bilimcinin dediği gibi, “kişinin siyasi tercihleri onun anayasa yorumunu belirleyecektir. Siyasi değerlerimiz tarafından belirlenmesi anlamında yorum “siyasi”dir.¹⁶⁶

Sonuçta, anayasa yargısının yaptığı yorum; hukuk düzeninin en üstünde yer alan anayasayı hedef alması, yasama organı dahil her kişi ve kurumu bağlayıcı sonuçlarının olması, anayasa hukukunun niteliğinden dolayı siyasi bir öz taşıması, anayasanın genel ve değer yüklü düzenlemelerinin anayasal yorumda yargıca kendi kişisel tercihlerini de etkin olarak anayasanın anlamına dahil etme fırsatı vermesi gibi sebeplerden dolayı diğer yargı organlarının hukuki yorumundan farklı bir özelliğe sahip olmaktadır.

Anayasa yargısındaki yorum faaliyetinin söz konusu özellikleri, anayasa mahkemesini ve yargıçlarını ülkenin siyasi sisteminde önemli bir konuma getirmektedir. Şöyle ki, anayasa yargıcı, anayasanın, soyut ve genel nitelikteki kural ve ilkelerinden yola çıkarak, anayasaya kişisel değer yargıları çerçevesinde dilediği anlamı verebilir ve kendi yorumuyla somutlaştırdığı anayasa aykırı gördüğü kanunları iptal edebilir. Bu durumda, anayasa mahkemesi, sadece bir yargı organı olmanın ötesinde, yasamanın da üzerinde en üstün siyasi karar verme merci konumunda olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin anayasal düzen içindeki bu konumu, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan, vatandaşların hukuk kurallarının önceden bilmesi ve böylelikle kendilerini hukuksal güvence içinde hissetmelerini de mani olabilmektedir. Nitekim,

¹⁶⁵ Doehring, a.g.e., s. 233-234.

¹⁶⁶ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 239.

Doehring, A.B.D. Yüksek Mahkemesi için şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Pek abartmaya kaçmadan şu söylenebilir: Sakince bir gözlem, yüksek mahkemenin ne yolda içtihatla bulunacağını önceden tahmin edebilmenin durmadan zorlaştığı hakkında ipucu vermektedir”.¹⁶⁷ Gözler de benzer bir değerlendirmeyi şu şekilde ifade etmektedir: “(...) anayasa, anayasa mahkemesinin yorumları sonucu belirsiz bir şey haline gelmektedir. Böyle bir sistemde anayasanın ne olduğunu, belirli bir konuda anayasanın ne dediğini kimse bilmemektedir”. Çünkü anayasanın ne dediği sorusunun cevabı sadece ve sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin kafasının içinde saklıdır.¹⁶⁸

Anayasa Mahkemesi'nin yorum faaliyetinin yukarıda değinilen özellikleri dikkate alındığında, gerçekten de yorum sonucunda anlamın belirlenmesi ile yargıcın yasama organına benzer biçimde hukuk yarattığını ileri süren realist yorum anlayışının iddiaları kolaylıkla göz ardı edilebilecek gibi görünmüyor. Bu durumda, anayasa yargısının siyasete aktif müdahale etmesini önleyerek siyasetin dışında kalmasını sağlayacak ve böylelikle yargısal aktivizm tartışmalarına nihayet verecek bir yöntem ister istemez “yorum” bağlamında tartışılabilir. Bu bağlamda, anayasa yargısını, diğer olağan yargı organları gibi hukuki bir çerçevede yorum yapmasını sağlayabilecek objektif ilke ve sınırlar tesbit edilebilir mi? Ya da, anayasa mahkemesinin yorum yetkisi harici unsurlarla sınırlandırılabilir mi? Bu sorulardan birincisi, anayasal yorumun sınırı, ikicisi ise, anayasal yorumda yetki sorunuyla ilgilidir.

1.5.4. Anayasal Yorumun Sınırı ve Yetki Tekeli Sorunu

Erdoğan'a göre, anayasanın anlamını belirlemede iki önemli etken vardır. Birincisi, anayasa metninin anlamlandırılmasında benimsenen yorum yöntemi veya tekniğidir.¹⁶⁹ Anayasal yoruma etki eden ikinci etken ise, yargıçların siyaset karşısındaki tutumudur. Yargıçların, siyaset karşısında aktif bir tutum içinde mi olduğu yoksa çekingen mi davrandığına bağlı olarak anayasanın anlamı değişkenlik gösterir.¹⁷⁰ Erdoğan'ın anayasal yorumda etkili olduğunu belirttiği faktörler, önemli ölçüde yargıcın tercih ve tutumu ile ilgilidir. Yani, subjektiftir. Dolayısıyla, anayasaya uygunluk denetiminin sınırını esas

¹⁶⁷ Doehring, a.g.e., s. 223

¹⁶⁸ Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, s. 161.

¹⁶⁹ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 93.

¹⁷⁰ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 90

itibariyle mahkemelerin kendi tutumları belirleyecektir.

Arslan da, anayasanın yorumunun, yargıçların değer yargılarının etkisinden kurtulmayacağı kanaatini taşımaktadır. Anayasal yorum, nihai anlamda bir tercih/seçme sorunudur. Ancak tercih, çoğu zaman Derrida'nın "karar verilemezlik" durumu dediği, ve tek bir "doğru" çözümün açıkça görülmediği "zor vakalarda" verilmesi gereken bir karar olarak ortaya çıkıyor. İşte bu karar da yargıcın kendi kişisel değerlerinden, yorum topluluğunun değerlerinden ve nihayet içinde bulunulan sosyal-siyasal çevrenin hakim değerlerinden oluşan bir paradigmaya dayanmaktadır.¹⁷¹

Bu durum karşısında, Kanadoğlu, anayasa mahkemesinin yorumlama yetkisini kullanırken kendini sınırlamasını önermektedir. Şöyle ki, mahkeme, normu yorumlarken, yasa koyucunun objektif iradesini dikkate alarak, normun yorum kapasitesinin zorlamamaya dikkat etmelidir.¹⁷²

Anayasa yargısının politika belirleyici olmasını önleyecek yol olarak Gülsoy ise, siyasal özgürlükleri esas alan tutarlı bir anayasal yorum yöntemi geliştirilmesini önermektedir: "Böylece, tutarlı bir anayasal yorum yöntemi geliştirmek, anayasa yargısını politika belirleyici olmaktan uzaklaştırarak, anayasal yönetimin öngörülebilir olmasına katkı yapacaktır".¹⁷³

Aslında, Gülsoy'un görüşü, Ronald Dworkin'in anayasanın soyut ilkelerinin siyasal dürüstlük ve adalet konusundaki ahlaki çağrışımların dikkate alınarak okunması gerektiği şeklindeki tezi ile paralellik arz etmektedir:

Çoğu çağdaş anayasalar devlet karşısında kişilerin sahip oldukları bireysel hakları (...) geniş ve soyut bir ifadeyle kurallaştırmaktadırlar. Anayasanın ahlaksal okunuşu hepimizin – yargıçlar, hukukçular, vatandaşlar- bu soyut hükümleri siyasal dürüstlük ve adalet konusundaki ahlaki çağrışımları göz önüne alarak yorum yapmamızı ve uygulamamızı gerektirir.¹⁷⁴

¹⁷¹ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 234-235.

¹⁷² Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 242.

¹⁷³ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 243.

¹⁷⁴ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* Cambridge: Harvard University Press'den aktaran: Mehmet Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı",

Kanaatimizce, anayasal yorum konusuna objektif sınırlamalar getirilmesi mümkün görünmemektedir. Bu durumda, anayasa yargıçları kendi sınırlarını kendileri belirleyecektir. Bunun sonucu, anayasa yargıcının anayasal yorum yaparken yetkisinin belirsiz ya da teorik olarak sınırsız olmasıdır. Eğer, doktrinde bazı yazarların ileri sürdüğü gibi, anayasa mahkemesinin yorum tekeline sahip olduğu kabul edilirse, anayasa mahkemesinin siyasal sistem içinde gerçek egemen haline gelmesi kaçınılmaz olacaktır.

Kanadoğlu, “AYM her durumda usuli olarak, anayasanın yorumunda halen “savunulabilir olanın” sınırlarının nerede bulunduğu konusunda son söze sahiptir”¹⁷⁵ diyerek, yargıcın yorum tekeli olduğunu belirtmiştir.

Gülsoy da, norm denetimi yetkisi münhasıran anayasa mahkemelerine verildiği için, bu mahkemeler aynı zamanda anayasal yorum tekeline sahip bulunduğu görüşündedir. “Bir başka deyişle, diğer organların yaptığı anayasal yorumun ötesinde, bağlayıcı güce sahip anayasal yorum yetkisi, sadece Anayasa Mahkemelerine aittir”.¹⁷⁶ Anayasa mahkemelerinin anayasayı üstün yorumlama yetkisine sahip olmasının demokrasi için önemli olduğu ileri sürülmektedir. Şöyle ki, anayasal yorum, anayasayı birilerinin tekeline uzaklaştırmaktadır. Aksi takdirde, gücü elinde tutan iktidar sahiplerinin anayasaya verdiği anlam bağlayıcı olacaktır. Almanya’da Hitler’in yaptığı gibi. “Buna karşın anayasanın yorumlanması bir süreci ifade eder ve bu süreç çoğulcu bir demokraside açık tartışmalar ile belirginleşir. Anayasa yargısı, bu tartışmaları bir bakıma uzlaştırmak suretiyle karar vermektedir”.¹⁷⁷

Anayasa mahkemesinin yorum tekeline sahip olması farklı bir bakış açısıyla demokrasi ile ilişkisi bakımından eleştirilebilir. Şöyle ki, anayasa mahkemesine verilecek yorum tekeli, anayasayı yorumlama konusunda nihai yetkinin anayasa mahkemesine ait olduğu ve mahkemenin anayasa yorumunun da yasama ve yürütme organlarını bağladığı anlamına gelmektedir. Bunun literatürdeki karşılığı “yargısal üstünlük”tür. “Yargısal üstünlük” anlayışı ise, demokratik açıdan hesap verebilirliği olmayan atanmışların anayasal

AÜSBFD, C. 62/3, 2007, s. 397.

¹⁷⁵ Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, s. 34.

¹⁷⁶ Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, s. 227-228.

¹⁷⁷ Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, s. 200.

bir konudaki yorumunu seçilmişlere dayatması sonucunu doğurabilmektedir.¹⁷⁸ Ayrıca, anayasa mahkemesi anayasayı yorumlama tekeli sayesinde gerçek egemen haline gelmektedir. “Anayasa yargısı siyasal sorumluluğu bir peçe arkasına saklamaktadır, zira son karar verme için yetkili olan gerçek anlamıyla egemenliğin sahibidir. Fakat bir demokraside egemenlik hiçbir zaman yargıda bulunamaz ki!”¹⁷⁹ Hatta, bağımsız ve değiştirilemeyen yargının egemenliği mutlak bir güç olarak görünmektedir. Çünkü, hükümet ya da parlamento hata yaptığında seçimler sonunda değiştirilebildiği halde, anayasal yorum sayesinde siyasal kararlar veren ama halka karşı sorumlu olmayan, ayrıca “değiştirilemeyen bir yargı bir hükümdarı veya bir diktatörü çağrıştırmaktadır”.¹⁸⁰

Anayasa mahkemesinin, anayasanın anlamının ne olduğu konusunda son sözü söylemesinin “çoğunluk diktası”nı önleyici bir işleve sahip olduğu iddiası da eleştiriye açıktır. Öncelikle, bu görüşün dayandığı “Mahkeme’nin Anayasayı yasama organından çok daha özgürlükçü şekilde yorumladığı” temel varsayımı teorik ve pratik açıdan ispatlamak mümkün değildir. Ayrıca, mahkemenin yaptığı ve bağlayıcı nitelikteki anayasal yorum, belli bir azınlığın görüşünü yasama ve yürütme organlarına dayatması sonucunda azınlığın çoğunluk üzerinde tahakküm kurmasına yol açabilir.¹⁸¹

Ayrıca, anayasa mahkemesinin yaptığı anayasa yorumuna mutlak üstünlük tanımak, mahkemenin, anayasayı yasama organına göre daha doğru yorumlayacağı anlamına gelmektedir. Halbu ki, anayasa mahkemesi üyelerinin, milletvekillerine göre, anayasayı daha doğru yorumladıklarının ispatlanması mümkün değildir. “Çünkü, (...) bir yorumun doğru veya yanlış olması mümkün değildir; zira, yorum bir bilme işlemi değil, bir irade işlemidir. Bu nedenle, bir yorum, doğru veya yanlış değil; ama geçerli veya geçersiz olabilir”.¹⁸²

Son olarak, kanaatimizce, anayasa mahkemesinin yorumuna üstünlük tanımak için pozitif bir dayanağa ihtiyaç vardır. Şüphesiz ki, Anayasa’nın “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare

¹⁷⁸ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 80.

¹⁷⁹ Doehrig, a.g.e., s. 234.

¹⁸⁰ Doehrig, a.g.e., s. 234.

¹⁸¹ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 81.

¹⁸² Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, s. 147

makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” (m.153/f.6) maddesi gereğince, Mahkeme'nin kararları bağlayıcıdır. Fakat, Türk hukuk düzeninde, 1982 Anayasası, Mahkeme'nin görev ve yetkilerini düzenlediği 148. maddesinde “anayasal yorum” yetkisini düzenlememiştir. Dolayısıyla, Mahkeme'nin bağlayıcı nitelikte yorum kararı verebilmesi mevcut düzenlemeye göre mümkün görünmemektedir. Nitekim, yasama veya diğer bir yargı kolu Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna aykırı davrandığında pozitif düzenlemelere göre, herhangi bir yaptırım da söz konusu olamayacaktır.

1.5.5. Anayasal Yorum ve Yargısal Aktivizm Hakkında Genel Bir Değerlendirme

Kanaatimizce, realist yorum teorisi, kanun metninin, birden fazla norm içerdiği ve yorum yapan kişi ya da kurumun, serbest iradesi ile yaptığı tercih sayesinde hukuk kuralı yarattığı görüşü önemli ölçüde gerçeği yansıtmaktadır. Hukuk düzeninin en üst kurallarını içeren anayasal metinleri yorumlama yetkisine sahip anayasa mahkemesinin, yorum yoluyla oluşturduğu anayasaya dayanarak yasama işlemlerini denetleyebilmesi, kendisine siyasal sistem içinde olağanüstü bir otorite kazandırmaktadır. Anayasa mahkemesi, öncelikle özgürlükleri esas alan bir yorum metodu geliştirmek ve anayasa veya kanunu ihdas eden kurucu iktidarın iradesine saygılı davranmak suretiyle kendi kendisini sınırlayabilir. Fakat, yargıçların bu şekilde davranacağı beklentisi, “yargıçlar hükümeti” tehlikesini önlemek için yeterli bir güvence oluşturmayacaktır. Çünkü, yargısal sınırlamada yargının girmemesi gereken alanı sadece ve sadece yargının kendisi tayin etmektedir. Davanın tarafı olan kurum aynı zamanda kendi davasının yargıçı konumundadır. Bunun da her zaman şu tehlikeyi beraberinde getirdiği öne sürülebilir: “Bir kişi ya da kurum kendi davasında yargıç veya hakim olursa vereceği karar ne kadar adil olabilir?”¹⁸³

Kanaatimizce, anayasayı yorumlama tekeline sahip bir anayasal organın yetkisini sınırlayarak, diğer anayasal organların iktidarlarına müdahale etmesini önlemenin bir yolu anayasanın anlamını belirleme yetkisine sahip birden fazla organın varlığıdır. Bu durum, belki siyasi alanda bazı belirsizliklere yol açabilir. Ancak “anayasayı yorumlama sorumluluğunun iktidar mücadelesi veren bazı kurumlar arasında paylaşılması, belirli bir yorum eliti tarafından yönetim tehlikesini önemli ölçüde azaltacaktır”. Anayasa'yı “yorum

¹⁸³ Öztürk, a.g.e., s. 115.

tekeli”ne sahip bir elit kesiminin varlığını ise, demokrasiyle bağdaştırmak mümkün görünmüyor.¹⁸⁴

Nitekim, Çağlar’ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, fiili olarak da “Hiçbir sistemde, anayasallık denetimi organı anayasanın tek yorumlayıcısı değildir. Anayasaya getirdiği yorum diğer organların yorumunu da hesaba katmak zorundadır”.¹⁸⁵ Kanaatimizce de, fiili olarak anayasanın anlamının tek belirleyicisi anayasa yargısı değildir. “Anayasa, Mahkemenin dediği değildir. Aksine, diğer güçler aracılığıyla anayasal olarak hareket eden halkın Mahkemenin ifade etmesine izin verdiği şeydir”.¹⁸⁶

Halk iradesine dayalı demokratik bir yönetimi muhafaza için, anayasal düzenlemelerle yasama organına anayasa mahkemesinin yorumunu aşma imkanı verilebilir. Şöyle ki, halk tarafından seçilen üyelerden oluşan ve böylece doğrudan demokratik meşruiyete sahip olan yasama, nitelikli bir çoğunlukla anayasa yargısının kararını etkisiz kılabilirse, yasama üzerindeki yargı vesayeti ortadan kaldırılabilir. Dolayısıyla, anayasanın anlamı üzerinde son sözü söyleme yetkisinin seçilmişlere verilmesi, demokratik sistemin mantığına daha uygun bir yaklaşım olabilir.

Anayasa yargısının, siyasal otoritenin yetki alanına müdahalesini önlemenin bir diğer yolu da, pozitif düzenlemelerle, anayasa mahkemesinin laiklik, bölünmez bütünlük, kuvvetler ayrılığı gibi siyasi olduğundan şüphe edilemeyecek olan ilkeler üzerinden denetim yapmasının önlenmesi olabilir. Nitekim, Hirschl, siyasi iktidarı denetleyecek bir mekanizma olarak anayasa mahkemesinin bir ihtiyaç olduğunu belirtiyor. Fakat, Türk Anayasa Mahkemesi’nin politik sisteminin laik yapısı ile ilgili olarak sürekli yargısal aktivizmde bulunması gibi siyasi konularla ilgili olarak yargısal aktivizmde ısrarcı olan bazı mahkemeler olduğunu ifade ediyor. Hirschl’e göre, bu sorunlar politik sorunlar olup, hukuki sorunlar değildir. Hirschl, politikaların yargısallaştırılması hikayesinin çok basit olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: “Büyük siyasi sorunların yargısallaştırılması sonucu, jüristokrasiye geçilmiştir. Bu da politik bir fenomendir, yargısal değildir”.¹⁸⁷

¹⁸⁴ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 85.

¹⁸⁵ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 183.

¹⁸⁶ Rawls, a.g.e., s. 270.

¹⁸⁷ Öztürk, a.g.e., s. 182-183.

Siyasal iktidar karşısında insan haklarının korunması yolunda anayasa yargısının varlığı ve hatta aktivist bir tutum takınması savunulabilir. Doktrinde de, özellikle, anayasa mahkemelerinin, hukuk yaratması bağlamında, anayasalarda yazılı olmayan içtihadi nitelikte yeni haklar yaratarak, anayasa hukukunu insan hakları açısından zenginleştirilmesi savunulmaktadır. Mesela, Fendoğlu, anayasa mahkemelerinin insan hakları alanında hukuk yaratma sürecini şu şekilde izah etmektedir: “Anayasa Mahkemeleri, yorumlama faaliyetleri sonucunda sadece özgürlükleri koruyan ilkeler geliştirmekle yetinmezler, anayasal değerde ilkelerden normlara giderek, aynı zamanda norm yaratma yoluyla insan haklarını zenginleştirirler”.¹⁸⁸ Kaboğlu da, anayasa mahkemelerinin, anayasaları yorumlamak suretiyle yeni anayasal hakları keşfetme yetkisi olduğunu kabul etmektedir.¹⁸⁹ Yine Kaboğlu’na göre, anayasa yargısının bulunduğu ülkelerde yargıçlar, genellikle, hürriyetleri anayasa metninde kayıtlı olan hürriyetlerle sınırlayan pozitif hukuk anlayışına göre değil, hürriyetlerin kaynağını tabii hukukta gören natüralist hukuk anlayışı ile hareket etmektedirler. Böylece, yargıçlar, hak ve özgürlükler anayasa metinlerinde yer almasalar da hukuk düzeninde tanımaktadırlar; çünkü, kaynağı hukuk ötesindedir.¹⁹⁰

Kaboğlu’na göre, Fransa’da Anayasa Konseyi, İtalya’da Anayasa Mahkemesi, Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi yargıçları, hukuk yaratma yetkilerini kullanarak, özgürlükler hukukuna pozitif hukuk metinlerinde yer almayan “yazılı olmayan özgürlükler” kategorisini kazandırmışlardır.¹⁹¹ Çağlar ise, natüralist anlayışın etkili olduğu anayasa yargısı yapan mahkemeler arasında Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’ni de katmakta, ancak Avusturya Anayasa Mahkemesi’nde, pozitif hukuka üstün olan temel haklar kavramını kabul etmeyen pozitivist hukuk anlayışının hakim olduğunu belirtmektedir.¹⁹²

Fransız Anayasa Konseyi yargıcının, Anayasanın öngörmediği yeni temel haklar yaratmamakta, ancak normları yorumlayarak Anayasal kurallardan ve Anayasal değerde ilkelerden sonuçlar çıkardığı belirtilmektedir. Örneğin Anayasa Konseyi, Anayasanın 66.

¹⁸⁸ H.Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 17, 2000, s. 364.

¹⁸⁹ Kaboğlu, “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, s. 391.

¹⁹⁰ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 188.

¹⁹¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, 1991, s. 300-301.

¹⁹² Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s.137.

maddesinde yer alan “kimse keyfi olarak tutuklanamaz” ibaresini yorumlarken, kişisel özgürlüğün, keyfi tutuklanma yasağı yanında, konut dokunulmazlığını da içerdiği hususunu karara bağlamıştır.¹⁹³

Almanya Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa Hukukunu anayasa metinleriyle sınırlı yorumlamayıp, “yazılı olmayan anayasa hukuku” kavramını kabul ettiği belirtilmektedir.¹⁹⁴ Alman Anayasa Mahkemesi'nin 15 Haziran 1985 tarihli Lüth kararında geliştirdiği insan hakları teorisine göre, “temel haklar tek tek tanınan bir teminatlar serisi olarak değil ama, insan haysiyetinin korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan tutarsız ve eksiksiz bir değerler sistemi olarak yorumlanması gereken, objektif bir hukuki düzen meydana getirir”.¹⁹⁵ İnsan haklarına yönelik bu yaklaşımın sonucu olarak, Mahkeme, Anayasa'da yer almayan yeni haklar (“adil yargılanma hakkı” örneği) tanımaktadır.¹⁹⁶ Yargıcı kurucu iktidar seviyesine çıkararak bu tutumun, hukuk çevrelerinde olduğu kadar politik çevrelerde de kabul gördüğü, doktrinde ise iki farklı şekilde değerlendirildiği belirtilmektedir.¹⁹⁷ Alman Hukuk Doktrini'nde, Andreas Auer, temel hak “yaratıcı” ya da tanıyan Anayasa yargıcının gerçek bir kurucu iktidar kullandığını ileri sürerken, Blaise Knapp, hukukun düzenlediği demokratik bir Devletde Yüksek Mahkemelerin, sadece olanı tanıyabileceği, hürriyetleri kurmanın ise, kuvvetler ayrılığı prensibini koruma adına, sadece kurucu iktidara ait olması gerektiği düşüncesini savunmuştur.¹⁹⁸ Aliefendioğlu ise, Alman hukuk anlayışında, mahkemelerin kural koyma yetkilerinin bulunmadığı için anayasa yargısı yoluyla hukuk yaratmanın söz konusu olmadığı, ancak, mahkemelerin mevcut temel hakların geliştirilmesi yönünde davrandığı kanaatindedir.¹⁹⁹ Örneğin, Federal Anayasa Mahkemesi, “...Anayasanın 1. Maddesinin değişik ikinci fıkrasına dayanarak “genel kişilik hakkının varlığını kabul etmiştir”.²⁰⁰ Yine, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, yurt dışına çıkma hürriyetini, madde 2/1 de düzenlenen insan haysiyeti ve “kişiliği geliştirme hürriyeti”ne bağlamıştır.²⁰¹

¹⁹³ Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s. 179.

¹⁹⁴ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 189-190.

¹⁹⁵ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 138.

¹⁹⁶ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 189-190.

¹⁹⁷ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 139.

¹⁹⁸ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 139.

¹⁹⁹ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 176.

²⁰⁰ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 176.

²⁰¹ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 124.

İsviçre Federal Mahkemesi, herhangi bir Anayasa maddesine atıfta bulunmaksızın, bazı hukuki prensipleri kararlarında kullanmaktadır. Böylece, “Hürriyetler Listesi”ni, yazılı olmayan anayasal kurallarla tamamlamakta ve söz konusu kurallara anayasal değer vermektedir. İfade hürriyeti, İsviçre Federal Anayasası’nın açık bir hükmü ile tanınmış olmadığı halde, jürisprüdans, ifade hürriyetini “yazılı olmayan bir anayasal hak” olarak tanımıştır.²⁰² Mülkiyet hakkıyla ilgili kural, 1969 değişikliğiyle Anayasaya girmiştir. Bu tarihten önceki dönemde mülkiyet hakkı, Federal Mahkemenin kararlarıyla yazısız temel hak kabul edilerek korunmaktaydı.²⁰³ Ancak, Aliefendioğlu’na göre, 9.5.1874 tarihli İsviçre Federal Anayasası’nın temel hak ve özgürlükler kataloğunun sınırlı olması ve genellikle çok kısa ilkeler içermesi nedeniyle, İsviçre Federal Mahkemesi, özellikle temel hak ve özgürlükler konusunda hukuk yaratma görevini üstlenmek zorunda kalmıştır.²⁰⁴

Komünist dönemden demokrasiye geçiş sürecinde, Polonya Anayasa Mahkemesi, anayasada yer alan hukuk devleti ilkesini geniş yorumlamak suretiyle, anayasa metninde yer almayan, insan onuruna saygı, özel hayat hakkı, kanunların geçmişe yürümezliği gibi çok sayıda hak, ilke ve değeri koruma altına almıştır.²⁰⁵

Söz konusu, yabancı anayasa mahkemesi uygulamalarına baktığımızda, özellikle, anayasa da yer almayan insan haklarının, anayasa hükümlerinin geniş yorumlanması ile anayasal korumaya kavuşturuldukları görülmektedir. Ancak, Anayasası’nda hak ve özgürlükler kataloğunun sınırlı tutulduğu İsviçre’de, Federal Mahkeme, daha aktif bir tutum takınarak, doğrudan Anayasa maddelerine dayanmaksızın anayasal değerlerde haklar oluşturmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi de zaman zaman verdiği kararlarda “hukuk yaratma” tekniğini kullanarak yasa boşluklarını doldurma ve hak yaratma yoluna gitmiştir.²⁰⁶ Yabancıların taşınmaz edinmelerinde, Anayasada bulunmamasına karşın, “mütekabiliyet” koşulunu aramıştır.²⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, Anayasa’da ve kuruluş yasasında bulunmayan

²⁰² Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, s. 172-173.

²⁰³ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 178.

²⁰⁴ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 177.

²⁰⁵ Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir?”, s. 12.

²⁰⁶ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 191.

²⁰⁷ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

“yürürlüğü durdurma” yetkisini, Anayasal yetkisi kapsamında ve bir temel hakkı koruma işlevinde araç olarak benimsemiştir.²⁰⁸ Gerek yabancı anayasa yargısı uygulamalarında, gerekse doktrinde, hukuk yaratmak daha çok “hakların yaratılması tekniği” olarak düşünülmekte iken, Türk Anayasa Mahkemesi’nin bu tekniği, genellikle, anayasal yargıda boşluk bulunan ya da bulunduğunu kabul ettiği alanda kendisini yetkili kılmak için kullandığını görmekteyiz.²⁰⁹

1.6. Cumhuriyet Dönemi Siyasal Sisteminde Merkez-Çevre İlişkileri ve Türk Anayasa Yargısının Kuruluşu

Cumhuriyet’in ilk yıllarında parlamentonun üstünlüğüne dayalı siyaset anlayışından çoğunluğun sınırlandırılmasına dayalı çoğulcu demokrasi anlayışına giden süreci gözlemek, Türk Anayasa Mahkemesi’nin kuruluş sebeplerini ve Mahkeme’nin kuruluşundan itibaren izlediği aktivist politikayı anlayabilmek açısından önem kazanmaktadır. Bu sebeple, bu altbaşlıkta, 1924 Anayasası dönemindeki demokratikleşme süreci ve sürecin sonunda Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu ele alınacaktır. Türk Anayasa Mahkemesi’nin yargısal aktivizm ile ilişkisi 2.Bölümde mahkemenin verdiği kararlar ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1.6.1. 1924 Anayasası ile Çoğunlukçu Demokrasinin Kurulması

Kurtuluş Savaşı yıllarının olağanüstü koşullarında kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi, toplumun değişik sınıflar ve dünya görüşüne sahip kesimlerini temsil eden, demokratik bir niteliğe sahiptir. Birinci Meclis’in üyeleri, aralarındaki ideolojik ve etnik farklılıkları bir tarafa bırakarak, ülkenin kurtuluşu için birlikte mücadele etmişler ve bu olağanüstü koşullar içinde meclis üstünlüğüne dayalı bir siyaset anlayışı geliştirmişlerdir.

Nitekim, Cumhuriyet döneminin ilk anayasası olan 1924 Anayasası, “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Türk Milletini ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi temsil eder ve Millet adına egemenlik hakkını yalnız o kullanır” (m. 4) demek suretiyle, parlamentonun üstünlüğü ilkesine dayalı çoğunlukçu demokrasi anlayışına uygun bir

²⁰⁸ E.1993/33, K.1993/40-2, K.T.: 21.10.1993, www.anayasa.gov.tr.

²⁰⁹ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 192.

formül getirmiştir. Nitekim, Özbudun'un ifade ettiği gibi, egemenlik, “tanımı gereği olarak mutlak ve sınırsız bir buyurma gücü olduğuna ve bu egemenliği sadece T.B.M.M. kullandığına göre, Meclisin yetkileri sınırsız demektir”.²¹⁰

1924 Anayasası'nın meclis üstünlüğüne dayalı çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimsemesinin çeşitli sebepleri olabilir. Bir defa, söz konusu demokrasi anlayışı, Türk kamu hukukunun gelişiminde önemli etkisi olan Fransa'da da hakim bir yaklaşımı temsil etmektedir. İkincisi, Milli Mücadelenin fikir ortamı içerisinde, milletin haklarının ancak milli irade ürünü olmayan organlar, özellikle padişah tarafından zedelenebileceği görüşü benimsenmiş, milletin, kendi temsilcilerinin çoğunluğuna karşı da korunmasının gerekebileceği pek akla gelmemiştir.²¹¹ Ayrıca, bu yıllarda geniş halk kesimleri tarafından meşru egemenin Osmanlı hanedanı olarak kabul edilmesi karşısında, Cumhuriyeti kuran kadronun Osmanlı hanedanına alternatif olarak üstün meşruiyete sahip bir iktidar olarak Meclis'i ön plana çıkarmak için Meclis üstünlüğünü savunduklarını da düşünebiliriz.²¹² Son olarak, Özbudun'un da ifade ettiği gibi, 1924 Anayasası yapılırken kurucu kadronun Türkiye'de gerçekleştirmek istedikleri devrimler için çoğunlukçu demokrasi anlayışı daha elverişli koşullar sağlıyordu. Meclis'in yegane egemen olduğu bu sistem, iktidarın, Meclise siyasal yönden hakim bulunan hükümette toplanmasını mümkün kılıyordu. “Siyasal iktidarın çeşitli merkezler arasında bölüşülmesini, paylaşılmasını, dengelenmesini gerektiren çoğulcu demokrasi ise, devrimlerin yürütülmesi bakımından uygun bir ortam sağlamayabilirdi”.²¹³

Öngördüğü siyasal model çoğunlukçu demokrasiye uygun olan 1924 Anayasası'nın, hak ve özgürlükler konusunda ise liberal bir yaklaşımı benimsediği kabul edilmektedir.²¹⁴ Gerçekten de, 1924 Anayasası, liberal demokrasiyi benimsemiş ülkelerde kabul edilen hem kişi hem de siyasi hak ve özgürlükleri bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca, 1982 Anayasası'nda gördüğümüz şekilde hak ve özgürlükleri aşırı kısıtlamaya imkan veren sınırlama sebeplerine de yer vermemiştir.

²¹⁰ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 36.

²¹¹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 37.

²¹² İlhan Arsel, **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları**, Ankara: Mars Matbaası, 1965, s. 147.

²¹³ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 37.

²¹⁴ Mustafa Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, 6. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları, 2009, s. 75-76.

Ancak, Anayasa'nın hak ve özgürlükler konusundaki en önemli eksiği, hak ve özgürlükleri koruyacak teknik ya da kurumsal güvenceler öngörmemiş olmasıdır. Anayasa'nın, 68. maddesinde “tabii haklardan olan hürriyetin herkes için sınırı, başkalarının hürriyetidir. Bu sınırı ancak kanun çizer” diyerek, hürriyetlerin ancak yasama organı tarafından yasa ile sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerle ilgili özel maddelerde de açık ya da örtülü kanun yolu ile sınırlama öngörülmüştür. Ne var ki, yasama organının temel hakları sınırlama veya düzenleme yetkisini keyfi ve özgürlükleri yok edici bir biçimde kullanmasını önleyecek anayasal ilkeler öngörülmemiştir. Gerçi, kanunların anayasaya uygun olması yolunda bir anayasa kuralı (m.103) ile anayasanın üstünlüğü ilkesi kabul edilmiştir ama “parlamentonun bu kurala uymasını sağlayacak kurumsal bir güvencenin (örneğin, Anayasa Mahkemesi veya benzer bir kurumun) getirilmemiş olması, anayasanın üstünlük ve bağlayıcılığı ilkesinin pratik değerini de oldukça zayıflatıyordu”.²¹⁵ Anayasa'nın üstünlüğünü gözetecek ve hak ve özgürlükleri koruyacak anayasa mahkemesi gibi kurumsal mekanizmalarla, Meclis'in yetkilerinin sınırlama yoluna gidilmemesinin, hem meclise duyulan güven hem de Anayasa'nın öngördüğü çoğunlukçu demokrasi anlayışı ile uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim, Meclis tarafından temsil edilen ve yanılmaz olduğu düşünülen milli iradenin ifadesi olan kanunlara karşı hak ve özgürlüklerin korunmasına ihtiyaç olmadığı düşünülmüş olabilir. Diğer bir deyişle, milli egemenlik yetkisini millet adına kullanan Meclis'in yetkilerini kısıtlamaya yönelik tedbirler, Millet iradesini de sınırlama olarak algılanmış olabilir.²¹⁶

Kanaatimizce, Cumhuriyeti kuran kadro, yalnızca hükümetin denetiminde bir Meclis fikrini modernleşme hedefini gerçekleştirmek üzere yapacakları devrimler için daha uygun görmekteydiler. Nitekim, 1924 Anayasası teorik olarak parlamentonun üstünlüğü ilkesini kabul etmişse de, uygulamada yürütmenin üstünlüğü söz konusu olmuştur.²¹⁷ Dolayısıyla, bu dönemde, anayasal hakları yasama organı karşısında koruyacak kurumsal bir mekanizma oluşturmak, “Kadir-i mutlak” bir Meclis ve ona fiiliyatta hükmeden bir yürütme karşısında kolay olmasa gerektir.²¹⁸

²¹⁵ Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, s. 75-76.

²¹⁶ Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı-Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, s. 85.

²¹⁷ Mehmet Turhan, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, **AÜSBFD**, C. 62/3, 2007, s. 382.

²¹⁸ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s.145.

1.6.2. Tek Parti Yönetimi ve Bürokratik Modernleşme

1924 Anayasası döneminin önemli bir kısmı yasamanın yürütmeye bağımlı olduğu tek parti yönetimi altında geçmiştir. Cumhuriyet Halk Partisi'nin uygulamaları ile demokratik-liberal bir anayasaya rağmen, tek şefli ve tek partili otoriter rejim -1930'daki kısa aralık dışında-, 1925-1945 arasında ülkeyi yönetmiştir. Nitekim, tek parti egemenliği, yasamanın üstünlüğü ilkesinin, uygulamada farklı şekillere dönüşmesine yol açmıştır. Şöyle ki, Cumhuriyet Halk Partisinin yönetimine hakim olan kişiler parti meclis grubunda aldıkları kararları çok defa hiçbir muhalefetle karşılaşmadan Meclis'ten aynen geçirmişler ve istedikleri kanunu çıkarabilmişlerdir. "Bu şekilde demokratik-liberal görünümlü 1924 Anayasası'na rağmen, tek parti mekanizmasıyla, uygulamada yer yer otoriter çizgileri belirgin bir siyasal rejim kurulmuştu".²¹⁹

1935 Cumhuriyet Halk Partisi kurultayından sonra parti yapısı ile devlet yapısı iç içe geçmiş ve bürokrasinin partiye hakim olması ile bürokratik devlet yönetimi ülkemizde önemli ölçüde yerleşmiştir. Söz konusu Kurultay'dan sonra, devlet yapısı ile parti yapısının, belli düzeyde, birbirinin içine girmeye başladığı ifade edilmektedir. Haziran 1936'da, parti genel sekreterinin içişleri bakanı; parti il başkanlarının da vali olması ile parti-devlet birleşmesine yönelik önemli bir adım atılmıştır.²²⁰ Gözübüyük'e göre bu gelişme, partinin devlet mekanizmasına egemen olması biçiminde değil, ulus egemenliğinin ve devrimin yerleşmesinde büyük görevler üstlenmiş olan bürokrasinin, partiyi denetim altına alması biçiminde değerlendirilmelidir.²²¹ Bu gelişmeler sayesinde, 1924 Anayasası döneminde, -kısa aralıklar dışında- 1950 yılına kadar, asker ve sivil bürokratlar dönemin iktidar partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi kanalıyla siyasal sisteme bütünüyle hakim olabilmişlerdir.

Bürokrasinin hakim olduğu tek parti yönetiminin 1924 Anayasası'nın demokratik niteliğine rağmen ülkemizde yerleşmesinin sebepleri ne olabilir? Özbudun ve Heper bu durumu, Osmanlıdan miras alınan güçlü devlet geleneği altında çoğulculuğa imkan tanımayan siyasal kültürle açıklamaktadır. Özbudun'a göre, Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı

²¹⁹ Bülent Daver, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay", **Anayasa Yargısı**, C. 2, 1985, s. 107.

²²⁰ Cem Eroğul, **Anatüzeğe Giriş**, 8. Bası, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005, s. 267-268.

²²¹ A. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000, s. 129.

İmparatorluğu'ndan rasyonel-legal bürokratik normların hakim olduğu güçlü, merkezileşmiş ve oldukça bürokratik bir devlet geleneğini miras almıştır. Devletin bürokratik yapılarının aşırı kurumsallaşması, Türk siyasi kültürüne hakim olan güçlü devlet geleneğiyle birleşince, demokratik bir sistemde olması gereken devlet-sivil toplum ilişkilerindeki dengenin kurulması sağlanamamıştır.²²² Bu şartlar altında, siyasi sistem içinde etkin olan güç bürokrasi olmaktadır. Nitekim Heper de, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e güçlü devlet ve zayıf toplum geleneğinin miras kaldığı görüşündedir:

Türkiye Cumhuriyeti'ne Osmanlı'dan, (belli başlı politikaları toplum kesimlerinden bağımsız tespit edebilme gücüne sahip olan) aşkın bir devlet ve zayıf bir toplum miras kalmıştır. Osmanlı döneminde olduğu gibi, Cumhuriyet döneminde de bürokratik seçkinler aşkın devleti, topluluğu bir arada tutabilmek için vazgeçilmez görmeye devam ettiler. Bu şartlar altında Türkiye'de açık bir siyasi rejime geçilmesi, çoğul çatışmalar(siyasi dinamikler) yoluyla, hatta karşılıklı yasal yetki alanlarının net biçimde tanınması(hukuk) yoluyla bile gerçekleşemedi.²²³

Diğer taraftan Cumhuriyeti kuran kadro, toplumu yeniden dizayn edecek reformların peşindeydi. Bu alanda da Cumhuriyetçiler, Osmanlı döneminin devlet eliyle modernleştirme yaklaşımını benimsemiştir. Erdoğan'a göre, Osmanlı döneminde devlet eliyle modernleştirme siyasetinin takip edilmesi bir talihsizliktir. "Bu siyaset daha sonra Cumhuriyet döneminde iyice yerleşik hale gelecek olan bürokratik otoriteriyenizmin de arkasında yatan temel nedendir".²²⁴ Cumhuriyet dönemi reformlarının seçkin bir nitelik taşıdığını M. Kemal de ifade etmektedir. "(...) inkılapçılar onlardır ki, terakki ve teceddüde sevk etmek istedikleri insanların ruh ve vicdanlarındaki temayülü hakikiyeye (gerçek eğilimlere) nüfus etmesini bilirler".²²⁵ M. Kemal bu açıklamasında, cumhuriyet dönemindeki modernleşme hamlelerinin kitlelerin değil, fakat onlar adına davranan aydınların ve devrimcilerin eseri olarak gördüğünü açıkça ifade etmektedir.²²⁶

²²² Ergun Özbudun, (Çev.) Ali Resul Usul, **Çağdaş Türk Politikası**, 2. Baskı, İstanbul: Doğan Yayıncılık, 2007, s. 13.

²²³ Metin Heper, (Çev.) Nalan Soyarı, **Türkiye'de Devlet Geleneği**, 2. Baskı, İstanbul: Doğu Batı Yayınları, 2006, s. 41.

²²⁴ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 55.

²²⁵ M. Kemal'in 31 Ağustos 1925'de Kastamonu'da yaptığı konuşmadan aktaran: Bülent Tanör, **Anayasal Gelişme Tezleri**, 2. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2010, s. 18.

²²⁶ Tanör, **Anayasal Gelişme Tezleri**, s.18.

Toplumun elit bir kesim tarafından modernleştirilmesine yönelik reformlar, iktidar seçkinleri tarafından benimsenen merkez değerler ile iktidar merkezinde yer almayan toplumsal kesimlerin çevresel değerleri arasında bir fay hattı oluşmasının önünü açmıştır. Bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak göreceğimiz Atatürk İlke ve İnkılapları, bu dönemde iktidar seçkinleri tarafından oluşturulan ve sahiplenilen merkez değerleri içermekteydi. Bu değerler içinde, dinin kamu hayatının dışında tutulmasını öngören laikçi anlayış ile ulus devlet bağlamında yeni bir politik kimlik oluşturmayı amaçlayan ulusalcılık, gerek toplumdaki merkez-çevre ayrımının oluşmasındaki etkileri, gerekse seçkinlerin otoriter yönetimlerini meşrulaştırmada kullandıkları temel argümanlar olması açısından özel bir önem taşımaktadırlar.

Nitekim Tunçay'a göre, laiklik, "avam-havas ya da sıradan halk-seçkin aydın yabancılaşmasını körükleyen en önemli etmenlerden biri olduğu söylenebilir".²²⁷ Yazara göre, Kemalist aydınlar, kendilerini halk yığınlarından ayrı ve üstün tutma isteklerini dinle ilgili tavırlarında da ortaya koymuşlar, gerçekleri ve doğruları bilen ve içlerinde, bunları yığınlara zorlamayla da olsa kabul ettirmeye yönelik görev duygusunu taşıyan aydınlar için laiklik, halktan ayrımlanmanın bir yolu ya da aracı olmuştur.²²⁸

Bazı yazarlar, söz konusu laiklik yaklaşımının seçkinci-bilimci özelliklere sahip olduğu ve bu özelliklerin 2. Meşrutiyet'le başlayan bir sürecin sonucu olduğu kanaatindedirler. Mesela, Hanioglu'na göre, 1908 İnkılabı, bir siyasi rejim değişikliği kadar bir ideolojik kabuk değiştirmeyi de beraberinde getirmiştir. Bu yeni ideolojik ortamda, bir taraftan toplumsal hayatta dinin yerine bilimin ikame edilmesi, diğer taraftan da toplumun yönetiminin entelektüel aristokrasiye bırakılması yönünde seçkinci bir yaklaşım söz konusudur. Bu seçkinci tutum, "parlamentoya da ancak bürokrasinin toplumun seçkinlerini bir araya getiren bir uzantısı olduğu sürece tahammül edilebilecek bir kurum nazarıyla bakmıştır".²²⁹ Nitekim, Cumhuriyet döneminde de, "Otuzlu ve kırklı yıllar "laiklik" in din-karşıtı ve "aydınlanmacı" bir ideoloji haline dönüştürülüp yer yer totaliteryen biçimde topluma dayatıldığı"²³⁰ nı söyleyebiliriz.

²²⁷ Mete Tunçay, **Türkiye Cumhuriyeti'nde Tek-Parti Yönetimi'nin Kurulması**, 3. Basım, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1999, s. 217.

²²⁸ Tunçay, a.g.e., s. 217.

²²⁹ M. Şükrü Hanioglu, **Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Zihniyet, Siyaset ve Tarih**, İstanbul-Bağlam Yayınları, 2006, s. 74-75.

²³⁰ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 88.

Toplumun seçkinci-bilimci bir laiklik anlayışı temelinde yeniden dizayn edilmesine yönelik süreç içinde ülkenin kültür ve siyaset hayatı önemli ölçüde kontrol altına alınmıştır. Hatta Erdoğan'a göre, "Tek parti döneminde laikçi modernleşme politikasının toplumsal yapı ve kültürünün dönüştürülmesinin bir aracı olarak kullanılması ölçüsünde, tek parti yönetiminin totaliter bir ruh taşıdığı da söylenebilir".²³¹

Laiklik ilkesine bağlı uygulamalarla beraber, yer yer etnik kimliğin ön plana çıktığı bir milliyetçilik anlayışı doğrultusunda yeni bir siyasal kimlik oluşturma çabası da, bu dönem gerçekleştirilen reformların bir diğer amacıdır. İktidar seçkinleri, yeni Türkiye'de Osmanlı döneminden kalma geleneksel değerlere dayalı kimlik yerine, milliyetçi ve laik değerler etrafında oluşturulacak yeni bir siyasi kimlik peşindeydi. "On yılda on beş milyon genç yaratmak" ideali de bunun bir ifadesiydi".²³² Nitekim, bu yeni kimlik kurgusu içinde "Türklük" öne çıkıyordu. Resmi söylemde bunun çok canlı anlatımları vardır. Mesela, Başbakan İnönü 1925 yılında şöyle demektedir: "(V)azifemiz bu vatan içinde bulunanları behemehal Türk yapmaktır. Türklere ve Türkçülüğe muhalefet edecek anasını kesip atacağız. Vatana hizmet edeceklerde arayacağımız evsaf her şeyden evvel o adamın Türk ve Türkçü olmasıdır". Bundan beş yıl sonraki bir konuşmasında M. E. Bozkurt da aynı düşünceyi dile getirmektedir: "(B)enim fikrim, kanaatim şudur ki, dost da düşman da dinlesin ki, bu memleketin efendisi Türk'tür. Özü Türk olmayanların Türk vatanında bir hakkı vardır, o da hizmetçi olmaktır, köle olmaktır".²³³

Laiklik ve milliyetçilik temelinde modern bir toplum oluşturmaya yönelik projenin uygulaması ile toplumda, laik, ulusalcı ve batıcı siyasi ve bürokratik elitin oluşturduğu merkez ile söz konusu projenin kapsamı dışında kalan veya batılılaşma sürecine ayak uyduramayan toplumun geri kalan kesiminin meydana getirdiği çevre şeklinde bir kutuplaşma meydana gelmiştir. Merkez elitlerinin önceliği demokrasi veya hukuk devleti değil, öngördükleri modernleşme atılımını gerçekleştirmektir. Nitekim Tunçay'a göre, "Mustafa Kemal Paşa ve çevresinin kafalarındaki çağdaşlaşma modeli, amaçladıkları şeyler ve amaçlarına erişmenin biçimi yönünden, laikliğe demokrasiden daha büyük bir yer vermekteydi".²³⁴

²³¹ Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, s. 88.

²³² Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, s. 86.

²³³ Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, s. 86.

²³⁴ Tunçay, a.g.e., s. 72.

Nitekim Tanör de bu dönemde önceliğin demokrasi olmadığını şu şekilde ifade etmektedir:

Anayasanın yapıldığı dönemin ana sorunu çoğulcu demokrasi değil, köklü reformlarla toplumun ve devletin çağdaştırılması olarak görülüyordu. Devrimci iktidar, ana sorunu ve hedefini bu şekilde belirlemişti. Yapacağı ve yaptığı anayasa da bu yüzden kısa, özlü ve iktidar güçlerinin devrimci atılımlarını kolaylaştırıcı nitelikte olmalıydı ve olacaktı. Meclis karar ve yasalarının derhal yerine getirileceği, reformların hukuk duvarlarına çarpmayacağı bir anayasal sistem oluşturmak, devrimci kadroların esas amacıydı. 1924 Anayasası bu esnek çerçeveyi sağlamıştır.²³⁵

1.6.3. Tek Parti Döneminde Yargı ve Anayasallık Denetimi

Tek parti döneminde yargının durumu nedir? Yargı bağımsız olmayıp, devrimlerin bekçisi olarak kabul edilmiştir. Nitekim, Cumhuriyetin daha başında Mustafa Kemal, “teşkilat ve islahat-ı adliyeye verdiğimiz ehemmiyeti nasıl ifade etsek azdır ...adli telakkimizi, adli kanunlarımızı, adli teşkilatımızı bizi şimdiye kadar şuuri, gayri şuuri tesir altında bulunduran, asrın icabatına gayri mutabık revabıttan bir an evvel kurtarmaktır” diyordu. Yani, adaletten devrimci olması, yargıçlardan da, her şeyden önce, Kemalist devrimlerin savunucusu olarak davranması beklenmekteydi. “Yargıçlar Cumhuriyet rejiminin bekçileri ve reformların sadık uygulayıcıları olmalıydılar”.²³⁶ Nitekim Tanör’e göre de, “burada dikkati çeken bir nokta, “hukuk”un devrimci “siyaset” amaçlarına bağlı kılınmasıdır. Bir başka deyişle, yeni devletin kuruluş sürecinde hukuk, “soyut ve dokunulmaz bir değer değil, siyasi amaçların gerçekleşmesini kolaylaştıran bir araçtır”.²³⁷

1924 Anayasası’nın kurduğu hukuk düzeninde yargının teorik olarak bile bağımsızlığı söz konusu değildir. Anayasa’da, anayasa yargısına yer verilmemiş, idare mahkemesine yargı başlığı altında değil de yürütme görevi başlığı altında yer verilmiş, olağanüstü mahkemelere açık kapı bırakılmıştır. Bu tutum, yeni rejimin ideolojik ve politik amaçlarıyla yakından ilgili bir husus olarak görülebilir.²³⁸

²³⁵ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 18. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2009, s. 329.

²³⁶ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, s. 62-63.

²³⁷ Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri*, s. 25.

²³⁸ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 307-308.

Nitekim, 1924 Anayasası, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağına (m.103) yer vererek anayasanın üstünlüğü ilkesini öngörmüş, ama yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi esasını kabul etmemiştir. Benimsenen yol, siyasal denetimdir: Yani Meclis'in kendi kendini denetlemesi. Yasaların Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na uygun düşüp düşmeyecekleri konusunda, bunlar tasarı aşamasındayken, başta Anayasa Komisyonu olmak üzere Meclis'in yetkili encümenleri ve genel kurulu bu hususla görevliydi.²³⁹

Ancak, 1924 Anayasası döneminde anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği anayasal denetimi savunanlar olmuş ve dayandıkları temel argüman, "Anayasa'nın üstünlüğüne ve kanunların anayasa aykırılığını ve anayasanın ihmalini yasaklayan anayasa hükmüne dayanarak, mahkemelerin bahis konusu inceleme yetkisine haiz oldukları"²⁴⁰ şeklindeydi. Buna karşılık, 1924 Anayasası döneminde meclis üstünlüğüne dayanarak anayasal denetimi kabul etmeyenler, özellikle, Meclisin anayasadaki özel durumuna dayanıyordu: Anayasa (m.4)'ya göre Meclis milli egemenliği kullandığı cihetle onun yaptığı kanunların anayasaya uygunluğunu mahkemeler açıkça yetkilendirilmiş olmadıkça denetleyemezlerdi.²⁴¹

1924 Anayasası'nın tek parti dönemindeki uygulanışı sırasında mahkeme içtihatları ile anayasallık denetiminin yolu açılmak istenmiş, ama Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4 Şubat 1931 tarihli kararıyla bu yolun kapalı olduğuna karar verilmiştir.²⁴² Balta'ya göre, Türkiye'de kanunların anayasal denetimin yapılamayışının esas ve itiraf edilmeyen sebebi, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Cumhuriyetin başlangıcından beri temel müessese olarak oynadığı rolün tabii sonucu olarak haiz olduğu otoritedir".²⁴³ Adalet Bakanı Mahmut Esat (Bozkurt)'un anayasal denetim konusundaki açık beyanı aslında niçin anayasa yargısının olamayacağını göstermektedir: "Hürriyetin nasibi irticain elinde oyuncak olmak değildir. (...) Memleketin menfaatini istilzam eden şeyler hiçbir vakit Teşkilatı Esasiye Kanununa muhalif olamaz, olmamakla mukayyettir".²⁴⁴

²³⁹ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 307.

²⁴⁰ Tahsin Bekir Balta, "Türkiyede Anayasa Yargısı 1", **AÜHFD**, C. 18/1-4, 1961, s. 548.

²⁴¹ Balta, "Türkiyede Anayasa Yargısı 1 ", s. 548-549.

²⁴² Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 355-356.

²⁴³ Tahsin Bekir Balta ve Hüseyin Nail Kubalı, "Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı", **AÜSBFD**, C. 15/3, 1960, s. 6.

²⁴⁴ Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, s. 84.

1.6.4. Çok Partili Demokratik Sisteme Geçiş ve Merkez-Çevre İlişkisi

1.6.4.1. Çok Partili Demokratik Sisteme Geçişin Sebepleri

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Türkiye'de, otoriter tek partili rejimden çok partili demokratik rejime geçilmiştir. Bu gelişmenin sebepleri ile ilgili olarak gerek anayasa hukuku gerekse siyaset bilimi doktrininde farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Tanör'e göre çok partili demokratik sisteme geçiş, Kemalist devrimlerin amacı ve doğal sonucu idi. Tanör bu görüşünü, Türkiye'deki tek parti modelinin, geçici, otoriter, bir vesayet partisi modeli olmasına dayandırmaktadır. Ayrıca, Tanör'e göre, "aydınlanma düşüncesi, ulusal-demokratik egemenliğe dayalı cumhuriyet ilkesi ve çok partililik denemeleri (1924 ve 1930), Devrim'i Demokrasi'yle tamamlamak hedefini sürekli gündemde tutmuştu".²⁴⁵

Fakat Daver'e göre demokrasiye geçiş kararı uluslararası konjunktörün zorlaması ile gerçekleşmiştir. Şöyle ki, İkinci Dünya Savaşı'nı A.B.D. önderliğinde galip bitiren demokrasi cephesi devletleri 1945 yılında San Fransisco'da toplanmışlar ve milletlerarası hayatın yeni düzenini kuran barış, hürriyet ve demokrasi ilkelerini kabul etmişlerdir. Türkiye de, yeni kurulan uluslararası düzende yerini alabilmek amacıyla liberal demokrasiye yönelmiştir. Bu yönelişte, ABD'nin bütün dünyada çok partili demokrasilerin kurulduğunu ve yayıldığını görme arzusu da önemli rol oynamıştır.²⁴⁶ Eroğlu'da benzer bir görüşe sahiptir. Eroğlu'na göre, 1945 tarihinde, 19 Mayıs töreninde yaptığı konuşmada, "Cumhurbaşkanı İsmet İnönü, siyasal liberalleşme yönündeki çabalara resmen yeşil ışık yakarken, İnönü'yü bu yola iten temel etmen, büyük olasılıkla, dış güvenlik kaygısıydı".²⁴⁷

Karpat'a göre ise iç ve dış şartların birlikte zorlaması sonucunda çok partili sisteme geçiş kararı verilmiştir. Bu kararın verilmesine yol açan başlıca sebepler, sosyal, ekonomik ve kültürel hoşnutsuzluklardan kaynaklanan toplumsal yapılardan gelen baskı, savaş döneminde yaşanan ciddi sıkıntılar ve 2. Dünya Savaşı'nda demokratik ülkelerin kazandığı

²⁴⁵ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 338.

²⁴⁶ Daver, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay", s. 103.

²⁴⁷ Eroğlu, a.g.e., s. 269.

zafer idi.²⁴⁸

Kanaatimizce de, çok partili sisteme geçiş yönünde verilen karar, iktidar elitlerinin iyi niyetlerinden ziyade gerek ülkede yaşanan ekonomik ve kültürel huzursuzlukları yatıştırmak, gerekse başta Sovyetler Birliği'ne karşı güvenlik arayışı olmak üzere uluslararası şartların zorlaması sonucunda verilmiştir.

1.6.4.2. Demokrat Parti Dönemi ve Bürokrasinin Huzursuzluğu

1950 seçimleri ile Cumhuriyet Halk Partisi'nin siyasi iktidarı sona ererken, on yıl sürecek olan Demokrat Parti dönemi başlamıştır. Bu olay, kimi yazarlarca, Demokrat Parti aracılığıyla 'Çevre'nin, bürokratik ve siyasi elitlerin oluşturduğu 'Merkez'i temsil eden Cumhuriyet Halk Partisi'ni iktidardan uzaklaştırması şeklinde görülmüştür. Nitekim Özbudun'a göre, "Muhalefetteki DP, eskiden beri var olan merkez-çevre ayrılığını, çevredeki, merkezci, bürokratik, tek parti CHP iktidarına karşı olan yakınmalara hitap ederek, başarılı bir şekilde kullanmıştır". Buna göre, milliyetçi, merkezci, laik, türdeş, bir devlet eliti ile dini temalara yer veren "kültürel olarak heterojen kompleks ve hatta hasım bir çevre" karşı karşıyaydı.²⁴⁹

Eroğlu'na göre de, Demokrat Parti'nin bürokrasi ile ters düşmesi, halkın özgüvenini artıran önemli bir öge olmuştur. Ayrıca, 1950-1960 döneminde eski militan laiklik uygulamalarından vazgeçilmesi halkı Demokrat Parti'ye yakınlaştırmıştır.²⁵⁰

Demokrat Parti'nin 1950-1960 arasındaki 10 yıllık iktidarı döneminde, çevrenin temsilcisi konumunda olan Demokrat Parti ile kendini tek parti dönemindeki alışkanların etkisiyle devletle özdeş gören bürokrasi arasındaki gergin ilişki damgasını vuracaktır. Ünsal'ın da ifade ettiği gibi, bürokrasinin yeni duruma uyum sağlaması kolay değildi. Çünkü, asker ve sivil bürokrasi, Osmanlı imparatorluğunun son dönemlerinden beri devlet aygıtını ellerinde tutmuşlardır. Ve kendilerini, toplumun geri kalan kesiminin yol

²⁴⁸ Kemal H. Karpat, *Türk Siyasi Tarihi-Siyasal Sistemin Evrimi*, 2. Baskı, İstanbul: Timaş Yayınları, 2012, s. 198.

²⁴⁹ Özbudun, *Çağdaş Türk Politikası*, s. 77.

²⁵⁰ Eroğlu, a.g.e., s. 276.

göstericisi olarak, halk yığınlarından ayrı ve özel bir yere koymuşlardır.²⁵¹

Nitekim, demokrasinin en temel ilkelerinden birinin atanmışların seçilmişlere tabi olması iken, bürokrasi, Demokrat Parti'nin iktidarını kabul etmeyerek, siyasal iktidarla ihtilafa girmiştir. Özbudun'a göre, bürokrasi, "çokpartili siyaset altında da CHP'ye olan sadakatini devam ettirmiş ve DP'nin siyasal gücünü pekiştirmek için yapmış olduğu mücadeleye karşı direnmiştir".²⁵² Bürokrasinin bu tavrını, Demokrat Parti liderleri doğal olarak "milli irade"nin haksız bir şekilde engellenmesi olarak değerlendirmişlerdir.

Demokrat Parti de, bürokrasi karşısında halkın yanında yer almış ve uyguladığı siyasi ve ekonomik politikalar bürokrasinin güç kaybetmesine yol açmıştır. Ünsal, Demokrat Parti döneminde bürokrasinin siyasi güç kaybını şu şekilde izah etmektedir:

Özetle, Cumhuriyet'ten bu yana askerin desteğine de dayanarak, Parti-Hükümet-Devlet üçlüsünde önemini sürdürmüş bulunan bürokrasi, devlet aygıtını işletme ve ekonomiyi güçlendirme rolü sona ermemekle birlikte, halkın, daha doğrusu burjuvazinin temsilcilerinin başa geçişiyle, giderek, devletle özdeşleşmiş bir yol gösterici veya "bekçi"likten çıkıyor, yavaş ve sınırlı biçimde olsa da, modern toplumlardaki "araçsal" bürokrasiye dönüşüyordu.²⁵³

Karpat ise, Demokrat Parti döneminde uygulanan enflasyonist ekonomi politikasının, sivil bürokrasi, ordu ve bunlara bağlı diğer tüm kurumları maddi açıdan olumsuz etkilediğini; ayrıca, eğitime ve devletin ideallerine bağlılığa dayanan eski toplumsal değerlerin, özünde ekonomik güç üzerine kurulan yeni düzende tahrip olduğunu ifade etmektedir. Sonuçta, yeni dönemde bürokrasi politik ve sosyal gücünü, toprak yönetimi ve ticaret ile uğraşan gruplardan ve bunların ortaklarından oluşan yeni ekonomik seçkinler karşısında kaybetmişlerdir.²⁵⁴

Bürokratları rahatsız eden bir diğer olgu da, Demokrat Parti'nin dini faaliyetlere hoşgörü ile yaklaşması olduğu belirtilmektedir. Özbudun'a göre, bürokratlar bunu

²⁵¹ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, s. 98.

²⁵² Özbudun, *Çağdaş Türk Politikası*, s. 36.

²⁵³ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, s. 100.

²⁵⁴ Karpat, a.g.e., s. 85.

Kemalist laiklik mirasına bir ihanet olarak değerlendirmektedir.²⁵⁵ Kanaatimizce, yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi, bürokratik devlet elitlerinin kendilerini sıradan halktan ayrı ve özel bir yere yerleştiren, bir yerde ayrıcalıklı konumlarını meşrulaştırma işlevi gören laikçi tutumun değişmesine sıcak bakması pek mümkün değildir.

1.6.5. 27 Mayıs İhtilali ve Demokrasinin Kesintiye Uğraması

Çok partili siyasal hayat, 27 Mayıs 1960'da gerçekleştirilen bir ihtilalle kesintiye uğratılmıştır. Bir görüşe göre, Merkez'in elit güçleri demokratik seçimlerle kaybettikleri iktidarı, 27 Mayıs İhtilali ile tekrar elde etmişlerdir. Soysal da, 27 Mayıs İhtilali'ni 14 Mayıs 1950 seçimi ile iktidarı kaybeden bürokrasinin bir müdahalesi şeklinde değerlendirmektedir. Soysal'a göre, Demokrat Parti'nin iktidara gelmesi, "daha önceki dönemlerin en ağır basan gücü durumundaki askeri ve sivil bürokrasiden gelme tabakayı ikinci plana itmiş, hatta "bağlı" duruma getirmiştir". Dolayısıyla, 27 Mayıs, bir bakıma, 1950 seçimlerini kaybeden iktidar elitlerinin, çevre güçlerine karşı gerçekleştirdiği bir karşı hareket olarak görülebilir.²⁵⁶

Demokrat Parti iktidarına karşı yapılan 27 Mayıs İhtilali, çok partili demokratik hayatın kesintiye uğradığı ilk askeri müdahaledir. 27 Mayıs Müdahalesi'ne karşı yazarlar iki gruba ayrılmıştır. Birinci grup, Demokrat Parti'nin uygulamaları ile anayasal meşruiyetini kaybettiğinden bahisle İhtilal'in yerinde olduğunu iddia etmektedir. Bir başka deyişle, İhtilal'e Demokrat Parti'nin icraatlarının yol açtığını ileri sürmektedirler.

Mesela, Gözübüyük'e göre, 27 Mayıs, Demokrat Parti'nin meclis çoğunluğunu baskı aracı olarak kullanmasının sonucudur. Özellikle, 1950'li yılların sonlarına doğru, karşıt düşüncelerin; hürriyetlerin kısıtlanması, cezaların ağırlaştırılması yoluyla engellenmeye çalışılması üzerine çıkan toplumsal huzursuzluklar Ordu'nun yönetime el koymasına neden olmuştur.²⁵⁷

27 Mayıs'ı yapımcılarının tezlerinin aksine bir darbe olarak gören Eroğlu'na göre de, 27 Mayıs, dünyada örneği çok görülen anti-demokratik darbelerden farklı olarak meşru

²⁵⁵ Özbudun, *Çağdaş Türk Politikası*, s. 36-37.

²⁵⁶ Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, s. 62-63.

²⁵⁷ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 132.

bir darbedir. Çünkü, “demokrasiye ve anayasaya karşı darbe, gerçekte DP yönetimi tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu gerçek göz önünde tutulursa, 27 Mayıs’ın ortadan kalkmış demokrasiyi ve tüze devletini yeniden kurmak için yapılmış bir “karşı-darbe” olduğu kabul edilebilir”.²⁵⁸

Gerçekten de, Demokrat Parti Meclis çoğunluğuna dayanarak, liberal demokrasiye aykırı bazı otoriter uygulamalar gerçekleştirmiştir. Bu uygulamalar şunları da kapsamaktaydı: basın yasasının sertleştirilmesi, çok sayıda gazetecinin hapsedilmesi, 1954 seçimlerinde muhalefetteki Cumhuriyetçi Millet Partisi’ne oy verdikleri için Kırşehir ilinin ilçeye çevrilmesi, devlet radyosunun tek taraflı bir şekilde kullanılması, seçim kampanyaları haricindeki gösterilerin ve siyasi toplantıların yasaklanması, devlet memurlarını erken emekliliğe zorlama kararları üzerindeki yargı denetimini engellenmesi, seçimlerde muhalefet partilerinin karma liste yapmasının yasaklanması ve Meclis’in içtüzüğünün değiştirilerek muhalefet eleştirilerinin engellenmeye çalışılması.²⁵⁹ Özellikle, CHP’nin ve bazı basın organlarının “yıkıcı” faaliyetlerinin incelenmesi için olağanüstü yargısal ve idari güçlere sahip bir Meclis Tahkikat Komisyonu kurulması hukuk devleti ve özgürlükçü demokrasi bağdaşacak gibi görünmemektedir.

Söz konusu anti-demokratik uygulamalar, esasında çoğunlukçu demokrasilerde karşılaşılabilecek türden uygulamalardır. Nitekim, Soysal’a göre, Demokrat Parti’nin hatası, çoğunlukçu demokrasi anlayışını yansıtan, kendi somut çoğunlukları ile soyut bir millet egemenliğini aynı şey sayarak, önlerine çıkan engelleri milletin iradesinin sınırlandırılması olarak görmüşler ve göstermişlerdir.²⁶⁰

Ancak, çoğunlukçu demokrasi anlayışını Demokrat Parti, tek parti döneminde yapılan Anayasal düzenleme ve uygulamalarından miras almıştır. Daha önce ifade edilmeye çalışıldığı üzere, 1924 Anayasası da Meclis üzerinde herhangi bir sınırlama ve denetim mekanizması öngörmediği için çoğunlukçu demokrasinin yerleşmesine uygun bir zemin sağlamış ve Cumhuriyet Halk Partisi de 1950 yılına kadar sınırsız demokrasi çerçevesinde hareket etmiştir. Ayrıca, ülkemizde çoğunluğu sınırlandırmada yeterli anayasal teamüllerin olmayışı ve kamuoyunun cılızlığı da yukarıda söylenenlere

²⁵⁸ Eroğul, a.g.e., s. 283.

²⁵⁹ Özbudun, **Çağdaş Türk Politikası**, s. 35-36.

²⁶⁰ Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 52-53.

eklendiğinde, 1950-1960 arasında ilk demokrasi denemesinde liberal bir demokratik düzene ulaşılamaması anlaşılır bir durum olarak görülebilir.²⁶¹

Kanaatimizce, Demokrat Parti'nin yukarıda belirtilen düzenlemelerle hürriyetleri demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlaması, köklü bir demokrasi geçmişi olmayan ülkemizde bir ihtilal için yeterli gerekçe oluşturmayabilir.

“Genel olarak denilebilir ki, büyük çoğunluk daha çok hürriyet istediği için Demokrat partiyi desteklemiştir”²⁶² diyerek, Demokrat Parti'nin iktidara gelmesini olumlayan Kapani ise, 27 Mayıs'ı gerici güçlere karşı ilerici güçlerin müdahalesi olarak görmektedir. Kapani'ye göre Demokrat Parti döneminde, hürriyet düzeninden sapmalardan daha önemli olarak, “Devrim ilkelerinden uzaklaşılması” ve “gerici akımların” desteklenerek “Türk toplumunu yüzyıllar boyunca uygarlık yolunda ilerlemekten alıkoyan kara kuvvetin yeniden milli topluluğun kaderinde söz sahibi olması tehlikesi”nin yaratılması, ilerici güçlerin iktidara el koymasını gerektirmiştir. Nitekim, Kapani, 27 Mayıs'ın amacını Atatürk İlkelerinin korunması ve demokratik hukuk devletini yeniden kurmak olarak görmektedir.²⁶³ Tanör de, 27 Mayıs'ın esas olarak siyasal sebeplerden kaynaklandığı kanaatindedir. Söz konusu siyasal sebepler ise; Demokrat Parti'nin baskıcı bir rejim kurma girişimleri ile din sömürücülüğü ve Atatürk Devrimi ilkelerinden verilen ödünlerdir.²⁶⁴ Kapani ve Tanör'ün, 27 Mayıs'ın gerekçeleri arasında, “devrim ilkelerinden uzaklaşılması”, “din sömürücülüğü”, “Atatürk Devrimi İlkelerinden ödün verme” gibi ifadeler yer vermesi İhtilal'in gerçek mahiyeti üzerine bazı ipuçları vermektedir.

Savcı ise, 27 Mayıs'ı demokrasinin rayına oturtulması olarak kabul etmektedir. Fakat, Savcı, henüz siyasi olgunluğa erişememiş olan halkın olmadığı bir demokrasi anlayışı öngörmektedir. Nitekim, 27 Mayıs sonrası yapılan seçimlerde halkın iradesi ile ortaya çıkan meclis kompozisyonundan memnun değildir:

Öncü ve zinde kuvvetler, 1961 Parlamentosunun siyasal kompozisyonundan ötürü rahatsızdır. Gerçekten, onlar, 15 Ekim seçimlerinin, meclislere, 27 Mayıs tarafı ve onun çizdiği “Siyasette, iktisatta, sosyal münasebetlerde Atatürkçü” yöne yönelmiş bir

²⁶¹ Turhan, **Siyaset ve Anayasa**, s. 138.

²⁶² Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993, s. 113.

²⁶³ Kapani, a.g.e., s. 114-115.

²⁶⁴ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 365.

çoğunluğu getireceğini ümit etmekte idiler.²⁶⁵

Bu düşüncenin doğal sonucu, ancak, Atatürkçü çizgide bir parlamento çoğunluğu oluşacaksa seçim sonuçları anlamlı olabilir gibi demokrasi ile çelişkiye düşmektir. Esasen Savcı da demokrasi ile Atatürkçülüğün muhafazası arasındaki çelişkinin farkındadır:

(...) halk gücüne, halk tercihlerine dayanma zarureti içinde kalır isek-ki kalma zorundayız- Atatürk'ün, batılı bir sosyete olma hususunda yaptığı sosyal reformlara karşı hala direnme gücü gösteren gelişmemiş büyük kitlelerin muhafazacı tercihleri karşısında Atatürk inkılaplarını, Batılaşma akımını nasıl devam ettirebilir ve geliştirebiliriz?²⁶⁶

27 Mayıs İhtilali'ni haklılaştırmaya yönelik yukarıda ifade edilen görüşler, Merkezi oluşturan bürokratik elitlerin kendi değer yargılarının savunulması için yapılan ihtilali olumlama çabası olarak değerlendirilebilir. Söz konusu bürokratlar demokrasiye karşı elitist bir bakış açısına sahip olmuşlardır. Heper'in bürokratik seçkinlerin demokrasiye bakış açıları ile ilgili gözlemleri şöyledir:

Bürokratik seçkinler demokrasinin en iyi rejim olduğunu kabul ediyorlar ama demokrasiye bağlılıkları sadece prensipte kalmaktaydı. "İdeal biçimiyle demokrasi" onaylanıyordu; "Türkiye'de uygulandığı haliyle demokrasi" ise şiddetle eleştiriliyordu. Türkiye'de siyasetçiler ve halkın demokrasiye uygun olmadığı ileri sürülüyordu. Türkiye'nin, ülkenin özel sosyo-ekonomik şartlarına uyarlanmış bir demokrasiye ihtiyacı vardı. "Siyasetçiler değil, bilim insanları" bu uyarlamının nasıl yapılması gerektiğine karar verebilirdi".²⁶⁷

Heper'in de ifade ettiği gibi, bu düşüncelere sahip bürokratik seçkinlerin, "siyasal mevkileri ele geçirmiş olan çevre temsilcilerine sempati ile bakması olanaksızdı. Söz konusu seçkinler, Demokratları, "Cumhuriyetin değerlerinin ve kurup korumak için çok savaştıkları kurumların özüne" tehdit olarak gördüler".²⁶⁸

Nitekim, Üniversite hocalarının 27 Mayıs'ı meşrulaştırmada kullandıkları tezlerden biri şöyledir:

²⁶⁵ Bahri Savcı, "Öncü ve Zinde Kuvvetlerin Rahatsızlığı", AÜSBFD, C. 20/1, 1965, s. 361.

²⁶⁶ Bahri Savcı, "Yeni bir Anayasa Gelişimine Doğru Gelişmeler", AÜSBFD, C. 17/1, 1962, s. 82.

²⁶⁷ Heper, a.g.e., s. 140.

²⁶⁸ Heper, a.g.e., s. 140.

Devlet erki gerçekte orduda, mahkemelerde ve barolarda, görevlerine büyük bir şevkle bağlı olan devlet memurlarında ve üniversitelerde bulunmaktadır. İktidar, Atatürk reformlarına ve devletin temelinde yatan esasi kurumlara karşı düşman durumuna düşmüştür. Aynı durum meşruluk açısından da geçerlidir.²⁶⁹

Karpat da 27 Mayıs'ın geleneksel yönetici zümrelerin sivil düzenin yükselişine karşı gösterdiği tepki olduğu kanaatindedir: Demokrat Parti'ye karşı muhalefet ilk olarak 1953'te Mülkiye adıyla bilinen Siyasal Bilgiler Fakültesi'nde başlamış ve devrim Harbiye (Harp Okulu) tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu ikisi, Türkiye'de modernleşmenin başladığı ilk kurumlar olup, Cumhuriyet'in ilk yıllarında iktidarla yönetici seçkinler arasında kanal işlevi görmüşlerdir.²⁷⁰

Erdoğan da, 27 Mayıs'ta yaşanan kutuplaşmayı merkez-çevre ilişkisi ile izah etmektedir: “Eski Cumhuriyetçi düzeni, yani zorlamaya dayanan düzeni koruyanların, değişme isteyenler karşısındaki kutuplaşmayı bu”²⁷¹

Kanaatimizce, 27 Mayıs'ı merkezde yer alan bürokratik-siyasi elitlerin çoğulcu demokratik sistem içinde kendi değerlerine yönelik tehdit algısına dayalı izahlar büyük ölçüde gerçeklik payı taşımaktadır. Her ne kadar, Demokrat Parti'nin, çoğulcu demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmayacak uygulamaları olmuşsa da, bu durum 27 Mayıs'ı meşrulaştırmaya çalışanların ifade etmeye çalıştıkları gibi demokrasinin iptalini doğuracak noktaya gelmemiştir. Ayrıca söz konusu uygulamalar demokratik sistem içinde değiştirilemeyecek nitelikte değildi. Dolayısıyla 27 Mayıs bağlamında demokrasiyi koruma adına sivil olmayan güçlerin siyasete müdahalesini savunmak pek mümkün gözükmemektedir.

27 Mayıs'ı gerçekleştirenlerin bürokratik-aydın kimliğinin ağır bastığı da dikkate alındığında, İhtilal'in daha çok Cumhuriyet'in kuruluşunda yatan ve iktidar elitlerin temel değerlerini niteleyen Kemalist ilkelere yönelik tehdit algılamalarından kaynaklandığını düşünmek mümkündür. Nitekim, 27 Mayıs sonrasında hazırlanan 1961 Anayasası'nın hem hazırlanma şekli hem de içinde vesayetçi demokrasinin izlerini taşıyan düzenlemelerin yer

²⁶⁹ Karpat, a.g.e., s. 149.

²⁷⁰ Karpat, a.g.e., s. 150-151.

²⁷¹ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 105.

alması, bu müdahalenin niteliği ve amacı konusunda önemli ipuçları vermektedir.

1.6.6. 1961 Anayasası'nın Demokratik Niteliği

1961 Anayasası'nın dayandığı toplumsal taban önemli ölçüde İhtilal'in gerçekleşmesine ön ayak olup, merkezi oluşturan geleneksel yönetici sınıflardır. Nitekim, Soysal, 1961 Anayasası'nın askeri ya da sivil kökenli bürokrasiden gelen ve Türkiye'ye özgü bir deyimle “aydınlar” diye adlandırılan bir tabakanın ürünü olduğu ve Anayasa'nın amacının bu tabakanın kendi özlemlerini ve değerlerini yine onun getirdiği kurumlar ve kurallar yoluyla gerçekleştirmek olduğunu belirtmektedir.²⁷² Nitekim, Kurucu Meclis de, büyük oranda devlet eliti (askerler, bürokrasi ve profesörler) ve Cumhuriyet Halk Partisi (bu elitlerin başlıca sözcüsü) üyelerinden oluşmaktaydı. Özbudun'a göre de, “1961 Anayasası, devlet elitlerinin temel siyasi değerlerini ve çıkarlarını yansıtmaktaydı”.²⁷³

Nitekim, Tanör de, Kurucu Meclis üyelerinin elitist nitelikte olmasını olumlayarak şu görüşleri ifade etmektedir: “(...) Kurucu Meclis ve onun Temsilciler Meclis kanadı seçkinci(elitist) karakterdeydi. “Zinde kuvvetler” denen bu kesimler toplumun orta sınıflarına mensup, ulusal ve demokratik eğilimleriyle tanınan tabakalardı”.²⁷⁴ Tanör'e göre, Temsilciler Meclisi üyelerinin belirlenme şekli, demokratik teori ve anlayış açısından özürlyüdü. Ama bu durum, Temsilciler Meclisi'nin “DP biçimi bir taşra tutuculuğuna değil, CHP eğilimli bir kentli-aydın üstünlüğüne sahne olmasını mümkün kılmıştır”. Bu sayede, seçim kanalları ne olursa olsun ilerici, demokrat, Atatürkçü, sosyal eğilimli üyelerden oluşan Temsilciler Meclisi üst düzeyde bir temsil organı olarak kurulabilmiştir.²⁷⁵

Kurucu Meclis'in elitist niteliğine rağmen, biraz sonra değineceğimiz anayasa yargısı da dahil olmak üzere, 1961 Anayasası ile Meclis'in yetkilerini sınırlayarak, çoğunlukçu demokrasiden çoğulcu demokrasiye geçişi sağlayan kurumsal mekanizmalar getirilmiştir. Ayrıca, 1961 Anayasası sosyal haklar da dahil, insan hakları alanında, liberal demokratik ülkelerdeki düzenlemelerle paralellik sağlayacak şekilde, gayet özgürlükçü

²⁷² Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 7.

²⁷³ Özbudun, **Çağdaş Türk Politikası**, s. 53-54.

²⁷⁴ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 370.

²⁷⁵ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 365.

düzenlemeler içermektedir. Doktrinde de genellikle 1961 Anayasası'nın çoğulcu ve özgürlükçü bir anayasa olduğu ifade edilmektedir. Turhan, 1961 Anayasası ile 1950-1960 dönemindeki çoğunlukçu demokrasi uygulamalarına tepki niteliğinde olan düzenlemelere yer verildiğini ifade etmektedir.²⁷⁶ Nitekim Yazıcı'ya göre, "1961 Anayasası, 1924 Anayasasının benimsediği çoğunlukçu demokrasiye geçişi sağlayan çeşitli yenilikler içermesi nedeniyle, Türk demokrasisinin gelişim sürecinde tarihi bir role sahip olmuştur".²⁷⁷ Bu bağlamda, 1961 Anayasası ile çoğunlukçu demokrasiye dayanak oluşturan Meclis üstünlüğü ilkesinden anayasanın üstünlüğü ilkesine geçilmiştir.

Sağlam'ın da belirttiği gibi, 1924 ve 1961 Anayasalarında egemenliğin kaynağı açısından bir değişiklik yoktur ama egemenliğin kullanılması açısından farklılıklar olduğu görülmektedir. Şöyle ki,

Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegane ve hakiki mümessili olup, millet namına hakkı hakimiyeti istimal eder" diyen 1924 Anayasası'na karşılık 1961 Anayasası, "Millet egemenliğini anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kılanır" kuralına yer vermiştir. Bu değişiklikle, artık, Türkiye Büyük Millet Meclisi, belki yine egemenliği kullanan organlar içinde en önemlisi, ama artık ulusun "yegane" temsilcisi olmaktan çıkmıştır. Ayrıca, bu düzenleme ile "ulus egemenliğini kullanacak olan **yetkili organlar**"ın, bunu ancak "**Anayasanın öngördüğü esaslara göre**" kullanabilmesi, yani **anayasa kuralları ile bağlı olması ... (sağlanmıştır)**.²⁷⁸

Ayrıca, anayasanın üstünlüğünü tesis etmek üzere anayasa yargısı kurulmuştur. Anayasa yargısının kurulması ile beraber, yargının bağımsızlığını özellikle siyasi iktidarlara karşı güvence altına alacak kurumsal ve ilkesel düzenlemeler de 1961 Anayasası'nı hukuk devleti açısından olumlu kılmaktadır.

1961 Anayasası, insan hakları konusunda da genellikle olumlu bir şekilde değerlendirilmiştir. Atar'a göre, 1961 Anayasası'nın olumlu yanlarından birisi de, "klasik kişi hak ve hürriyetleri ile siyasal hakları genişletip güçlendirilmesinin yanı sıra, sosyal

²⁷⁶ Turhan, **Siyaset ve Anayasa**, s. 138.

²⁷⁷ Serap Yazıcı, "Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile", **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, 2. Cilt, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 758.

²⁷⁸ Fazıl Sağlam, "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", **Anayasa Yargısı**, C. 13, 1996, s. 45.

hakları da düzenleyen ilk anayasa olmasıdır”.²⁷⁹ Özbudun da, Anayasa’nın temel özgürlükleri büyük oranda genişlettiği ve vatandaşlara geniş sosyal haklar bahsettiğini ifade etmektedir.²⁸⁰

Çok partili siyasi hayata son veren 27 Mayıs İhtilali’ni destekleyen ve Anayasa’nın hazırlanmasında ön ayak olan bürokrat ağırlıklı iktidar elitlerinin, 1961 Anayasası ile çoğulcu ve özgürlükçü bir demokrasinin temellerini atması bir çelişki değil midir? Burada bir parantez açarak, Cumhuriyet dönemi siyasi yapıyı daha iyi anlamak adına vesayetçi demokrasi konusuna değinmek faydalı olabilir.

Yazıcı’ya göre, “Demokratik bir anayasa düzeninin belirleyici unsurlarından biri, temel siyasi kararların genel oya dayanan, bu nedenle halka hesap verme ve sorumlu kılınma yeteneğinde olan organlar ve makamlar tarafından verilebilmesidir”.²⁸¹ Dolayısı ile demokrasi için seçimlerin ötesinde, karar alma yetkisinin kime ait olduğu da önemlidir. Halkın oyuyla seçilmiş görevliler, anayasal yetkilerini, atanmışların engellemesine uğramadan serbestçe kullanabilmelidir. Diğer bir deyişle, “seçimler yoluyla hükümeti kurma yetkisini kazanarak iktidara gelen ve izlenecek politikaları tayin etme mevkiinde olanların, seçilmemiş elitlere tabi kılındığı bir rejim pekişmiş bir demokrasi olarak tasavvur edilemez”.²⁸² Vesayetçi anlayışın hakim olduğu demokraside, siyaset ve siyasetçiye belli bir güvensizlik duyulmakta ve çoğunluk iktidarı belli bürokratik denetleme mekanizmaları ile denetlenmekte ve sınırlandırılmaktadır.²⁸³

Edward Shils’e göre de, vesayetçi demokrasi yeni kurulan devletlerin, çağdaşlaşma peşinde koşan elitlerine cazip gelmektedir. Shils bunun sebebini şu şekilde izah etmektedir: Söz konusu elitler, demokrat oldukları inancıyla yetişmiş, demokratik kurumları benimsemişler ama halklarının demokratik kurumları işletebileceğine güven duymamaktadırlar. Bu durumda, vesayetçi demokrasi uygulamasına gidilmektedir.²⁸⁴

²⁷⁹ Atar, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 28.

²⁸⁰ Özbudun, **Çağdaş Türk Politikası**, s. 53-54.

²⁸¹ Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 754.

²⁸² Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 755-759.

²⁸³ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 47.

²⁸⁴ Shils Edward, **Political Development In The New States**, Mouton & Co, 1962, s. 61-62’den aktaran: Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden

Özbudun'un, Türkiye'deki vesayetçi yaklaşımın tarihsel kökenlerine yönelik izahı Shils'in değerlendirmesi ile paralellik arz etmektedir:

Türkiye'nin modernleşmesinin, çoğu Batı ülkesinde olduğu gibi burjuva sınıfının değil, askeri ve bürokratik devlet elitlerinin öncülüğünde gerçekleşmiş olması, demokratik siyasal hayata geçilmesinden sonra da, bu elitlere devlet hayatında belirleyici bir rol kazandırmıştır. (...) Devlet elitleri, kendilerini “devletin muhafızı”, Devletin sürekli menfaatlerinin koruyucusu bir vesayet makamı olarak algılamışlar; kısmi, özel ve gelip geçici menfaatlerin oportünist temsilcileri olarak gördükleri seçilmiş siyasal elitlere daima şüphe ile bakmışlardır.²⁸⁵

Nitekim, bu vesayetçi yaklaşım beraberinde siyasilere duyulan güvensizlik duygusuna yol açmaktadır. Nitekim, Arsel siyasilere karşı olan hislerini şu şekilde ifade etmektedir:

Yasama Meclisine giren temsilcilerin büyük bir ekseriyetine hiçbir zaman cemiyetin mümtaz elemanları nazarı ile bakmak imkanı olamamıştır. Bunların pek çoğuna siyaset adamı olma imkanını kazandıran vasıflar basitlik, şahsiyetsizlik, menfaatperestlik, vs. gibi hususlar olmuştur. Ancak bu vasıfta olan kimseler (...) meclise (...) girdikten sonra da memleketin çoğunluğunun iradesini temsil eder görünmek veya gösterilmek suretiyle her türlü suistimali ve kötülüğü yapma imkanlarına başvurmuşlardır.²⁸⁶

Aslında, 1961 Anayasası demokrasi açısından olumlu düzenlemeler içermekteyse de, yapıcısı olan devlet elitlerinin beklentileri ve seçilmişlere duyulan güvensizlik doğrultusunda siyasi iktidarın karşısına devlet iktidarını koyarak siyasi alanı parti dışı aktörler ile oluşturmuştur. Yakın zamanlara kadar, bir siyasal partinin hükümet olabileceği; ama devlet iktidarına sahip olamayacağı yolundaki ifade devlet iktidarının demokratik yollar dışında belirlenen sahipleri olduğuna işaret etmektedir. Turhan'a göre, “Devletin sahipleri asker ve sivil bürokratlar (yargı bu bürokrasiye dahildir) ve bunların ideolojik etki alanında kalan kesimlerden oluşmaktadır”.²⁸⁷

Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 761.

²⁸⁵ Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **AÜSBFD: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan**, No. 623, Temmuz-Ağustos 2007, s. 265.

²⁸⁶ Arsel, a.g.e., s. 169.

²⁸⁷ Turhan, “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, s. 383.

Nitekim, 1961 Anayasası'nda bürokratik yönetimi güçlendiren birçok düzenlemeye yer verilmiştir: Üniversiteler, TRT, gibi “bürokratik” kuruluşlar özerk kılınmış, yeni kurulan Planlama örgütünün ulusal ekonomiye yön vermesi öngörülmüş, Milli Güvenlik Kurulu, asker bürokratların halkın seçtiği iktidarın üyeleri ile bir araya geldikleri ve ülke sorunlarına ilişkin önerilerini sundukları bir vesayet organı yapılmıştır. Öte yandan, 1961 Anayasası ile kurulan Senato bünyesinde de yaşam boyu senatörlük kurumu getirilmiş; ayrıca Devlet Başkanına da 15 kişilik bir kontenjan tanınmıştır. Böylece, “halk tarafından seçilmeyen “atanabilen” bir çeşit “bürokrat parlamenter” de ulusal iradenin kullanılmasında söz sahibi oluyorlardı”.²⁸⁸

Arsel de 1961 Anayasası ile kurulan 2. Meclis'in varlık sebebi ile ilgili yaptığı değerlendirmede, merkezin değerlerini demokratik çoğunluğa karşı koruma kaygısını vurgulamaktadır. Arsel'e göre, 1961 Anayasasını hazırlayan kurucu meclisin üyeleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde oluşacak çoğunluğu dengelemek ve Millet Meclisi'ne karşı Atatürk devrimlerinin ve İkinci Cumhuriyetin hakiki koruyucusu olmak üzere kurulduğunu belirtmişlerdir.²⁸⁹

Sonuçta, 1961 Anayasası ile bürokratik vesayetın anayasal temelleri atılmıştır. Anayasayla, “ulusa ait egemenliği halk adına kullanan, ancak halk tarafından yetkilendirilmeyen ve halka karşı hesap vermek zorunda olmayan askerler ve yargıçlardan oluşan bürokratik mekanizmalarca denetim altında tutulması sağlanmıştır”.²⁹⁰

1961 Anayasası'nın çoğulcu ve özgürlükçü demokrasiyi öngördüğü ileri sürülebilirse de, Can'ın ifade ettiği gibi 1961 Anayasası'nın ideolojik niteliği bu varsayımı geçersiz kılmaktadır. Can'ın 1961 Anayasası hakkında vesayetçi demokrasi perspektifinden yaptığı değerlendirme şöyledir:

Gerek 1921 gerekse 1924 Anayasaları pragmatik anayasalardır. Pragmatik anayasadan ideolojik anayasaya geçiş 1961 Anayasasıyla sağlanmıştır. Ülkemizde başlangıç koyma geleneğini, ideolojik arkaplan ve meşruiyet kaygısından bağımsız düşünmek olanaksızdır. 1950'den itibaren demokratik siyasal yaşama geçişle birlikte, merkez-çevre arasında ilk

²⁸⁸ Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, s. 104-105.

²⁸⁹ Arsel, a.g.e., s. 154-155.

²⁹⁰ Osman Can, **Gülyüzlü Frankoculuğun Dramı**, İstanbul: Agora kitaplığı, 2010, s. 23.

defa siyasal düzlemde gün yüzüne çıkan karşıtlığın, merkez lehine çözümlenmesi ereği, Anayasaya başlangıç konmasının da motifi olarak düşünülebilir. Çatışma kuramları ışığında, bu durum, merkez-çevre çatışmasının Anayasada düzenlenmesi olarak nitelendirilse bile, siyasal alana yönelik temel tercihlerin, demokratik süreçte iktidara gelen seçilmişlere bırakılmadığı paternalist/vesayetçi bir yapılanma dönemine işaret ettiğinden toplumsal çatışmaların sosyolojik yasallık temelinde ve bu yasallığın (üreticisi) siyasal refleksler dikkate alınarak Anayasada düzenlenmiş olduğunu ileri sürmek güçtür. Hukuk üzerinden yürütülen ya da normatif düzenin araçsallaştırılmasıyla yürütülecek olan bir siyasal mücadele, 1949 Bonn Anayasası ve dönemin mücadelecisi demokrasi tartışmalarındaki kavramların ithaliyle başlatılmış olmaktadır.²⁹¹

Yine Erdoğan'a göre, 1961 Anayasası ideolojik bir niteliğe sahiptir. 1961 Anayasası, toplum-devlet ilişkisi bakımından dayanışmacı-milliyetçi bir anlayışın ve Kemalist ideolojik kaygıların fazlasıyla etkisinde kalmıştır.²⁹² Gerçekten, başlangıç kısmında, "bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ülküler etrafında toplayan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham" almaktan bahsedilirken dayanışmacı-milliyetçi bir yaklaşım sergilenmiş; "Milli Mücadele ruhunun, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna" sahip olmak ifadesi ile de Kemalizm'e vurgu yapılmıştır.

Doktrinde, 1961 Anayasası'nın sivil ve siyasi özgürlükler konusunda oldukça tatminkar olduğu görüşü genel olarak kabul görmektedir. Ne var ki, din özgürlükleri ve dindarların sivil-siyasi özgürlükleri söz konusu olduğunda oldukça ihtiyatlı bir tutum takınıldığı görülmektedir. Nitekim, Vicdan ve Din Hürriyeti başlıklı 19. madde ile hem dini ibadetler için "kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmama" şartı getiriliyor, hem de son fıkrasıyla "sivil-siyasal hakların dini amaçlı (veya dindarlarca) kullanımının cezalandırılmasını, hatta bu amaçla bağlantılı görülen sivil ve siyasi örgütlerin kapatılmasını"²⁹³ hüküm altına alınmıştır.

Sonuç itibari ile 1961 Anayasası, özgürlükçü görüntüsünün altında, merkez değerleri, çevre güçlerine karşı güvence altına alan düzenlemeleri bünyesinde barındırdığı

²⁹¹ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 78-79.

²⁹² Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 115.

²⁹³ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 115-116.

söylenbilir.

1.6.7. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kurulması

1961 Anayasası ile anayasa mahkemesinin kurulmasını Eroğlu şu şekilde ifade etmektedir: “Böylece Türk anayasa geleneğinde bir devrim yapılarak yasaların yargısal denetimi kurumlaştırılmıştır”.²⁹⁴

Eroğlu tarafından kuruluşu bir devrim olarak nitelendirilen Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası ile kurulmasının amacı konusunda da doktrinde ağırlıklı olarak iki farklı görüş dile getirilmiştir. Bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını demokratik hukuk devleti idealinin gerçekleştirilmesi yolunda önemli bir adım olarak görürken, diğerleri bu düzenlemenin toplumun siyasi taleplerini denetim altına almaya yönelik olduğu fikrini ileri sürmüşlerdir.

Arsel'e göre, 1924 Anayasası'nın parlamento üstünlüğünü öngörmesi, meclisin çoğunluğunun iradesinin milletin iradesi ile özdeş sayılmasına yol açmıştır. Bu durum, meclis çoğunluğunun denetimsiz kalması ve anayasaya aykırı kanunların varlığının mümkün hale geldiği yolunda eleştirileri de beraberinde getirmiştir. Bu eleştiriler karşısında, yasama işlemlerinin anayasaya uygun olmasını sağlamak üzere Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.²⁹⁵ Nitekim, Duran da, Türk Anayasa Mahkemesi'nin demokratik hukuk devleti ilkesinin yaptırımını olarak kurulduğu fikrine sahiptir.²⁹⁶

Fakat, doktrinde birçok yazar, anayasa yargısının varlığını merkez-çevre ilişkileri bağlamında izah etmektedir. Mesela, Özbudun, askeri-bürokratik elitlerin, tek parti sayesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde çoğunluğu sağladıkları sürece, anayasa yargısının yokluğunu sorun etmediklerini, ancak, 1950 seçimleriyle çevresel güçlerin iktidara gelmesi ile beraber askeri ve bürokratik elitlerin temsilcisi olan Cumhuriyet Halk Partisi'nin, anayasa yargısının kabulü yönünde ısrarlı taleplerde bulunmaya başladığını ifade etmektedir.²⁹⁷

²⁹⁴ Eroğlu, a.g.e., s. 294.

²⁹⁵ Arsel, a.g.e., s. 146-147.

²⁹⁶ Lütfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anayasa Yargısı*, C. 1, 1984, s. 58.

²⁹⁷ Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu”, s. 341.

Nitekim Turhan'a göre de, Türkiye'de bürokratik seçkinlerin, yargı bağımsızlığını ve anayasa yargısını savunmaya başlamaları, 1950 seçimlerinde avantajlı konumlarını kaybetmeleri ile söz konusu olmuştur. Yine, Turhan'a göre, bütünüyle askeri-bürokratik seçkinlerin ve onların temsilcisi konumunda olan CHP'nin egemenliğinde olan 1960-61 Kurucu Meclisi hemen hemen hiç tartışmadan anayasa yargısını kabul etmiştir.²⁹⁸ Ünsal da, 27 Mayıs İhtilali'nin "Devletçi-Seçkinçi" bir eylem olarak görüldüğünü ifade ettikten sonra anayasa yargısının varlık sebebinin siyasi iktidarı frenlemek olduğunu belirtmektedir.²⁹⁹

Anayasa yargısının çoğunluğun keyfi ve özgürlük karşıtı eylemlerini sınırlama açısından anayasacılık geleneği ile uyumlu olduğunu belirten Erdoğan da, Türkiye örneğinde anayasa yargısının varlık sebebinin, halkın tercihlerini ve Demokrat Parti geleneğinden gelecek partilerin iktidarlarını denetim altına alarak devlet seçkinlerinin değerlerini korumak olduğu kanaatindedir.³⁰⁰ Ergül ise Anayasa Mahkemesi'nin, 'merkez' değerleri savunan elitin, 'çevre'den gelebilecek tehditlere, özellikle çoğunlukçu demokrasi alanlarında geliştirilebilecek siyasete karşı tasarladığı ve güç aktardığı bir fren mekanizması olduğunu ifade etmektedir.³⁰¹

Kanaatimizce de, 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'nin kurulması, asker-sivil bürokrasi ağırlıklı devlet elitlerinin, demokratik seçimlerle işbaşına gelebilecek olan çevre güçlerinin "devletin temel değerleri"ni aşındırmasını önlemek amacıyla kurulmuştur. Gerçekten de, 1950 seçimleri öncesindeki tek parti döneminde, gerek doktrinde gerekse bazı yargı kararlarında anayasallık denetimi söz konusu olmuş, fakat iktidar elitleri bu yönde bir adım atmamıştır. Ancak, iktidar elitlerinin temsilcisi konumunda olan Cumhuriyet Halk Partisi'nin demokratik seçim sonucunda iktidarı kaybetmesi üzerine yasama işlemlerini denetleyecek anayasa mahkemesinin kurulması yönünde yoğun bir kampanya başlatılmıştır.

²⁹⁸ Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", s. 384-385.

²⁹⁹ Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, s. 103.

³⁰⁰ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 116-117.

³⁰¹ Ozan Ergül, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s. 357.

Ayrıca, daha önce de ifade edildiği üzere, bir taraftan bürokratlar çevrenin temsilcisi olarak görülen Demokrat Parti yönetimini benimseyememiş, diğer taraftan 27 Mayıs'ın sebepleri arasında, Demokrat Parti iktidarı döneminde, özellikle, Türkiye'deki iktidar elitlerinin temel değerlerinin (başta laiklik olmak üzere) aşındırılması gösterilmiştir. Bu durumda, devlet seçkinleri, kendi iktidar ve değerlerini demokratik çoğunluk karşısında koruyacak anayasal mekanizmalara ihtiyaç duymuştur diyebiliriz. Dolayısıyla, 27 Mayıs'ın ardından toplanan ve ağırlıklı olarak Cumhuriyet Halk Partisi taraftarlarından teşekkül eden Kurucu Meclis, iktidar elitlerinin beklentileri doğrultusunda hareket ederek, 1961 Anayasası'nda sivil siyaseti denetim altında tutacak mekanizmalara yer vermiştir. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi de bu mekanizmalardan birisi ve belki de en önemlisidir.

1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi'nin uygulamaları ne yönde olmuştur? Gerçekten, kurucuların iradesine uygun bir çizgide mi faaliyette bulunmuştur? Yoksa, anayasa yargısının asli varlık sebebine uygun bir şekilde, hak ve özgürlüklerin devlet karşısında koruyucusu mu olmuştur? Bu soru, 2. Bölümde, ölçü norm olarak kullanılan kural ve ilkeleri, Mahkeme'nin ne şekilde yorumlayarak, ne yönde (hak ve özgürlükleri mi yoksa devletin temel değerlerini mi önceleyerek) karar verdiği incelenerek cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA ANAYASALLIK BLOĞU

2.1. Kavram ve Tarihçe

Anayasa yargısı, üç aşamalı bir faaliyetten oluşur. İlk aşamada, hangi kuralın hangi yönlerden anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulacağı belirlenir. İkinci aşamada, denetlemede ölçü olarak kullanılacak norm ya da normlar belirlenir. Son aşamada ise, iki norm karşılaştırılmak suretiyle, anayasaya aykırılık olup olmadığı saptanır.³⁰²

Anayasa yargısının aşamaları ile ilgili bu tesbite dayanarak, anayasa uygunluk denetiminde kullanılacak ölçü norm ya da normlar nedir? sorusuna verilecek cevap, doğal olarak “Anayasa” olacaktır. Fakat doktrinde, anayasaya ilave olarak denetimde kullanılacak başka ölçü normların da olduğu ve ölçü normlarının tamamının anayasallık bloğunu oluşturduğu da savunulmaktadır.

Mesela, Özbudun’a göre, bazı ülkelerde anayasalar kendileri dışında birtakım ölçü normlar belirledikleri gibi, bazı ülkelerde de anayasa haricinde birtakım ölçü normlar yargı kararları ile oluşturulmaktadır. Sonuçta, ister anayasanın kendisiyle sınırlı olsun, ister ona Anayasa veya yargı kararları yoluyla eklenen diğer ilke ve kuralları da içine alsın, anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olarak kullanılan normların tamamı, “anayasallık bloğunu meydana getirmektedir.”³⁰³

Tanör ve Yüzbaşıoğlu da, başlangıçta yalnızca anayasaya dayanarak yapılan anayasallık denetiminde kullanılan ölçü normların, anayasa mahkemelerinin içtihatları sayesinde genişlediğini ileri sürmektedirler. Yazarlara göre, anayasa mahkemeleri, “üstün hukuk-anayasa” anlayışını hayata geçirmek için, başlangıçta “yalnızca anayasa

³⁰² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 474.

³⁰³ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 395-396.

maddelerine uygunluk denetimi içeren” dar bir alanda işe başlamış; ancak içtihat yolu ile yeni bir anayasa düzeni yaratmaya kadar varan bir yol izlemişlerdir. Bu yolun sonunda, bir taraftan anayasa hukuku tam anlamıyla hukuksallaşmış; diğer taraftan anayasaya uygunluk denetiminde ölçü normlar alanı genişlemiştir.³⁰⁴

Hatta, bazı yazarlar, anayasanın da üstünde anayasa-üstü normlar olduğu kanaatindedirler. Mesela, Fransa’da, Profesör Favoreu, iç anayasaüstülük başlığı altında, “tali kurucu iktidar tarafından kabul edilen anayasal kanunların milli anayasaüstü normlara uygun olup olmadığı sorunu”; ve dış anayasaüstülük sorunu altında da, “anayasal normların ulusalüstü veya uluslararası normlara tabi olup olmadığı” sorunu incelemektedir.³⁰⁵

Türkiye’de de, Yüzbaşıoğlu, ölçü normları anayasa-üstü ve anayasal değerde olmak üzere iki kategoriye ayırarak değerlendirmektedir. Buna göre, uluslararası hukuk kuralları, hukukun genel prensipleri ile Atatürk ilke ve inkılapları anayasa-üstü; anayasa, anayasanın başlangıç kısmı ile Cumhuriyetin temel nitelikleri anayasal değerde ölçü normlar olarak isimlendirilmektedir.³⁰⁶

Anayasa dışında, anayasal değerde veya anayasa-üstü nitelikte ölçü normun varlığı konusundaki görüşler iki farklı hukuk anlayışından kaynaklandığı belirtilmektedir. Bunlar, anayasaya uygunluğun, sadece anayasanın yazılı kurallarına göre değerlendirildiği “pozitivist” anlayış ve uygunluğun anayasanın yazılı kuralları yanında, anayasanın ruhundan çıkarılan ilke ve yazılı olmayan kurallara göre değerlendirildiği ve anayasa dışında bazı hakların tanındığı “natüralist” anlayıştır.³⁰⁷ Kaboğlu da, özgürlüklerin kaynağı bağlamında olaya yaklaşarak, hak ve özgürlüklerin kaynağını hukuk ötesinde gören natüralist anlayışın kabul edilmesi halinde referans normların da pozitif metinlerin ötesine genişleyebileceğini belirtmektedir.³⁰⁸

³⁰⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 474.

³⁰⁵ Favoreu Louis , “Souverainete et supraconstitutionnalite”, Pouvoirs, 1993, n 67, s.74-76’den özetleyen: Kemal Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, **Türkiye’de İnsan Hakları Sempozyumu Bildirileri**, Ankara: TODAİE Yayını, 2000, s. 25.

³⁰⁶ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul: İÜHFY, 1993.

³⁰⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 474-475.

³⁰⁸ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 300.

Yine, Gözler de, iç anayasaüstü normlarının varlığı sorununun tabii hukukçularla pozitivistler arasında tartışıldığını söylemektedir. “Birinciler bu tür normların varlığını kabul eder. Oysa ikinciler bu tür normların varlığını kategorik olarak reddederler. Zira onlara göre, bu normlar pozitif temelden mahrumdurlar; dolayısıyla hiçbir şekilde geçerli olamazlar”.³⁰⁹

Çağlar ise, hukuk devleti ilkesinin, pozitivist düşünce ile uyuşmadığını, siyasi çoğunluğun iradesinin üstünde normların olduğunu ve anayasa mahkemelerinin kullandığı “Ölçü-normlar Bloku” ya da “Anayasallık Bloku”nu da bu düşüncenin şekillendirdiğini dile getirerek, pozitif metinlerin dışında ölçü normların varlığına yeşil ışık yakmaktadır.³¹⁰

Yukarıdaki görüşlerin ışığında, anayasa metni dışında ölçü normların varlığının kabul edilmesi, ancak pozitif hukuk metinleri dışında normların geçerliliğini kabul eden bir hukuk anlayışını kabul etmekle mümkün olabileceği söylenebilir. Bu durumun, anayasa yargıçlarına anayasallık denetiminde daha etkin olabilme imkanı sağlayacağına şüphe yoktur. Nitekim, karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, özellikle, insan hak ve özgürlükleri alanında, yargı içtihatları ile pozitif anayasa metninde yer almayan bazı ilke ve değerlerin de (hukukun genel prensipleri başlığı altında) içtihat yolu ile ölçü norm olarak kullanıldığını görmekteyiz. Bu konu karşılaştırmalı hukuktan örneklerle ilerleyen bölümlerde ele alınmaya çalışılacaktır. Fakat anayasallık bloğu kavramının tarihsel kökenine inebilmek ve böylece kavramın daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak açısından, ilk defa ortaya çıktığı Fransa’daki gelişim sürecini incelemek önem arz etmektedir.

Anayasallık bloğu kavramının kaynağı Fransa’dır. “Anayasallık bloğu” kavramı, Fransa’da anayasal bir kavram olarak ortaya çıkmış değildir; zira, anayasa metninde geçmemektedir. Anayasallık bloğu kavramı jürisprüdansiyel bir kavram da değildir; zira, Anayasa Konseyi kararlarında da kullanılmamaktadır. Bu kavram doktrin tarafından inşa edilmiş bir kavramdır. “Anayasallık bloğu” kavramı, 1974 yılında Louis Favoreu tarafından, Fransız idare hukukunda kullanılan “yasallık bloğu” kavramından örnek alınarak ortaya atılmıştır.³¹¹

³⁰⁹ Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, s. 26.

³¹⁰ Bakır Çağlar, “Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, 1991, s. 14-15.

³¹¹ Kemal Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **AÜSBFD**,

Ancak anayasallık bloğunun içeriğini oluşturan ölçü normlar Anayasa Konseyi'nin kararları ile belirlenmiştir. Anayasa Konseyi 16 Temmuz 1971 tarihinde verdiği karar ile 1946 Anayasası'nın başlangıç bölümünün bir bütün halinde "Anayasal değer ve güce sahip olduğunu tespit ederken, 1946 Anayasası'nın başlangıç bölümünde yer alan "Çağımız için özellikle gerekli prensipler" ile "Cumhuriyet Kanunlarında yer alan temel prensipleri" anayasal prensip seviyesine çıkarmıştır. Anayasa Konseyi, 27 Aralık 1973 tarihinde verdiği bir karar ile de "1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi" ne Anayasal değer tanımıştır.³¹²

Bu durumda Fransa'da Anayasallık Bloğu'na dahil olan metinleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- 1958 Anayasası'nın maddeleri
- 1958 Anayasası'nın başlangıcı
- 1946 Anayasası'nın başlangıcı
- 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi
- Cumhuriyet Kanunları tarafından tanınan temel ilkeler

Anayasa'da yer alan kuralların çok az olmasına karşılık Anayasa dışındaki anayasal normların çok daha fazla ve önemli olması güncel Fransız sisteminin bir özgünlüğü olarak karşımıza çıkıyor. Favoreu'ye göre bunun en önemli nedeni Fransız hukukunda Anayasal metinlerin daha çok kamusal yetkilerin ve siyasal kurumların düzenlenmesi ve işleyişine ilişkin kurallar önermesidir ki, zaten bu açıdan da Fransız Anayasa Hukuku kurumsal anayasa hukukuna dönüşmüştür.³¹³ Anayasallık Bloğuna Türk Anayasa yargısında ihtiyaç olmadığını savunan Kemal Gözler, Fransa için Anayasallık Bloğu kavramının gerekli ve işlevsel olduğunu belirtiyor. Çünkü, 1958 Fransa Anayasası'nda bir iki temel hak ve özgürlük dışında, temel hak ve özgürlükler düzenlenmemiştir. Dolayısıyla anayasallık denetiminde referans norm olmaya elverişli Anayasa'da pek az madde vardır. Bu nedenle Fransa Anayasa Konseyi'nin anayasallık denetiminde, 1958 Anayasa metni dışında birçok ölçü norma ihtiyaç duyması doğal karşılanabilir.³¹⁴

C. 55/3, 2000, s. 82.

³¹² Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", s. 82.

³¹³ Favoreu, Louis, "L application directe et l'effet des normes constitutionnelles" in. rfda. 1984, No:0, s.175'den aktaran: Celal Erkut, **Hukuka Uygunluk Bloku**, İstanbul: Kavram Yayınları, 1996, s. 40.

³¹⁴ Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", s. 84.

Fransa’da anayasallık bloğuna dahil edilen metinlerin pozitif niteliği üzerinde bir tartışma yoktur. Nitekim, Fransız Anayasa Konseyi anayasallık bloğunu oluştururken pozitif bir temele dayanmaya önem vermiştir. Gözler’e göre, Anayasa Konseyi,

(...) kendi tercihiyle göre referans normlar oluşturmaktan kaçınmıştır. Anayasa Konseyi anayasallık denetiminde kullandığı referans normları, dolaylı bir şekilde de olsa, pozitif bir temele dayandırmaya özen göstermiştir. (...) 1958 Anayasasının metni içinde yer almayan diğer ölçü normlar pozitif temellerini 1958 Anayasasının Başlangıcında ve bu Başlangıcın gönderme yaptığı 1946 Anayasasının Başlangıcında bulmaktadır.³¹⁵

1958 Anayasasının başlangıç bölümünde “Fransız halkı, 1789 bildirgesiyle tanımlanan ve 1946 Anayasasının başlangıç bölümü ile doğrulanıp tanımlanan insan haklarına ve milli egemenlik prensiplerine bağlılığını açıkça ve resmen ifade eder” ifadesinde 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile 1946 Anayasasının başlangıç kısmına atıfta bulunmuştur. Yapılan bu atıf her iki metnin pozitif dayanağını oluşturmaktadır. Öte yandan 1946 Anayasasının başlangıç kısmında, “Cumhuriyet Kanunları tarafından tanınan temel ilkelere” yapılan gönderme de, bu metnin Fransız Anayasa Hukukundaki pozitif temelini oluşturmaktadır.

Fransız öğretisinde bazı yazarlar “Yasalardan daha üstün bir hukuki değer taşıyan bütün kuralların” Anayasallık Bloğu içinde yer aldığını kabul etmektedir. Bu yazarlar “Anayasallık Bloğu” kavramının yerine “Yasallık-Üstü Blok” kavramını tercih etmektedir. Bu görüş çerçevesinde, organik kanunlar, meclis kararları ve uluslararası sözleşmelerin de anayasallık bloğu içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa Konseyi verdiği kararlarda söz konusu normları anayasal değerde kabul etmemiştir.³¹⁶

Anayasallık bloğu içinde yer alan normların pozitif niteliklerin konusunda bir şüphe yoksa da, hukuki değerleri konusunda Fransız öğretisinde tartışma yaşanmaktadır. Özellikle tartışma konusu yapılan 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve Cumhuriyet Kanunları tarafından tanınan temel ilkelerdir. 1789 Bildirisi ile ilgili olarak Troper tarafından, Bildiriye yapılan referansın genel ve tarihsel nitelikte olduğu, tek tek maddelere yollamada bulunulmadığı, Bildirinin yasa koyucuyu ve yargıcı felsefi açıdan bağlamakla

³¹⁵ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 85.

³¹⁶ Erkut, a.g.e., s. 41.

beraber pozitif hukuk açısından böyle bir bağlayıcılıktan söz edilemeyeceği ve Bildiri maddelerinin gelişmekte olan yeni değerler sistemi içinde çağımızın ve toplumumuzun gerekleri çerçevesinde yorumlanıp değerlendirilmesi gerektiği görüşü³¹⁷ ileri sürülmüştür. Carre ve Malberg de Bildiri'nin pozitif bir hukukî metin olmakla birlikte sadece felsefi gerçekleri yansıtmak yönünden bir değer ifade ettiğini savunmuşlardır.³¹⁸

Buna karşılık Vedel, Poullain ve Favorev 1958 Anayasası kurucularının 1789 Bildirisi'ne genel bir yollama yapmasının, Bildiri'nin hukuki değerine herhangi bir etkisinin olmayacağını savunmaktadırlar. Yine her üç yazarda, 1958 Anayasası kurucularının 1789 Bildirisi'nin sadece genel felsefesine değil, onun getirdiği hak ve özgürlükler sistemine referansta bulduklarını ifade etmektedir.³¹⁹

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisine ilişkin olarak Fransa da yapılan tartışmalarla, Türk Anayasal Yargısı'nda kimi yazarlar tarafından Anayasallık Bloğu içinde değerlendirilen Atatürk İlke ve Inkılapları'nın ölçü norm olarak değeri konusunda Türkiye'deki yazarlar arasında büyük benzerlikler taşıdığını söyleyebiliriz.

Fransa'da Anayasallık Bloğu içinde yer alan “Cumhuriyet Kanunları tarafından tanınan temel ilkeler” norm grubu da Fransa'ya özgü bir nitelik taşımaktadır. Öncelikle Cumhuriyet Kanunlarının hangi kanunlar olduğu sorunu öğretisi de Rivera tarafından açıklığa kavuşturulmuştur. Rivera, 1880-1940 yılları arasında çıkarılan kanunların Cumhuriyet dönemi kanunları olarak kabul edilmesi gerektiğini, ancak bu dönemde çıkarılan kanunlardan sadece 1789 Bildirisi'nde yer alan hak ve özgürlükleri düzenleyen ya da bunları tamamlayan kanunların 1946 Anayasası'nın Başlangıcında belirtilen Cumhuriyet Kanunları olarak ele alınabileceğini ortaya koymuştur.³²⁰

Favoreu da benzer şeyleri ifade ettikten sonra bu kanunlarda belirtilen prensiplerden hangilerinin anayasal değer taşıdığının Anayasa Konseyi tarafından saptanacağını belirtmiştir.³²¹

³¹⁷ Troper, Michael, “La Declaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789”, Puf. Paris, 1989, s. 23-24'ten aktaran: Erkut, a.g.e., s. 49.

³¹⁸ Erkut, a.g.e., s. 40-41.

³¹⁹ Erkut, a.g.e., s. 49-50.

³²⁰ Erkut, a.g.e., s. 52.

³²¹ Erkut, a.g.e., s. 52-53.

Sonuç olarak Fransız Kamu Hukuku'nda 1958 Anayasası'nın ağırlıklı olarak kurumları düzenlemesi, bireysel hak ve özgürlükler hakkında yeterli norm içermemesi sebebiyle, anayasa dışında da kanunların denetlenmesinde ölçü olarak kullanılacak anayasal değerlerde normlara ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacı karşılamak üzere de, Anayasa Konseyi, doğrudan ya da dolaylı olarak 1958 Anayasası'nın yaptığı referansları dikkate alarak, anayasa dışındaki bazı belgeleri de ölçü norm olarak kullanmak üzere Anayasallık Bloğunu oluşturmuştur. Her ne kadar, bu normların içeriği ve hukuki değerleri hakkında tam bir uzlaşma yoksa da pozitif niteliğe sahip oldukları konusunda Fransız Doktrini'nde bir tartışma yoktur.

Gözler'e göre, Fransa'da anayasallık bloğu kavramı, 1990'lı yıllarda önemini yitirmiştir. Artık Fransa'da “anayasallık bloğu” kavramından ziyade, sadece “anayasa” kavramı kullanılmaktadır. Fransız Anayasa Konseyi de, “1970'li yılların ikinci yarısından bu yana, kararlarının başlangıcında sadece “Anayasaya göre (Vu la Constitution)” formülünü kullanmaktadır”.³²²

2.2. Türk Anayasa Hukuku'nda “Anayasallık Bloğu” Kavramı

Fransa'da, anayasallık bloğuna dahil olan kural ve ilkeler üzerinde geniş ölçüde uzlaşma söz konusu iken, Türkiye de bu konuda tam uzlaşma sağlanabildiğini söylemek zordur. Anayasallık bloğu kavramını ilk kullananlardan olan Erdoğan Teziç, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına atıf yaparak, Anayasa'nın başlangıç kısmı dahil olmak üzere Anayasa metni ile hukukun genel prensiplerini esas-ölçü norm olarak ifade etmektedir.³²³ Ergun Özbudun, “Anayasaya Uygunluk Denetiminde Ölçü Normlar (Anasallık Bloku)” başlığı altında milletlerarası hukuk kuralları, hukukun genel ilkeleri ve Atatürk İlke ve İnkılaplarına yer vermektedir.³²⁴ Fendoğlu da, 1982 Anayasası'nın, “uluslararası hukuk kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve Atatürk İlke ve İnkılaplarını anayasallık bloku na”³²⁵ dahil ettiği kanaatindedir. Yılmaz Aliefendioğlu, “Ölçü Normlar Bloku” başlığı altında; anayasa, uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkelerini ele almaktadır.³²⁶

³²² Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 85.

³²³ Teziç, “Kanunların Anayasa ya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, s. 27-28.

³²⁴ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 395 vd.

³²⁵ H.Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, C. 17, 2000, s. 365-366.

³²⁶ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 95 vd.

İbrahim Kaboğlu da, Aliefendioğlu ile benzer bir sınıflandırma yapmaktadır.

Konu ile ilgili ülkemizdeki tek monografinin yazarı olan Necmi Yüzbaşıoğlu ise, anayasallık bloğu kavramının içeriğini şu normlarla oluşturmaktadır:

- Başlangıçta ifade edilen ilkeler,
- Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler,
- Atatürk İlke ve İnkılapları,
- Uluslararası hukuk kuralları,
- Hukukun genel ilkeleri

Necmi Yüzbaşıoğlu'nun yaptığı ölçü normlar listesi, doktrinde diğer yazarlar tarafından ileri sürülen ölçü normların tamamını kapsamaktadır. Yalnız, Kemal Gözler'in de belirttiği gibi, Türk Anayasa Doktrini'nde yukarıda görüldüğü üzere bazı yazarlar anayasallık bloğuna 1982 Anayasa metnini dahil etmemektedir. Bunu bir eksiklik olarak değerlendirebileceğimiz gibi bu yazarların Anayasa metninin, anayasallık bloğunda olmasını doğal kabul etmelerine, dolayısıyla ayrıca belirtilmesine ihtiyaç duymamalarına da bağlayabiliriz.

Ancak, doktrinde bazı yazarlar anayasallık bloğu kavramına anayasa dışında kural ve ilkelerin konulmasını ya doğru bulmamakta ya da böyle bir uygulamanın pozitif hukuk açısından mümkün olmadığı kanaatini taşımaktadır. Anayasallık bloğunun Türk Hukuk Sistemi'nde uygulanamayacağı görüşünde olan Gözler, bu görüşünü şu şekilde savunmaktadır: “Türkiye’de anayasallık bloğu kavramına ihtiyaç yoktur. Bir kere Türk Anayasasının metninde zaten oldukça geniş hak ve özgürlükler listesi vardır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin elinde bizzat Anayasanın maddelerinden oluşan yeterince ölçü norm vardır”.³²⁷ Ayrıca, Gözler’e göre, 1982 Anayasası kendi içine kapalı bir anayasa olup, kendisi dışında bir belgeye atıf yapmadığı için, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa metni dışında başka ilke ve kuralları ölçü norm olarak kullanmasının mümkün olamayacağını ifade etmektedir.³²⁸

³²⁷ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 86.

³²⁸ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 86.

Hakyemez de anayasallık bloğu adı altında anayasa metni dışında norm ve ilkelerin ölçü norm olarak kullanılmasına, anayasa mahkemesinin yetki alanını genişleteceği gerekçesiyle sıcak bakmamaktadır. Nitekim, Yazara göre, anayasallık bloğu kavramı, Mahkeme'nin yerindelik denetimi yapmasını kolaylaştıracak “maymuncuk anahtarı” işlevi görebilir.³²⁹

Türk Anayasa düzeninde Anayasallık bloğuna ihtiyaç olup olmadığına, doktrinde ölçü norm olduğu ifade edilen ilke ve norm grupları incelendikten sonra cevap verilmeye çalışılacaktır. Ancak, burada bir konuya değinmenin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Esas ve destek ölçü norm ayrımı.

Duran, Yüksek Mahkemenin Anayasaya uygunluk yargılamasında başvuracağı normlar nelerdir? sorusuna bir taraftan “...yürürlükteki kanunlardan, Yüksek mahkemelerin içtihatlarından, milletlerarası metinlerden ve karşılaştırmalı hukuk verilerinden, esas hükmünü destekleyici ve doğrulayıcı nitelikte ve ek gerekçeler olarak yararlanabileceği kuşkusuzdur”³³⁰ şeklinde cevap verirken, diğer taraftan anayasallık denetiminde referans normların sadece Anayasa maddeleri olabileceğini belirtmektedir.³³¹

Duran'ın anayasa yargılamasında Anayasa Mahkemesi'nin, yararlanabileceği normları geniş tutarken, referans norm olarak sadece Anayasa maddelerini sıralaması bir çelişki midir? Aynı şekilde, Teziç, bir taraftan hukukun genel prensiplerini anayasallık bloğuna dahil ederken, diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin, “kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken dayanacağı referans norm, gerek Anayasa (m.148) gerekse 2949 sayılı Kuruluş Kanununa göre (m.18), “Başlangıç Kısmı” dahil olmak üzere (Ay. m. 176), yalnızca “Anayasa maddelerinden ibaret” olduğu söylenebilir”³³² demektedir.

Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasallık denetimine ilişkin kararlarının hüküm fıkrasında, referans norm olarak sadece Anayasa maddelerine atıfta bulunması, ancak kararın gerekçesinde anayasa dışındaki kural ve ilkeleri kullanmasından kaynaklanmaktadır. Bu durum karşısında, doktrinde bazı yazarlar tarafından, ölçü normlar,

³²⁹ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 184.

³³⁰ Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, s. 65.

³³¹ Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, s. 65.

³³² Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, s. 27.

bağımsız ve destek ölçü normlar olarak ikiye ayrılmıştır. İlerleyen bölümlerde, her bir ilke ve norm grubu için bu ayrımın ne anlam ifade ettiğine değinilmeye çalışılacaktır.

Atatürk İlke ve İnkılapları, Anayasa’da yer aldığı için, anayasa uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmaları, Türk Anayasa Hukuku Doktrini’nde ciddi tartışmalara yol açmamaktadır. Ancak, söz konusu ilke ve normların kapsamının tayini hususunda tartışmalar yaşanmaktadır. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin, anayasa değişikliklerini esas açısından denetlerken, söz konusu ilkeleri, adeta Anayasanın diğer normları ile ilgili değişiklikleri denetlemekte ölçü norm olarak kullanması ciddi itirazlarla karşılaşmaktadır. “Başlangıçta ifade edilen ilkeler” gerek 1961 Anayasası’nın, gerekse 1982 Anayasası’nın, anayasa metnine dahil olduğuna dair açık hükümlerine rağmen ölçü-norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusu olmuştur. Uluslararası hukuk kuralları ile hukukun genel ilkeleri ise pozitif hukukta düzenlenmiş olmadıkları için, anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak denetimi ciddi bir tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Bir de anayasa mahkemesi içtihatlarının ölçü norm olarak değeri konusunda doktrinde ciddi görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

2.3. Anayasa

Anayasa yargısının en önemli varlık sebebi, yasama organının yapacağı hukuki düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu sağlayarak, yasama organını anayasal sınırlar içinde tutmak ve böylece anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmektir. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin, anayasallık denetimi yaparken anayasa metnini ölçü norm olarak kullanması gördüğü işlevin doğal bir sonucudur. Zaten, anayasallık bloğunu oluşturan ölçü normlar arasında, üzerinde tartışma olmayan yegane ölçü norm da anayasanın kendisidir.

Ancak, 1961 Anayasası döneminde başlayan ve 1982 Anayasası döneminde de verdiği bir kararla devam ettirdiği uygulama ile Anayasa Mahkemesi’nin anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi, anayasa maddeleri arasında hiyerarşi olup olmadığı ve anayasallık denetiminin anayasa değişikliklerini de kapsayıp kapsamadığı tartışmasını beraberinde getirmiştir.

Kanaatimizce, anayasa değişikliğinin Şekil y6n6nden denetimini olağan karşılamak gerekmektedir. Kuşkusuz ki, anayasa değişikliğinin m6mk6n olabilmesi, bu değişikliğin Anayasada g6sterilen y6nteme g6re yapılmış olmasını gerektirir. Bu nedenle, Anayasada değişiklik 6ng6ren bir kanunun, Anayasada g6sterilen biçimde gerçekteŐip gerçekteŐmedięini belirleyecek olan Şekil denetiminin Anayasa yargısının yetkisi içinde olması gerektiği kabul edilebilir.³³³

Ancak, anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi s6z konusu olduğunda, kararlarda da g6r6leceği 6zere, ortaya tartıŐmalđ bazı hususlar çıkmaktadır. Birinci husus, anayasa değişikliklerinin denetlenmesinde kullanılacak 6lç6 norm ya da normların varlığı m6mk6n m6d6r? S6z konusu denetimin m6mk6n olabilmesi, ya anayasa6st6 normların varlığını ya da anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşinin kurulmasını gerektirir. Bilhassa, bazı yazarların 6ne s6rd6ę6 gibi anayasanın değiştirilemez maddeleri ile diğerleri arasında altlık-6stl6k ilişkisi kurulabilir mi? İkinci husus, 6zellikle, 1961 Anayasası d6neminde Mahkeme, değiştirilmezlik kapsamında olan Cumhuriyet ilkesine aykırılık gerekçesiyle denetim yaptđna g6re, s6z konusu kavramın içeriğinin belirlenmesidir. 6ç6nc6 husus, gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerekse bazı yazarların anayasa değişikliklerine sınır teşkil ettiğini savundukları, anayasanın ruhu veya anayasanın 6z6 kavramlarının niteliğinin ve hukuki değerinin ne olduğudur.

2.3.1. Anayasa Normları Arasında Hiyerarşi Sorunu

Anayasada 6ng6r6len usule uygun olarak yapılmış ve y6r6rl6ęe girmiş olan yeni bir anayasa normunun esas açısından yapılacak denetiminde 6lç6t olarak ne alınacaktır? Bu yeni norm da artık Anayasanın bir parçası olduğuna g6re, onun esas açısından denetime tabi tutulması, ancak Anayasa 6st6 bazı ilkelerin varlığını veya Anayasanın bazı normlarının hiyerarşik bakımdan diğerlerine 6st6n olduğunu kabul edilmesi ile m6mk6n olabilir. Ne var ki, Onar'ın da ifade ettiği gibi, “bu t6r 6st6n ilkelerin veya normların bulunup bulunmadıkları bir yana; buldukları kabul edilse bile, o zaman da hangi ilkelerin veya normların 6st6n konumda g6r6l6p, denetime 6lç6t olarak alınacakları

³³³ Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara: A6HFY, Ankara, 1993, s. 131-132.

hususunun bir takım tartışmalara yol açacağına kuşku yoktur”.³³⁴

Doktrinde ağırlıklı olan görüş, anayasa değişikliğinin esastan denetlenmesini mümkün kılacak ölçü norm bulmanın mümkün olmadığı yolundadır. Nitekim, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetlemesini eleştiren Özbudun, teorik olarak, böyle bir denetimin gerçekleştirilebilmesi için, ya anayasa üstü birtakım “süpra-pozitif” normların, veya anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşinin olması gerektiğini, ama Anayasada böyle bir hiyerarşinin varlığına dair hiçbir hüküm bulunmadığı gibi, anayasa hukuku literatüründe de bütün anayasal normların eşit hukuki değerde olduğu görüşünün hakim olduğunu belirtmektedir.³³⁵ Gözler de, doktrinde bazı yazarların anayasa hükümleri arasında çeşitli hiyerarşiler kurduğunu ifade etmektedir. Fakat, söz konusu yazarlar arasında anayasanın hangi hükümlerinin üstün olduğu konusunda bir uzlaşma mevcut değildir. Buna göre, bazıları temel hakların sert çekirdeğine ilişkin anayasa hükümlerine üstünlük tanırken, diğer bazıları milli egemenliğe dair hükümlere üstünlük tanımaktadır.³³⁶ Gözler'e göre, anayasa normları arasında, ahlaki ve siyasi değer bakımından bir üstünlük ilişkisinin varlığı düşünülebilirse de, hukuki bir hiyerarşi kurulamaz. Çünkü, hukuki hiyerarşi normlar arasındaki geçerlilik ilişkisidir. Eğer değişik anayasa normları arasında hiyerarşi varsa, bu normlardan birileri diğerlerinden geçerliliklerini almalıdırlar. Oysa, anayasal değerde tüm normlar geçerliliklerini tek bir işlemde, kurucu işlemde alırlar.³³⁷

Aliefendioğlu ise, 1982 Anayasanın kendi içinde kademeli bir yapı oluşturduğu kanaatindedir. Yazara göre, öncelikle, Anayasa'nın ilk üç maddesi, Anayasa tarafından değişmezlik kapsamına alındığı için diğer maddelerden üstün kabul edilmelidir. Öte yandan, Anayasanın 174. maddesi, “Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden... inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” hükmünden yola çıkan Aliefendioğlu, bu maddelerde ve Anayasanın başlangıcında belirlenen temel ilkelerin, “Anayasa'nın ruhunu ve esprisini” belirlediğini

³³⁴ Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, s. 133-135.

³³⁵ Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, s. 259.

³³⁶ Kemal Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa: Ekin Kitabevi, 1999, s. 154.

³³⁷ Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, s. 162-163.

ifade ederek, m.174 ve Başlangıç kısmının diğer Anayasa maddelerinden üstün olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, yazara göre, Anayasa Mahkemesi anayasal düzenlemelerden yola çıkarak, “medeni ve siyasal hak ve özgürlüklerle ilgili denetim sırasında iktidarı frenlerken; sosyal ve ekonomik haklara ilişkin denetimde Anayasanın (md. 65) öngördüğü sosyal ve ekonomik hakların somutlaştırılmasını mali kaynakların yeterliği ölçüsünde aramakta(dır)”. Dolayısıyla medeni ve siyasal haklar, daha az etkili koruyucu denetim sağlanan sosyal ve ekonomik haklara nazaran üstün konumdadır. Sonuç itibari ile yazara göre, Anayasa’nın kendisi normları arasında bir hiyerarşi kurmuştur. Yasa koyucu da, Anayasa’da değişiklik yaparken ya da yasa çıkarırken, Anayasanın 2. maddesinde belirlenen Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti niteliği ve Anayasanın 174. maddesi ve Başlangıç kısmından çıkarılan “anayasanın esprisi” ile uyum içinde olmalı, bu ilkelerle çatışma haline girmemelidir. Aksi takdirde, söz konusu normlara dayalı denetimle yapılan değişiklikler iptal edilebilir. Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası döneminde, bu ilkeleri ve Anayasanın esprisini, yasaların Anayasaya uygunluk denetimini yaparken kullanmaktadır.³³⁸

Yüzbaşıoğlu da, 1982 Anayasası’nın maddeleri arasında, Aliefendioğlu ile benzer gerekçelere dayanarak hiyerarşik bir ilişki kurmaktadır. Yazara göre, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, ölçü norm değeri bakımından Anayasa ilke ve kuralları arasındaki kademelenme; Atatürk ilke ve inkılapları, Başlangıçtaki ilkeler, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler, klasik haklara ilişkin anayasa kuralları, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin anayasa kuralları, anayasanın maddi anlamdaki diğer kuralları ve şekli anlamda anayasa kuralları şeklinde yapılabilir. Hatta, yazara göre, Atatürk ilke ve inkılaplarını, anayasa-üstü normlar kategorisinde değerlendirmek de mümkündür.³³⁹ Fakat, Yüzbaşıoğlu’na göre, söz konusu üstünlük sıralaması mutlak olarak anlaşılmalı, sadece üstteki anayasa kuralının, altta yer alan kuralın yorumunda etkin olması şeklinde okunmalıdır. Yoksa, “Anayasa kuralları arasında, birinin diğerini geçersiz kılacağı boyutta mutlak bir altlık-üstlük ilişkisi söz konusu olamaz. Böylesi bir yorum, Anayasa kurallarının üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, Anayasa tekniği ile de bağdaşmaz”.³⁴⁰

³³⁸ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 97-98.

³³⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 493.

³⁴⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 111.

Ancak, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2008 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin, Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddeye dayanarak yapılan anayasa değişikliğini iptal ettiği kararı, “Anayasanın 4. maddesindeki cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez amir hükmüne etkin bir anlam kazandıran” bir içtihat olarak görmüştür.³⁴¹ Dolayısıyla Yüzbaşıoğlu'nun, anayasa normları arasında yaptıkları kademelemenin, normlar arasında bir geçerlilik ilişkisi olmadığını ileri sürmesine en azından şüphe ile yaklaşabiliriz.

Kanaatimizce, anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapının kurulmasına en azından şüphle bakmak gerekir. Öncelikle, hukuki anlamda normlar hiyerarşisi gerçekten de normlar arasındaki geçerlilik ilişkisine dayanmaktadır. Bir norm grubu geçerliliğini üstte yer alan norm grubundan almaktadır. Bu tür bir ilişki için iki norm grubunun farklı kaynaklardan gelmesi gerekir. Fakat anayasa normlarının tamamı aynı kaynaktan gelmektedir. Dolayısıyla aralarında ast-üst ilişkisi olması hukuk mantığı açısından pek mümkün görünmemektedir. Anayasa normları gibi eşit düzeydeki hukuk normları arasında bir uyumsuzluk söz konusu olursa, bu uyumsuzluk ancak genel norm-özel norm, yahut önceki norm-sonraki norm şeklindeki genel hukuk metodolojisi ilkeleri ile çözülebilir.

Ayrıca, anayasa mahkemesine, anayasa değişikliğini esastan denetleme yetkisi gibi, kullanıldığında hukuki ve siyasi açıdan son derece önemli sonuçlar doğurabilecek bir yetki kazandıran anayasa normları arasında hiyerarşinin varlığı, ancak kurucu iktidarın pozitif bir düzenlemesi ile mümkün olabilmelidir. 1961 ve 1982 Anayasalarında ise, bu yönde bir hüküm mevcut değildir.

2.3.2. Anayasa'nın Özünü ya da Yapısal Temel İlkeler

Sağlam'a göre, Anayasanın değiştirilemez ilk üç maddesi, anayasa ile korunmak istenen temel değerlerin özünü yansıtmaktadır. “Bu özünü korumak kaydıyla gerek üslupta ve gerekse norm niteliği taşımayan, normatif etkiye elverişli olmayan ifadelerde düzeltmeler yapılabilir”.³⁴² Dolayısıyla, anayasadaki temel değerlerin özünü teşkil eden değişmezlik

³⁴¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 472-473.

³⁴² Fazıl Sağlam, “Anayasa ve Değişmez Kurallar”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan,

kapsamındaki kuralları değiştirmek, türev kurucu iktidarın yetki alanının dışında kalmaktadır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi de, hem değişmezlik kapsamındaki maddelere yönelik anayasa değişikliklerini, hem de Anayasa'nın diğer maddelerindeki değişiklikleri Anayasa'nın ilk üç maddesini ölçü alarak denetleyebilir.³⁴³

Kanadoğlu da, anayasanın değiştirilemez maddelerinin “sonsuzluk güvencesine bağlanan yapısal temel ilkeler” olduğunu belirterek, söz konusu maddelere aykırı olan anayasa değişikliklerinin anayasa yargısı yoluyla denetlenebilmesini savunmaktadır.³⁴⁴ Hatta, “AYM'nin yorumunu etkisiz ve geçersiz kılmak üzere yapılan bazı Anayasa değişiklikleri aynı zaman da Anayasa ile değiştirilmeleri yasaklanan Cumhuriyetin yapısal temel ilkeleriyle çatışabilir” ifadesinden, Kanadoğlu'na göre, tali kurucu iktidarın, yapısal temel ilkelere yönelik anayasa mahkemesinin yorumuyla da bağlı olduğu sonucunu çıkarabiliriz.³⁴⁵

Yayla'ya göre de, değiştirilemezlik kapsamındaki maddeler, devletin özünü meydana getiren ilkelere:

(...) söz konusu kurallar arasında, iktidarın temelini, özünü meydana getiren ve artık kuraldan çok ilke adı verilebilecek öyle esaslar vardır ki, bunları değiştirmek, olağan hukuki yollardan, çok kere mümkün olmaz. (...) Burada korunan, iktidarın temeli, devletin özüdür. Değiştirilmesi istenmeyen bu temel, Anayasanın hukuk alanındaki öz savunmasına bırakılmıştır.³⁴⁶

Yayla'ya göre, Anayasanın değiştirilemez maddelerine yönelik değişiklikler 1982 Anayasası'nın “Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır” (m.148/2) şeklindeki açık hükmüne rağmen içerik olarak denetlenebilir ve anayasa mahkemesi değiştirilemez maddelere aykırılık tesbit ettiğinde bu değişiklikler yok hükmünde sayılır.³⁴⁷

Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 568.

³⁴³ Sağlam, “Anayasa ve Değişmez Kurallar”, s. 578.

³⁴⁴ Osman Korkut Kanadoğlu, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 25, 2008, s. 74.

³⁴⁵ Kanadoğlu, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, s. 88-89.

³⁴⁶ Yıldızhan Yayla, 1982 Anayasasına Göre Devletin Özünü, **İHİD**, Yıl: 4, Sayı: 1-3, 1983, s. 133.

³⁴⁷ Yayla, a.g.e., s. 145.

Nitekim Çağlar da, anayasa mahkemelerinin anayasa ile getirilen açık sınırlamaların ötesine geçip, anayasanın özünde saklı kayıtlamaları normatifleştirerek, anayasa değişiklikleri ile ilgili ilave sınırlama sebepleri getirebildiğini ifade etmektedir.³⁴⁸

Kanaatimizce, söz konusu yazarlar, Anayasanın değiştirilemez maddelerini, “Cumhuriyet’in yapısal temel ilkeleri”, “anayasadaki temel değerlerin özü”, “devletin özü” olarak nitelendirirken, asli kurucu iradenin ürünü olan söz konusu değerlerin türev kurucu iktidar tarafından değiştirilmesinin mümkün olamayacağını, aksi takdirde devlet yapısının topyekün değişime uğrayacağı kanaatini taşımaktadır. 1961 Anayasası ile değiştirilmezlik kapsamına sadece “Cumhuriyet” adı verilen yönetim biçiminin alınmış olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası’nın cumhuriyetin niteliklerine ilişkin 2. maddesini de değişmezlik kapsamına alması da aynı kanaatin bir sonucu olsa gerektir.

Bu yaklaşım, Carl Schmitt’in devletin temel niteliği ile ilgili kararların meşru olarak değiştirilemeyeceği görüşüyle paralellik arz etmektedir. Doehring söz konusu görüşü şu şekilde özetlemektedir:

Özellikle Carl Schmitt’in temsil ettiği bir görüş uyarınca devletin niteliği üzerinde bu temel kararlar bir kez verildikten sonra –ister herhangi bir biçimiyle Monarşi, Cumhuriyet veya Demokrasi olsun- artık her türlü meşru değişiklik olanağının dışındadır. Bu görüşle şu düşünce belirtilmek istenmektedir: Eğer bir anayasa, değişiklik ile ilgili hükümlerinde hiçbir sınırlama getirmemiş, hiçbir engel tanımamış ve maddi hukuk açısından her türlü değişikliğe açık olsa bile o zamana kadar geçerli olan temel hükmün değiştirilmesi asla tecviz edilemez, böyle bir değişiklik ihtilalle eşdeğerli anlam taşır; böyle bir nitelemenin temelinde yatan düşünce şudur: Devletin temelini kuran kararlar dar anlamıyla hukuk kuralı sayılmazlar, tam tersine bütün hukuk sisteminin dayandığı siyasal düzenin geçerliliğini sağlarlar.³⁴⁹

Hatta bu görüşe göre, devletin temelini kuran kararlar, “anayasadaki diğer hükümlerden hatta anayasanın kendisinden bile daha önemlidir”.³⁵⁰

Doehring ise, devletin temel niteliği ile ilgili de olsa değiştirilemeyecek hiçbir düzenleme olmadığı kanaatindedir. “Devlet kurmuş bir toplum kendi devletinin temel

³⁴⁸ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 85.

³⁴⁹ Doehring, a.g.e., s. 157-158.

³⁵⁰ Doehring, a.g.e., s. 157-158.

örgütünün dayandığı ilkeleri daha önce yaptığı gibi neden düzenlemesin; başka bir deyişle hiçbir hukuk dışı yola sapsadan bu konudaki özgür iradesini ortaya koymaktan neden engellenip “yeni” bir anayasa yapmaktan alıkonulsun?”³⁵¹

Teziç de, asli kurucuların, oluşturdukları rejimin sürekliliğini sağlama isteği ile anayasada, rejimin temelini oluşturan kuralların değiştirilmesini istemediklerini ifade ettikten sonra, anayasada devlet teşkilatı ve birey haklarına ait düzenlemelerin içeriğinin, belli bir dönemdeki siyasi ve sosyal şartlara bağlı olduğunu, şartların değişmesi ile anayasa hükümlerinin de değiştirilmesi kaçınılmaz olduğu için anayasanın değiştirilemez ilkelere bağlanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Ayrıca, Teziç’e göre, anayasanın değiştirilmesine karşı çıkmak, milli egemenlik ilkesi ile de bağdaşmaz. Şöyle ki, “bir milletin, kendi anayasasını değiştirmesini yasaklaması, egemenliğinden vazgeçmesi demektir”.³⁵² Nitekim Dohring’e göre de, “Bütün devlet gücünün halktan çıktığı ilkesi, gelecekte de değiştirilmesi mümkün bulunmayan anayasa hükümleri ile bir çelişki yaratmaktadır”.³⁵³

Kanaatimizce de, türev kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisi, yürürlükteki anayasanın açık sınırlamalar getiren düzenlemeleriyle veya anayasanın özünden çıkarılacak ilkeler gibi belirsiz ve kişisel değer yargılarına açık sebeplerle sınırlandırılmamalıdır. Öncelikle, anayasanın değiştirilemezlik ilkesini mutlak olarak almak, bir dönemin kurucu iktidarını kendilerinden sonra gelen kurucu iktidarlara üstün kabul etmektir. Ya da bir kuşağın benimsediği değer ve ilkelerin gelecek kuşakları da bağlaması anlamına gelecektir. Her iki durumda da halkın egemenlik hakkını kullanması geçmiş kuşaklar tarafından engellenmiş olmaktadır.

Ayrıca, anayasalarda değiştirilemeyecek normlar genellikle, cumhuriyet, demokrasi gibi devlet veya hükümet biçimleri ile laiklik, sosyal devlet gibi siyasi niteliği belirgin ama sınırları belirsiz ilkeleri içermektedir. Söz konusu normların anlamını belirleyerek, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi verilen bir kurum anayasa değişikliklerini engelleme konusunda mutlak bir güce sahip olabilir.

³⁵¹ Doehring, a.g.e., s. 158.

³⁵² Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 167.

³⁵³ Doehring, a.g.e., s. 160.

Diğer taraftan, 1982 Anayasası, anayasa değişikliklerine yönelik denetim imkanlarını istisnai ve tüketici olarak saymış, fakat değiştirilemezlik kapsamına alınan anayasa maddelerine aykırı olan türev kurucu iktidarın işlemlerine karşı herhangi bir hukuksal sonuç bağlamamıştır. Bu durumda, denetim kapsamının yorum yoluyla genişletilerek yapılacak bir denetim, Anayasadan kaynaklanmayan bir yetki kullanımı olacaktır.³⁵⁴

Ayrıca, bazı anayasa normlarının “Cumhuriyet’in yapısal temel ilkeleri”, “anayasadaki temel değerlerin özü”, “devletin özü” gibi ifadelerle nitelendirilmesi, anayasa normları arasında hiyerarşi kurulmasına sebep olabilir.³⁵⁵ Halbuki, yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi, anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapının kabulü hukuk mantığı ile bağdaşmayabilir. Diğer taraftan söz konusu ifadeler, pozitif dayanağa sahip olmadığı için, içerikleri yargıçların kişisel değerlendirmeleri ile belirlenebilir.³⁵⁶ Bu durum, anayasallık denetimi yapan kurumun hukukilik denetiminden yerindelik denetimine kaymasını kolaylaştırabilir.

2.3.3. Karşılaştırmalı Hukukta Anayasa Değişiklerinin Denetimi

Karşılaştırmalı hukukta, belli başlı demokratik anayasalarda mahkemelere anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluk denetimi yetkisi veren bir örnek mevcut değildir. Hindistan’daki bir örnek-olay dışında böyle bir yetkinin içtihat yoluyla kabul edildiği bir durum da görülmemektedir.³⁵⁷

Örnek olarak Almanya’daki uygulamaya baktığımızda, öncelikle 1949 tarihli Federal Alman Anayasası’nın değiştirilmesi yasak maddelere yer verdiğini görüyoruz. 79. maddesinde, Federasyonun eyaletlere bölünmesine, eyaletlerin yasamaya katılmaları ilkesine, ya da 1. ve 20. maddelerde yazılı esaslara ilişkin bir Anayasa değişikliği yasaklanmaktadır. Değişmezlik kapsamında olan Anayasa’nın 1. maddesinde, “insan onur ve haysiyetinin korunması”, 20. maddesinde ise “Devletin ana ilkeleri ve direnme hakkı”

³⁵⁴ Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorun”, s. 111-112.

³⁵⁵ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, s. 229.

³⁵⁶ Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, s. 231.

³⁵⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 172.

düzenlenmektedir.³⁵⁸ Alman Anayasa Mahkemesi, söz konusu değiştirilemez maddelere dayanarak anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendinde görmektedir.³⁵⁹ Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yetkisi, Alman Anayasası'nın 93. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine dayandırılmaktadır. Bu maddede, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisini tanımlarken “Federal hukuk ya da eyalet hukukunun Anayasaya uygunluğunu denetlemek”ten söz etmektedir. Gerek doktrinde, gerekse Mahkeme içtihatlarında bu denetimin “değiştirilemez hükümlere aykırılık yönünden” Anayasa değişiklikleri hakkındaki yasaları da kapsadığı kabul edilmektedir. Çünkü, anayasa değişikliği ile ilgili yasama işlemleri de “federal hukuk” kapsamında görülmektedir.³⁶⁰

Alman Anayasa Mahkemesi de, 18 Aralık 1953 tarihinde verdiği bir kararda, anayasa normları arasında bir derecelendirmenin varlığını kabul ederek, anayasa değişikliklerinin yüksek bir anayasa normuna aykırılık açısından denetlenebileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, pozitif hukukun üstünde, değişmez ve anayasa koyucuyu da bağlayan ilkelerin olduğunu, anayasa değişikliklerinin bu ilkelere uygunluk yönünden de denetlenebileceğini ileri sürmüştür. Ancak, Mahkeme, uygulamada anayasa değişikliklerini denetleme yoluna gitmemiştir.³⁶¹

2.3.4. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliklerini Denetleme Konusundaki Yaklaşımı

1961 Anayasası, “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” (m.9) hükmünü getirerek, Anayasa'nın 1. maddesindeki devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki düzenlemeyi değişmezlik kapsamına almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 147. madde ise Mahkeme'nin, “kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu” denetleyebileceğini hüküm altına almıştır.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, anayasa değişikliği ile ilgili Meclis düzenlemelerinin de kanun olduğunu kabul etmiş ve Anayasa'nın

³⁵⁸ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s.14, dp. 45.

³⁵⁹ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 126.

³⁶⁰ Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorun”, s. 113-114.

³⁶¹ Mehmet Turhan, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, **AÜHFD**, C. 33/1-4, 1976, s. 75.

değiştirilemez maddesinden yola çıkarak, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin değerlendirmesi şöyledir:

Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. ...Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez. Bu esaslara aykırı olarak çıkartılmış bulunan bir kanunun, Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir.³⁶²

Böylece Anayasa Mahkemesi, Anayasa normları arasında hiyerarşik bir yapı gözeterek, Anayasa değişikliklerinin denetimine ölçü olarak, Anayasanın 1. ve 2. maddeleriyle, 2. maddenin yollama yaptığı Başlangıç kısmındaki temel ilkeleri kullanmıştır.³⁶³ Halbuki, 1961 Anayasasının müzakerelerinde değişmezlik maddesinin kapsamı ile ilgili tartışmalardan, kurucu iradenin cumhuriyeti dar anlamda yorumladığı, cumhuriyetin niteliklerinin değişmezlik kapsamına alınmamasının bilinçli bir tercih olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, 1961 Anayasası'nı hazırlayan Kurucu Meclis'in bazı üyeleri Cumhuriyetin “demokratik” ve “laik” niteliklerinin de değiştirilmezliğinin kabulünü teklif etmişlerdi. Fakat, Kurucu Meclis'te, “Anayasaya bunu koymakla milletin hakimiyet sahasının daraltılmış olacağı; değişmezlik yasağını Cumhuriyet şeklinden başka sahalara teşmil edince bunun sonunun gelmeyeceği; demokrasinin ve laiklik esasının korunmasının başka yollardan sağlanması gerektiği” kabul edilmiştir. (Arsel, a.g.e., s.158.) Nitekim Onar'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, “Gerçekten, eğer kurucu iktidar, “Cumhuriyet”e

³⁶² E.1970/1, K.1970/31, K.T.: 16.6.1970, www.anayasa.gov.tr.

³⁶³ Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, s. 140.

Anayasanın 2.maddesindeki nitelikleri içeren bir anlam verip, bunların da değiştirilmesini yasaklamak isteseydi, bunu açıkça belirtebilirdi”.³⁶⁴

Soysal da, söz konu denetleme yetkisi ile anayasa mahkemesinin, devlet sisteminde kendisine tanınan yetkiyi aştığı ve ulus iradesini aşırı ölçüde sınırladığı kanaatindedir:

Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyor diye, o tutuma aykırı düşen bütün Anayasa değişiklikleri iptal edecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini, kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa, kullanamaz duruma mı gelecektir? Anayasa Mahkemesi üyeleri, “cumhuriyet” sözüne Anayasanın başka ilkelerini ekleyerek o ilkelere de değişmezlik kazandırma yetkisini nereden almaktadır? (...) Anayasa Mahkemesi, çeşitli Anayasa kuralları arasında bağdaşmazlık yarattığını ileri sürerek ya da, aynı anlama gelecek biçimde, bir değişikliğin Anayasadaki temel ilkelere birine aykırı düştüğünü savunarak Anayasa değişikliklerini iptal yetkisine sahip olursa, devlet sistemi içinde kendisine tanınan yeri aşıyor demektir.³⁶⁵

Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası döneminde esas denetimi yapabileceğini kabul ettiği bir diğer kararında ise, anayasa değişikliğinin sınırlarını belirlerken, “çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı”lık gibi hukuki olmayan bir ölçüt kullanmaktadır:

Anayasalar bir devletin dayandığı hukuki yapının belkemiği niteliğindedir. Devletin temel kuruluşlarının düzeni ile o kuruluşlara düşen görev ve kişilerin hak ve ödevleri bu hukuki yapının bütününe oluştururlar. Ancak Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümlere bağlanması düzenin bütününe sarsabilir. Sözgelimi Anayasanın 1. maddesinde yazılı Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmesi Anayasa yapısını temelden yıkar. Bu nedenle 9. maddede bu hükmün değiştirilmesinin teklif olunamayacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler manzumesidir. Şu halde Cumhuriyet Devlet şeklini ortadan silecek veya onu işlemez duruma getirecek olan Anayasa değişikliklerinin yapılamayacağı Anayasamızın gerek açık hükümlerinden, gerek ruh ve felsefesinden çıkmaktadır. Bu temel düşüncenin oluşturduğu sonuç şudur ki; Anayasa’nın Devlet şekli hükmü dışındaki hükümlerinin, hiçbir kayda tabi olmadan, yasama organınca değiştirilebileceği sanılmamalıdır. (...) Anayasa’nın tam bir uyum içinde birbirini tamamlayan genel hükümlerinin, Anayasa değişiklikleriyle sistem ve düzenin bozulması ve çelişkiler içine

³⁶⁴ Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, s. 9-10.

³⁶⁵ Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 219-220.

düşürülmesi bir bütün teşkil eden hukuki yapıyı sarsar ve yıkar.³⁶⁶

Kararda görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi kendisini Anayasa değişikliklerinin “çağdaş uygarlığın gerekleri”ne uygun olup olmadığını denetlemeye yetkili bulmaktaydı. Çünkü, bu durumda anayasal yapının temelinden yıkılması söz konusu olacaktır. Nitekim, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmesi, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı bir değişiklik olarak, anayasal düzeni temelinden sarsabilecek anayasa değişikliklerine bir örnek teşkil etmektedir. Ama, Anayasa’da yapılamayacak değişiklikler bununla sınırlı tutulamazdı. “Çünkü, “Cumhuriyet devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler manzumesi”ydi. Öyleyse, Anayasada bu bütünlüğü bozacak türde değişiklikler yapılamazdı”.³⁶⁷

Yine Mahkeme, daha kuruluşunun ilk yıllarında verdiği bir kararda, kurucu iktidarın yapacağı anayasa değişikliklerinin ancak “Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için” yapılabileceğini savunmaktadır:

Ancak Anayasa’nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz etmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet) etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasa’nın ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155 inci maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa’nın ruhuna uygun değişmelere imkan sağlamak maksadıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile 1961 Anayasa’sının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa’nın devrilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155 inci maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir.³⁶⁸

Kararda, “ileri uygarlık düzeyi”, “Anayasanın ruhu”, “1961 Anayasasının özü” gibi denetimde kullanılabileceği ifade edilen kavramların, hukuki bir değere sahip olup olmadıkları bir yana, çok soyut olduklarında ve içeriklerinin belirlenmesinin tartışmalara yol açacağında kuşku yoktur.³⁶⁹

³⁶⁶ E.1970/41, K.1971/37, K.T.: 13.4.1971, www.anayasa.gov.tr.

³⁶⁷ Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, s. 141.

³⁶⁸ E.1963/173, K.1965/40, K.T.: 26.9.1965, www.anayasa.gov.tr.

³⁶⁹ Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, s. 139.

Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini esaslan denetleme yetkisini kendinde görmesi karşısında, kurucu iktidar, 1971 tarihinde yaptığı anayasa değişikliği ile Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini sadece şekil açısından denetleyebileceğini hüküm altına almıştır. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu şekil görüntüsü altında esaslan denetlemeye devam etmiştir. 1961 Anayasasının 147'inci maddesi "Anayasada belirtilen şekil şartlarına uygunluğunu" denetleme görevini Anayasa Mahkemesine veriyordu. Maddenin metninde geçen "şekil şartları" ifadesinden ne anlaşılması gerekiyordu. Bunun anlamının "yorum" ile tespit edilmesi gerekiyordu. Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi öyle yorumladı ki, Anayasanın 9'uncu maddesinde öngörülen cumhuriyetin değişmezliği kuralı da bu yoruma göre şekil şartı haline geldi. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın değiştirilen 147'inci maddesi karşısında anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetiminin mümkün olmadığını kabul etmekle beraber, değişmezlik ilkesinin amacının sadece Cumhuriyet kelimesi değil, Anayasa'da nitelikleri belirtilmiş Cumhuriyet rejimini korumak olduğu yolundaki eski görüşünü tekrarladıktan sonra, 9'uncu madde hükmünün içeriği bakımından biçime ilişkin iki yönlü bir kuraldan oluştuğunu ileri sürmüştür. Bu iki yön, değişmezlik kuralı ve teklif yasağıdır.³⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'ne göre bu kurallar birer şekil kuralıdır:

Kanun ve o nitelikte bulunan anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. (...) 9'uncu maddede yer alan yasak kuralı bir şekil şartı olduğundan dava konusu olan Anayasa değişikliği, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir.³⁷¹

Görüldüğü gibi, 20 Eylül 1971 Anayasa değişikliğinden sonra da Anayasa Mahkemesi bu değişiklikten önceki içtihadını devam ettirmiştir. Böylece, 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliği etkili olamamıştır. Oysa, kurucu irade, anayasa değişikliklerinin

³⁷⁰ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 173-174.

³⁷¹ E.1973/19, K.1975/87, K.T.: 15.4.1975, www.anayasa.gov.tr.

esas bakımından denetlenmesini açıkça yasaklamıştı. Bu durum, Türk anayasa yargıçlarında, kendilerini, kurucu iktidarın kararlarıyla bağlı hissetmedikleri hissini uyandırmaktadır. Gözler'e göre, Mahkeme'nin bu tavrı, "Türk Anayasa Mahkemesinin, ülkede gerçek tali kurucu iktidar haline geldiği"ni düşündürmektedir.³⁷²

Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini denetlemesine tepki olarak, 1982 Anayasası ile anayasa değişikliklerine yönelik denetim konusunda önemli kısıtlamalar getirilmiştir. 148'inci maddeye göre, Anayasa Mahkemesi, "anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler". 1982 Anayasası ayrıca şekil denetiminin nelerden ibaret olduğunu da açıkça belirtmiştir. Yine aynı maddenin 2'inci fıkrasına göre, anayasa değişikliklerinde şekil denetimi, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı koşulları ile sınırlıdır". Böylece anayasa koyucu, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetiminin anlamı konusunda yaptığı yorumu reddetmiş, şekil denetiminin nelerden oluştuğunu daraltıcı bir şekilde belirtmiştir.³⁷³ Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetimine ilişkin verdiği kararlarda, 2008 yılına kadar anayasanın öngördüğü sınırları ihlal etmemiştir:

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur.³⁷⁴

Ancak, Anayasa Mahkemesi, yükseköğretim kurumlarında türban yasağının kaldırılması amacıyla Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik öngören "9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un iptali için açılan davada, bu düzenlemelerin, "dini siyasete alet etmesi" ve "başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması" nedeniyle, "laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu" tespitini yapmıştır.³⁷⁵ Mahkeme, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren" dava konusu düzenlemeleri, Anayasanın 4. maddesinde ifade edilen

³⁷² Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 231.

³⁷³ Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", s. 233.

³⁷⁴ E.2007/99, K.2007/86, K.T.: 27.11.2007, www.anayasa.gov.tr.

³⁷⁵ E.2008/16, K.2008/116, K.T.: 5.6.2008, www.anayasa.gov.tr.

“değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı” bularak Anayasanın 148. maddesinde öngörülen “teklif koşulunun yerine getirilmediği” yönünden iptal etmiştir. Böylece, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadını tekrarlayarak, 1982 Anayasası’na göre de, anayasa değişikliklerinde şekil denetiminden hareketle esas denetimi yapmaya kendini yetkili bulmuştur.³⁷⁶

Kanaatimizce, Mahkeme, kurucu iktidarın iradesi hilafına anayasa değişikliklerini denetlerken, Cumhuriyet’in niteliklerine hukuki anlamlarının ötesinde siyasi ve ideolojik bir anlam yükleyerek, söz konusu nitelikleri, devletin dokunulmaz temel yapısal ilkeleri veya anayasanın özü olarak kabul etmekte ve böylelikle, söz konusu niteliklerin yer aldığı anayasa normunu diğer normların üzerine yerleştirmektedir. Bu durum, anayasa normları arasında hiyerarşik bir ilişkinin kurulmasına yol açmaktadır. Anayasa normları arasında bu tür bir ilişkinin kurulması ise, yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi, hukuk mantığı ile uyuşur görünmemektedir.

Nitekim, doktrinde ağırlıklı görüş, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan Cumhuriyet’in dar anlamda yani monarşi karşıtlığı veya demokratik cumhuriyet olarak anlaşılması yönündedir.³⁷⁷ Ancak, Tanör ve Yüzbaşıoğlu’nun da ifade ettikleri gibi, Mahkeme, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki Cumhuriyeti, hukuki bir kavram olmaktan ziyade Türk Devrimi ile özdeş görmektedir: “1961 Anayasasının gerekçesinde, Cumhuriyetin “Türk Devriminin hukuki ifadesi” olduğu vurgulanmıştı. Aynı anlayış doğrultusunda Anayasa Mahkemesi de, özellikle “Türban kararı”nda Cumhuriyet kavramını Türk Devrimiyle eşitleyen bir tavır almıştır”.³⁷⁸ Kanaatimizce, Mahkeme, 13.4.1971 tarihli kararında, “Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümlere bağlanması düzenin bütününe sarsabilir” derken de, Cumhuriyeti, çağdaşlık gibi ideolojik okumaya müsait bir sıfatla vasıflandırılan anayasal düzen ile tanımlamaktadır. Bu durumda, Cumhuriyet’in nitelikleri de, ideolojik bir perspektiften yorumlanabilecektir.

³⁷⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 472-473.

³⁷⁷ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 76-77; Sabuncu, a.g.e., s. 64-65, Selçuk Özçelik, **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri** Birinci Cilt, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s.176; Atar, a.g.e., s. 52.

³⁷⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 68.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerini denetlediği söz konusu kararlarına baktığımızda, genel olarak, toplumdaki sosyal, siyasi ve ekonomik ilişkilere bağlı olan anayasa değişikliklerinin salt hukuki bir işlem olmadığı da dikkate alındığında, anayasa değişikliklerine yönelik denetimde de, önemli ölçüde hukuk dışı ölçütlerin etkili olduğunu, yapılan denetimin siyasi bir denetim işlevi gördüğünü söylemek mümkündür.

Doktrinde de, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yolu ile değişmezlik kapsamını genişleterek, anayasa değişikliklerini denetleyebileceği kararı eleştirilirken; millilik, demokratiklik, laiklik, sosyallik, insan haklarına dayanma ve hukuk devleti olma gibi kavramların içeriğinin son derece geniş ve soyut olduğu, bu niteliklerle ilgili olmayan bir anayasa değişikliği düşünmenin hemen hemen imkansız olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, bu kavramlara dayanılarak yapılacak olan anayasa değişikliklerine yönelik denetimin, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının belli bir andaki sübjektif yorum ve takdirinin egemen olması, “hukukilik” denetiminin fiiliyatta bir “yerindelik” denetimine dönüşmesi tehlikesine dikkat çekilmiştir.³⁷⁹

Anayasa değişikliklerinin denetimi, kuvvetler ayrılığında da, bu ilkeyle bağdaşmayacak bir dengesizliğe sebep olabilecektir.³⁸⁰ Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan ilkelerin sağladığı geniş yorum olanağıyla siyasi iktidarın yetkisini adeta “kısmi teknik değişiklikler”le sınırlamış, kendisi de en üstün siyaset belirleyici konuma gelmiş görünmektedir.³⁸¹

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin cumhuriyetin niteliklerine dayanarak yaptığı anayasa değişikliklerinin denetiminde, söz konusu niteliklere liberal demokrasi dünyasındaki özgürlükçü anlamları yerine, özgürlük karşıtı anlamlar verebilmektedir. Uygun'un da ifade ettiği gibi, “Türk Anayasası'nda yer alan değiştirilemez ilkelerin bazıları, başlangıçtan bu yana siyasal tartışmaların konusu olagelmiştir. Özellikle laiklik ve bölünmezlik ilkeleri konusunda siyasal elitler ve toplumun farklı kesimleri arasında ciddi görüş ayrılıkları bulunduğu” görülmektedir.³⁸² Anayasa Mahkemesi de, kurucularının kendisine verdiği kuruluş misyonu doğrultusunda hareket ederek, Cumhuriyet'in

³⁷⁹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 175-176.

³⁸⁰ Eroğul, a.g.e., s. 321.

³⁸¹ Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorun”, s. 118.

³⁸² Oktay Uygun, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 722.

niteliklerini siyasi elitlerin taleplerine uygun yorumladığı söylenebilir.

Mesela, 2008 tarihli anayasa değişiklikleri ile laiklik ilkesinin, hak ve özgürlüklerle daha uyumlu kılınması, hak ve özgürlüklerin alanının genişletilmesi söz konusu iken, Anayasa Mahkemesi söz konusu değişiklikleri laiklik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Hakyemez'e göre de, "İptal edilen Anayasa değişikliğinde laiklik ilkesi değiştirilmemiş; aksine, içerik olarak, insan haklarıyla daha fazla uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır".³⁸³ Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı, hukuk devleti, eşitlik gibi ilkeleri koruma kaygısıyla değil, siyasal elitlerin laiklik anlayışını göz önünde bulundurarak verdiği izlenimi doğmaktadır.

Şüphesiz ki, 1961 ve 1982 Anayasalarının öngördüğü anayasal düzen içinde, anayasanın anlamı konusunda bağlayıcı ve nihai hükmü verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Ancak, Mahkeme'nin, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini, kurucu iktidar ile çatışma içine girerek kendisine tanıma yönünde gösterdiği aktivist tavır, demokratik meşruiyetine önemli ölçüde gölge düşürmüş olabilir. Ayrıca, 2008 tarihli kararında görüldüğü gibi, söz konusu aktivizmin özgürlükçü bir çizgide olmayışı da anayasa yargısının hak temelli meşrulaştırılmasını güçleştirmektedir.

2.4. Atatürk İlke ve İnkıpları

2.4.1. Atatürk İlke ve İnkıplarının Hukuki ve Siyasi Niteliği

Cumhuriyet döneminde, Mustafa Kemal ve arkadaşları, Türkiye'nin geleceğini, "yeni bir ideoloji" ve "yeni semboller" çerçevesinde sosyal ve siyasal yapının dönüştürülmesinde görmüşlerdir.³⁸⁴

Söz konusu yeni ideoloji, radikal bir modernleşme sürecini ifade etmekteydi. Buna göre, Osmanlı dönemindeki modernleşme hareketlerinden farklı olarak Kemalist modernleşme; "modernleşme sürecinin radikalleşmesini, modernleşmenin toplumu

³⁸³ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 78-79.

³⁸⁴ Feroz Ahmad, (Çev.) Yavuz Alogan, **Modern Türkiye'nin Oluşumu**, İstanbul: Sarmal Yayınevi, 1995, s. 84.

dönüştürücü ‘total bir proje’ olarak ele alınışını ve Batı modernitesine ‘içsel’ niteliği içinde, ‘ulus devlet, sanayileşme ve modern-laik ulusal kimlik üçgeni üzerinde yükselecek modern bir ulus kurma’ arayışını simgelemektedir.³⁸⁵ Bir başka yazar da, Kemalist devrimlerin ulaşmak istediği hedefleri; uluslaşma, laikleşme ve bu çerçevede demokratikleşme şeklinde belirtmektedir. Yazar, genel olarak bu hedefleri “çağdaşlaşma” üst başlığı altında toplamaktadır.³⁸⁶

Sonuç itibarıyla Cumhuriyet’in kurucuları için amaç, çağdaş değerler üzerine inşa edilmiş, etnik ve kültürel farklılıklardan arınmış, homojen ulus temelinde bir ulus-devlet inşa etmektir. Dolayısıyla, kurucular için laiklik ve ulusçuluk, birbirleri ile ilişkili ve vazgeçilmez nitelikte olan iki temel ilkedir. Şöyle ki, yeni ulusun kimliği, dini değerler yerine, dünyevi ya da Batılı değerlere dayandırılacaktır. Bunun içinde, geleneksel Osmanlı toplumunda bireyin hayatı ve sosyal ilişkiler üzerinde egemen olan dini değerlerin kamusal alanın dışına çıkarılması gerekiyordu. Diğer bir deyişle, insanın ve toplumun, laisize edilerek sosyo-kültürel yönden değiştirilmesi öngörülüyordu.³⁸⁷ Bireyin ve toplumun devlet eliyle bütüncül değişimini öngören bu tür bir modernleşme politikasının, radikal ve hatta otoriter bir renk taşıması kaçınılmaz bir durum olarak görülebilir.

Karpat, Türkiye’deki modernleşmeye yönelik reform sürecini üç ayrı zaman dilimine ayırarak ele almaktadır. Birinci dönem, 1919-1923 dönemidir. Bu dönemde, yeni kurulan Cumhuriyet rejiminin yönünü belirleyen; saltanatın kaldırılması, Cumhuriyet Halk Fırkası’nın kurulması, Cumhuriyet’in ilanı gibi temel kararlar alınmıştır. Karpat’a göre, laik ve milliyetçi karakterdeki en önemli ve en etkili reformların yürürlüğe konulması 1923-30 dönemine rastlar. Bu reformlardan bazıları Şeriat kanununun yerine İsviçre modeline dayanan modern Medeni Kanun’un alınması, Arap harflerinin bırakılıp Latin harflerine geçilmesi, Batı takviminin kullanılmaya başlanması ve hatta kılık-kıyafet ile ilgili düzenlemeler yapılmasıdır. 1930-45 yılları arasında kapsayan üçüncü dönemde ise, başta laikleşme olmak üzere önceden yapılmış olan reformların sağlamlaştırılması ve güçlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu üçüncü dönemde yapılmış olan reformlar arasında Tarih Kurumu’nun, Dil Kurumu’nun ve Halkevleri’nin kurulması sayılabilir. Karpat’a göre

³⁸⁵ Cevat Okutan, **Cumhuriyetçi Paradigma Paradigmatik Cumhuriyet**, İstanbul: Paradigma Yayınları, 2006, s. 182.

³⁸⁶ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s.326.

³⁸⁷ Bahri Savcı, “Ulusal ve Laik Bir Toplum Kurmaya Yönelmiş Demokrasinin Kuruluşu”, **AÜSBFD**, C. 29/1-2, 1980, s. 26.

bunlar, reformcuların, “İslam kültürünün yerine ulusal Türk kültürünü getirme” çabalarını yansıtmaktadır.³⁸⁸

Fakat, Ahmad’ın da ifade ettiği gibi, modernleşme yolundaki reformlar, toplumda genel olarak kabul görmedi ve toplumun ikiye bölünmesi ile sonuçlandı:

(...) bu yeni Batı kültürü sadece ince bir yıldız olarak kaldı ve toplumu büyük çapta etkilemedi. Aslında yönetenler ile yönetilenler arasında büyük bir uçurum yaratıldı. Yönetilenler, tamamen ayrı bir dünyada yaşadıkları görülen yeni seçkinlerle hiçbir ortak nokta bulamıyorlardı. Bu seçkinler farklı giyiniyor ve anlayamadıkları bir dille konuşuyorlardı. Ve yönetenler gene de halkçı olduklarını iddia ediyorlardı. Bu yabancılaşma, 1930’lar boyunca artarak sürdü ve karizmatik Atatürk’ün ölümüyle birlikte daha da ağırlaştı. Artık iki kültür vardı: Zayıf ama etkin bir azınlığın bürokrasiyle birlikte anılan, Batılılaşmış, laik kültürü ve halk kitlelerinin İslam’la birlikte anılan yerli kültürü.³⁸⁹

Söz konusu bölünme, geniş halk kitlelerinden farklı değerlere sahip yeni bir elit sınıfın doğmasına yol açmış ve söz konusu sınıf kendi değerlerini Atatürk ilke ve inkılapları adı altında kavramsallaştırılmıştır.

“Atatürk İlke ve İnkılapları”nın, kaynağı, hukuki niteliği ve içeriği ile ilgili olarak, Çeçen’in ileri sürdüğü şu görüşler, ülkemizdeki bazı yazarların ortak kanaatlerinin ifadesi olarak görülebilir. Çeçen, Türkiye’de asli kurucu iktidarın, Kemalist kadro olduğunu belirterek, Atatürk ilke ve devrimlerinin, Türk Anayasa hukukunun temel kaynağı ve anayasallık bloğunun bir parçası olduğunu, söz konusu ilke ve inkılapların her zaman dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Hiçbir tali kurucu iktidar ya da siyasi yönetimin bu ilke ve inkılapları değiştirme hakkı bulunmamaktadır.³⁹⁰ Hatta, Çeçen’e göre, devletlerin kuruluş aşamasında ortaya çıkan ve hukuk dışı alandan gelen temel normlar vardır. Devlet örgütlenmesinin özünü oluşturan ve anayasanın üzerinde yer alan bu temel normlar, diğer anayasa maddelerine kaynaklık eder ve yol gösterir. Bütün devlet kurumları ve hukuk kuralları temel normlara uymak zorundadır.³⁹¹ Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti devletinin ve anayasasının temel normları, “asli kurucu iktidarın başı olan

³⁸⁸ Karpat, a.g.e., s. 27-28.

³⁸⁹ Ahmad, a.g.e., s. 133.

³⁹⁰ Anıl Çeçen, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Temel Normu”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 54.

³⁹¹ Çeçen, a.g.e., s. 56.

Atatürk'ün devlet modeli, Atatürk ilke ve devrimleridir".³⁹² Dolayısıyla, Çeçen'e göre, yegane asli kurucu iktidar olan Kemalist kadronun iradesini yansıtan Atatürk ilke ve inkılapları, anayasanın da üzerinde yer alan, değiştirilmesi mümkün olmayan Türkiye Cumhuriyeti'nin temel normlarıdır.

2.4.2. Atatürk İlke ve İnkılaplarına Yönelik Anayasal Düzenlemeler

Atatürk ilkeleri (Cumhuriyetçilik, Laiklik, Milliyetçilik, Halkçılık, Devletçilik, Devrimcilik), 1935 tarihli Kongre'de, Cumhuriyet Halk Fırkası programında yer almış ve 1937 yılında yapılan anayasa değişikliği ile 1924 Anayasası'na dahil edilmiştir. 1961 Anayasası; m.1'de cumhuriyetçilik ilkesini düzenlemiş, m.2'de laiklik ilkesini Cumhuriyetin nitelikleri arasına dahil etmiştir. Ayrıca, m.2'de milli devlet ilkesine vurgu yaparken, Başlangıç kısmında Atatürk milliyetçiliğini tanımlamıştır. 1982 Anayasası da; m.1'de Cumhuriyetçilik, Başlangıç kısmında ve ayrıca m.2'de Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayarak Atatürk milliyetçiliği ve laiklik ilkelerine yer vermiştir. Kısaca, 1961 ve 1982 Anayasaları, cumhuriyetçilik, laiklik, milliyetçilik ilkelerine anayasal değer kazandırmışlardır.

İnkılap kanunlarının bir kısmı da, ilk defa, 1961 Anayasası'nın 153'ncü maddesi ile, "Devrim kanunlarının korunması" kenar başlığı altında, "Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacı güden" kanunlar olarak, anayasal koruma altına alınmıştır:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanun;
3. 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;

³⁹² Çeçen, a.g.e., s. 57-58.

5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6. 1 Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun;

7. 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun;

8. 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

1982 Anayasası da aynı inkılap kanunlarını, 174'ncü maddesi ile “İnkılap kanunlarının korunması” kenar başlığı altında düzenlemiş ve söz konusu kanunları korumayı sürdürmüştür.³⁹³

Her ne kadar, Atatürk ilke ve inkılaplarının tamamı 1961 ve 1982 Anayasaları'nda ismen yer almamışsa da, özellikle Başlangıç kısımlarında söz konusu ilke ve inkılaplara genel olarak atıfta bulunulmuştur. Mesela, 1961 Anayasası'nın başlangıç kısmında, Anayasa'nın, “Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak”, “demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için” kabul edildiği belirtilmektedir. “Atatürk Devrimleri” ifadesinin geniş yorumlanması ile Atatürk döneminin her türlü siyasi, hukuki ve ekonomik kurum ve kurallarının Anayasal değerinde olduğu varsayılabilir.

1982 Anayasası ise, “Atatürk ilke ve inkılapları” ifadesine atıf konusunda çok daha cömert davranmıştır. Nitekim, Anayasa'nın başlangıç kısmında, Anayasa'nın “Atatürk'ün inkılap ve ilkeleri doğrultusunda mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanacağı” ve “hiçbir faaliyetin Atatürk ilke ve inkılapları karşısında korunma göremeyeceği” vurgulanmıştır. Ayrıca, eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda yapılacağı (m.42), gençlerin Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda yetiştirileceği (m.58), milletvekillerinin ve cumhurbaşkanının yeminlerini “Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı kalacağıma” (m.81) (m.103) diyerek yapacakları Anayasa'da hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler karşısında, öğretilde, Atatürk ilke ve inkılaplarının, 1982 Anayasası'nın resmi

³⁹³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 94.

ideolojisi yapılmak istendiği ileri sürülmüştür.³⁹⁴ Nitekim, Turhan'a göre, "1982 Anayasasına devletçi seçkinlerin ideolojisi olan "Atatürkçü düşünce sistemi"de Anayasanın hem başlangıcına hem de çeşitli hükümlerine yerleştirilmiştir. Artık Anayasanın resmi bir ideolojisi vardır. Anayasa Mahkemesinden beklenen de bu ideolojiyi korumaktır".³⁹⁵

Üstelik, Atatürk ilke ve inkılapları kavramı, her iki Anayasa'nın da 2'nci maddeleri uyarınca, "Başlangıçlarda belirtilen temel ilkeler" olarak, "Cumhuriyet'in nitelikleri" arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, her iki Anayasa'ya göre de, Atatürk ilke ve inkılaplarının Anayasa değişikliği ile bile "değiştirilememe ve değiştirilmesi teklif edilememe yasağı" korunması vardır.³⁹⁶

Anayasa Mahkemesi de, Huzur Partisi'nin kapatılma davasında, "Atatürk ilke ve inkılaplarının (...) 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesini oluşturduğunu" vurgulamıştır.³⁹⁷ Çağlar, bu karara dayanarak, Mahkeme'nin resmi bir anayasa ideolojisinin varlığını kabul ettiğini ve bu ideolojiyi, belirlenen siyasi alan dışında kalan partiler için, bir kapatma gerekçesi olarak gördüğünü iddia etmektedir.³⁹⁸

Aynı zamanda, Mahkeme,

Anayasa'nın 174. maddesi kapsamında değinilecek devrim yasaları, Türkiye Cumhuriyeti'nin temelini oluşturan öğelerdendir. Bunlar, lâik devletin sağlıklı ve güçlü yapısını kurmakla kalmamışlar, böylece Dünya uluslar ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak ulusun uygarlık yönünden geleceğini de güvenceye almış, günümüzdeki uygar toplum yaşamını sağlamışlardır. Atatürk ilke ve devrimlerinin böylesine önemli ve vazgeçilmez yeri, ulusal varlığımızın birer parçası olmaları, tarihsel gelişimle özetlenebilir. Ulusa ve ülkeye her yönden kazandırdıkları değerlerle, geleceğe etkileri, onlara saygı ve bağlılığı gerektirmektedir.³⁹⁹

³⁹⁴ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 104.

³⁹⁵ Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", s. 385.

³⁹⁶ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 98.

³⁹⁷ E.1983/2, K.1983/2, K.T.: 25.10.1983, www.anayasa.gov.tr.

³⁹⁸ Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", s. 166.

³⁹⁹ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

diyerek, inkılap kanunlarının devlet ve toplum hayatının temeli olduğunu, onlara saygı ve bağlılık gösterilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yine, Anayasa Mahkemesi, “Belli bir süre geçtikten sonra Atatürk devrimlerinin amaçlarına ulaştığı ve artık yeni bir atılıma gereksinme duyulamayacağını kabul etmeye olanak yoktur. Çünkü, Atatürk devrimleri, çağdaş uygarlık düzeyi doğrultusunda sürekli hareket halindedir ve birbirlerini arı vermeden izlerler”⁴⁰⁰ diyerek, Atatürk devrimlerinin uygarlık için taşıdığı öneme binaen vazgeçilmez olduklarını vurgulamıştır.

Her ne kadar, 1982 Anayasası’nın düzenlemeleri karşısında, gerek doktrinde gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü gibi, Atatürk ilke ve inkılapları; “Anayasa’nın resmi ideolojisi”, “Anayasa’nın temel felsefesi”, “Türkiye Cumhuriyeti’nin temel normları” gibi nitelendirmelerle ifade edilse bile, acaba Anayasa’da yer almayan ilke ve inkılaplar da doğrudan ölçü norm olarak kullanılabilir mi? Bu soruya, aşağıda inkılaplar ve ilkeler ayrı ayrı ele alınarak cevap vermeye çalışılmıştır.

2.4.3. Türk Anayasa Düzeninde Atatürk İnkılaplarının Ölçü Norm Değeri

1961 ve 1982 Anayasalarında yukarıda geçtiği üzere yapılan genel atıflara binaen, Anayasa’da yer almayan Atatürk inkılaplarının da ölçü norm değerinde olduğu düşünülebilir. Fakat, söz konusu ilke ve inkılaplar son derece genel olup, giyim kuşamdan eğitime kadar sosyal ve siyasi hayatın hemen her alanını içine almaktadır. Özellikle, düzenlendikleri zamandan bugüne, aradan geçen uzun bir sürenin ardından, toplumsal gelişmenin gerisinde kalmış ilke ve inkılapların anayasallık bloğuna dahil edilmesi, ülkenin sosyal ve siyasi hayatının dondurulmasına sebep olmaz mı? Diğer taraftan, 1982 Anayasası’nda bazı ilke ve inkılaplar düzenlendiği halde, diğerlerine Anayasa’da yer verilmemiştir. Tali kurucu iktidarın yaptığı bu ayrımı nasıl değerlendirmek gerekir? Tali kurucu iktidar sadece Anayasa’da yer alan ilke ve inkılaplara ölçü norm vasfını kazandırmak istemiş olamaz mı? Atatürk inkılaplarının ölçü norm olarak kabulü cevaplandırılması gereken ciddi soruları da beraberinde getirmektedir.

Öncelikle, 1982 Anayasası’nın 174. maddesinde sayılan inkılap kanunları ile diğerleri arasında hukuki değer açısından bir fark olup olmadığının değerlendirilmesi

⁴⁰⁰ E.1983/2, K.1983/2, K.T.: 25.10.1983, www.anayasa.gov.tr.

gerekmektedir. 1982 Anayasası'nın 174. maddesine göre, "Anayasanın hiçbir hükmü, (...) aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz" diyerek, sadece maddede geçen inkılâp kanunlarının anayasaya aykırılık denetiminden muaf tutulmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, bu maddeye dayanılarak, Anayasa'da ismi geçen inkılâp kanunlarının anayasal değerde olup, anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılacağı düşüncesi anayasanın açık hükmü ile uyumlu görünmemektedir. Bu durumda, kanaatimizce, Anayasa'da yer alan inkılâp kanunları ile diğerlerinin ölçü norm olma noktasında aralarında bir fark olmaması gerekir. Nitekim, Soysal da, 1961 Anayasası'nın 153. maddesinde (1982 Anayasası'nın 174. maddesinde) sayılan Devrim Yasalarının, sanıldığı aksine bir anayasa maddesi haline getirilmediğini belirtmektedir. Bunun anlamı da, Anayasa'da sayılan Devrim Kanunlarına söz konusu maddeye dayanılarak ölçü norm statüsü kazandırılmayacağı olsa gerekir.⁴⁰¹

Inkılâp kanunlarının hukuki değeri konusunda, Türk Anayasa Hukuku doktrinde, Yüzbaşıoğlu'na göre, -1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmındaki "Anayasa'nın Atatürk inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanacağı" ve "Hiçbir düşünce ve mülâhazanın Atatürk ilke ve inkılabları karşısında korunma görmeyeceği" ilkeleri dikkate alındığında- pozitif hukuk açısından, Anayasa'da yer alsın veya almasın bütün inkılâp kanunları anayasal değerde olup, ölçü norm olarak kullanılabilir. Hatta, yazara göre, Kuruluş dönemi diye adlandırılan 1923-1938 yılları arasındaki, hızlı kalkınma ve çağdaşlaşma yolundaki inkılâp kanunlarından başka tasarrufları ve uygulamaları da kapsadığı düşünülebilir. Ancak, Yüzbaşıoğlu'na göre, Anayasa'da yer alan pozitif düzenlemeye rağmen, Anayasa'ya inkılâp kanunları gibi, geniş ve belirsiz bir kapsama sahip bir kavramı dahil ederek anayasada yer almayan inkılâp kanunlarına da anayasal değer vermek anayasa tekniği ile bağdaşmayacaktır. Bu durumda, Anayasa'nın Başlangıcında geçen Atatürk inkılabları kavramının içeriği, m.174'te sayılan inkılâp kanunları ile belirlenmeli ve sınırlandırılmalıdır. Ayrıca, Yazar, "1982 Anayasası'nın yaptığı gibi, Anayasa'daki bütün kuralların yorumunu, bu kadar geniş bir kavramla sınırlamak ve adeta Anayasa'nın tüm kuralları için böylesi genel bir ipotek koymak da, Anayasa kurallarının eşdeğerliği ve Anayasa tekniği ile" bağdaşmayacağı kanaatindedir. Fakat bu durum Yüzbaşıoğlu'na göre, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'da yer almayan

⁴⁰¹ Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 177.

inkılap kanunlarını da kullanarak anayasal değerde ilke oluşturması ve bu ilkeleri ölçü norm olarak kullanmasına engel değildir.⁴⁰² Sonuç itibari ile yazara göre, sadece Anayasa'nın 174. Maddesinde geçen inkılap kanunları doğrudan ölçü norm olarak değer ifade eder. Ancak, Anayasa Mahkemesi, geniş anlamda Atatürk inkılaplarından yola çıkarak, ölçü norm olarak kullanılabilir anayasal değerde ilkelere ulaşabilir.

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre de, inkılap kanunları ölçü norm değerine sahiptir.⁴⁰³ Fakat, yazarlara göre, 1982 Anayasasının Başlangıç bölümünde, bu Anayasanın, “Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda (...) saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanacağını” ve “hiçbir faaliyetin (...) Atatürk (...) ilke ve inkılapları karşısında korunma görmeyeceği” amir hükmünün çok katı yorumlanması halinde, Anayasa ile resmi bir ideoloji benimsenmiş olur ki; bu, cumhuriyetin liberal-demokratik nitelikleriyle bağdaşmayacağı gibi, Atatürk ilkelerinden inkılapçılık ilkesine de ters düşer. Bu durum karşısında, Tanör ve Yüzbaşıoğlu, Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlılığı her bir inkılap kanununun doğrudan ölçü norm olarak kullanılması şeklinde anlamak yerine, Atatürk ilke ve inkılaplarının özünü oluşturan “çağdaşlaşma” idealine bağlılık şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmuşlardır.⁴⁰⁴ Ancak, çağdaşlık gibi belirsiz bir kavram ile Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı denetimin yine de sınırları belirsiz bir hal alacak, yargıçların çağdaşlık hakkındaki keyfi görüşlerine dayanarak denetim yapmalarının önünü açacaktır.

Özbudun ise, Atatürk ilke ve inkılapları deyiminin, Atatürk döneminde gerçekleştirilen tüm devrim hamlelerini içine aldığı kabul edilerek, anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmasını, “Atatürk döneminin şartları içinde oluşturulmuş bazı politikaları, o şartların artık mevcut olmadığı günümüzde de bağlayıcı kabul etmek gibi” olumsuz bir sonuca götüreceği için benimsememektedir. Ayrıca, yazara göre, “Atatürk ilke ve inkılaplarının geniş anlamıyla anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kabul edilmesi, Türkiye Cumhuriyetine, onun liberal-demokratik niteliği ile bağdaşmayacak resmi bir ideoloji verilmesi demektir”.⁴⁰⁵

⁴⁰² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 98.

⁴⁰³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 469.

⁴⁰⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 491.

⁴⁰⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 400.

Gözler ise, 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde ve daha birçok maddesinde (m.42, 58, 81, 134) yer alan "Atatürk ilke ve inkılapları" ifadesinin, bizzat kendisinin ölçü norm olduğunu ve içeriğini de Anayasa Mahkemesi'nin belirleyeceğini savunmaktadır.⁴⁰⁶ Bu durumda da, Anayasa Mahkemesi'nin kanunları denetleme yetkisi sınırsız bir nitelik kazanmaktadır. Diğer taraftan Gözler, bir başka çalışmasında, Atatürk ilkelerinden sadece anayasada bahsedilenler ölçü norm olarak kullanılabileceğini savunmaktadır: "Atatürk ilkelerinden bir kısmı (devletçilik, halkçılık, inkılapçılık) ise 1982 Anayasası tarafından ayrıca ve açıkça bir temel ilke olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bunları ölçü norm olarak kullanamaz".⁴⁰⁷

Anayasa Mahkemesi ise, İnkılap kanunlarını genellikle, doğrudan ölçü norm olarak kullanmamıştır. "Atatürk ilke ve inkılaplarının (...) 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesini oluşturduğunu" ifade eden Mahkeme, başta laiklik ilkesi olmak üzere diğer anayasal düzenlemeleri inkılap kanunları ışığında yorumlamaktadır.

Mesela, Mahkeme, Huzur Partisi'nin kapatılması davasında, ilgili Parti'nin programında yer alan, "Eğitim ve öğretim kurumları ile üniversitelerimizin bazı sosyalist ülkelerdeki gibi lâik olması fikrine inanmıyor ve bunu benimsemiyoruz. Üniversiteler milli karakterin aynası olmalıdırlar. Bu manada din eğitim ve öğretiminin üniversitelere de batıdaki üniversitelere uygun olarak, tatbikine taraftarız" ifadesini, Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen "din ve ahlak eğitim ve öğretimi" hakkındaki anayasa normuna aykırılığını incelemiştir. Mahkeme, Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen "din ve ahlak eğitim ve öğretimi" hakkındaki kuralın, "Atatürk ilke ve inkılaplarıyla daha açık bir anlatımla Türk Devrimleriyle birlikte ele alınıp değerlendirilme(si)" gerektiğini belirtmiştir. Bu değerlendirme sonrasında Mahkeme, Huzur Partisi'nin, din eğitim ve öğretiminin eğitim kurumlarında serbestçe yapılabilmesi talebini, Türk devrimleri ışığı altında yorumladığı 24. maddeye aykırı bulmuştur.⁴⁰⁸ Yine, Mahkeme, 1989 tarihli "Başörtüsü" kararında, "Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir"⁴⁰⁹ derken, din ve vicdan özgürlüğünün teminatı olarak

⁴⁰⁶ Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", s. 88.

⁴⁰⁷ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9. Baskı, Bursa: Ekin Basım, 2010, s. 423.

⁴⁰⁸ E.1983/2, K.1983/2, K.T.: 25.10.1983, www.anayasa.gov.tr

⁴⁰⁹ E.1989/1, K.1989/12, K.T. : 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

görülen laiklik ilkesinin yorumlanmasında, inkılap kanunlarını göz önünde tutmuştur.

Kanaatimizce, Anayasa'nın başlangıç kısmında, Anayasa'nın "Atatürk'ün inkılap ve ilkeleri doğrultusunda mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanacağı" yolundaki ifade, Anayasa'da yer verilmeyen inkılap kanunlarının doğrudan ölçü norm olmasına engel teşkil etmektedir. Çünkü, söz konusu ifade, sadece, Anayasa'nın yorumunda Atatürk ilke ve inkılaplarının göz önünde bulundurulmasını öngörmektedir. Fakat, söz konusu ilke ve inkılaplara dayalı bir yorum metodu da, Atatürk döneminin sosyal ve siyasi şartları içinde meydana getirilmiş politika ve yaklaşımlar vasıtasıyla, Anayasa'nın anlamını günümüz toplumsal yaşamının ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde belirlenebilmesi imkanına engel olabilecektir.

Ayrıca, inkılap kanunlarından yola çıkılarak Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü norm niteliğinde anayasal değerde ilkeler çıkarılması veya inkılapların amacının çağdaşlık olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'nin çağdaşlık üzerinden norm denetimi yapması da, kanaatimizce, Mahkeme'ye kendi öznel değer yargılarına dayalı anayasallık denetimi yapmasını mümkün kılacaktır. Nitekim, Mahkeme, "Başörtüsü" kararında, "Kişi, iç ve dış dünyasıyla, duygu ve düşünceleriyle, beden ve ruh yapısıyla bir bütündür. Giysi, kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanamaz"⁴¹⁰ diyerek, giyim konusunun hedefi çağdaşlık olan Türk devrimleriyle sınırlı olduğunu kabul ederek, başörtüsü ile eğitimin mümkün olmadığı sonucuna varabilmiştir.

Sonuç itibariyle, Atatürk inkılapları veya Türk devrimleri gibi, içeriği belirsiz ve ideolojik bir okumaya müsait ifadelerin Anayasa'da yer almasının, yargısal aktivizmi kolaylaştırdığı, bu ifadeler doğrudan ölçü norm olarak kullanılmasa bile, zaman zaman Anayasa Mahkemesi'nin özgürlük karşıtı yorumlarını meşrulaştırma işlevi gördükleri söylenebilir.

⁴¹⁰ E.1989/1, K.1989/12, K.T. : 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

2.4.4. Atatürk İlkelerinin Ölçü Norm Niteliği Üzerine Genel Bir Değerlendirme

Atatürk ilkelerinden; Cumhuriyetçilik, Laiklik ve Milliyetçilik, 1961 ve 1982 Anayasalarında ayrıca düzenlenmiştir. Buna karşılık, 1961 ve 1982 Anayasalarında; Halkçılık, Devletçilik ve Devrimcilik ilkelerine yer verilmemiştir. Dolayısıyla, ilk üç ilkenin anayasal niteliği konusunda şüphe yokken, 1961 ve 1982 Anayasalarında ayrıca belirtilmemiş diğer üç ilkenin hukuki niteliği tartışma konusu olmuştur.

Daha önce ifade edildiği gibi Gözler, Anayasa’da yer verilmemiş olan Atatürk ilkelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü norm olarak kullanılmayacağını ifade etmiştir.⁴¹¹ Nitekim, Tanör ve Yüzbaşıoğlu da, Anayasa’da yer verilmemiş olan Atatürk İnkılaplarının ölçü norm olarak kullanılmasının yol açabileceği sakıncaların, Anayasa’da düzenlenmemiş ilkeler içinde geçerli olduğunu öngörerek, Anayasa’nın Başlangıç kısmında ifade edilen Atatürk ilkelerine bağlılığın, çağdaşlaşma idealine bağlılık şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmişlerdir.⁴¹²

Özbudun da, Anayasa da yer verilmemiş Atatürk ilkelerinin ölçü norm niteliğine sahip olamayacağını şu şekilde ifade etmektedir: “Atatürk ilkeleri arasında yer alan, fakat ne 1961 ne de 1982 Anayasalarının yer verdiği devletçilik ilkesi, bugün de bağlayıcı sayılmaya devam edecek midir? İnkılapçılık ilkesinin Atatürk dönemindeki anlamıyla, bugün bir demokratik rejim içinde aynen sürdürülmesi mümkün mü?”. Özbudun’a göre bu sorulara verilecek olumlu bir cevap, Türkiye Cumhuriyetine, onun liberal-demokratik niteliği ile bağdaşmayacak bir ideoloji verilmesi demektir.⁴¹³

Anayasa Mahkemesi’nin 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almayan ilkelere halkçılık ilkesini ölçü norm olarak kullandığı bir kararına rastlayamadık.⁴¹⁴ Devrimcilik ilkesini ise, 1961 Anayasası döneminde 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun 3. maddesinin (b) bendi ile ilgili iptali davasında ölçü norm olarak kullanmıştır.⁴¹⁵ Söz konusu düzenlemede, üniversitenin görevleri arasında sayılan, "Öğrencilerini, ... örf ve

⁴¹¹ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 423.

⁴¹² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 491.

⁴¹³ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 400.

⁴¹⁴ Benzer görüş: Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 98.

⁴¹⁵ E.1973/37, K.1975/22, K.T. : 11, 12, 13, 14 ve 25 Şubat 1975, www.anayasa.gov.tr.

adetlerine bağlı, ... yetiştirmek" ifadesinin iptali istenmekteydi. Mahkeme,

Atatürk devrimleri, yurdumuzun sosyal, endüstriyel ve kültürel yönlerden gereksindiği dinamizmin bir sonucu olmuştur ve bu dinamizm Türk toplumunda etkinliğini her zaman koruyacaktır. şu halde Cumhuriyetin geleceğini güvence altına alacak olan genç kuşakları, yüzyıllar öncesi toplum düzeninin gereksindirdiği ve yarattığı örf ve adetlere bağlı tutmak, onları modern Türkiye'nin üniversitelerinde örf ve adet yönteminde ve doğrultusunda yetiştirmek, Atatürk devrimleriyle ve bu devrimlerin temelini oluşturan ilkelerle bağdaştırılmaz.⁴¹⁶

diyerek, üniversitelerde örf ve adetlere bağlı gençlerin yetiştirilmesine yönelik eğitim ilkesini Atatürk devrimleri ile bağdaşmaz bularak, söz konusu ifadenin diğer bazı anayasa maddeleri ile beraber Başlangıç kısmına da aykırı olduğuna hükmetmiştir. Fakat, bu karar haricinde Mahkeme'nin doğrudan Devrimcilik veya İnkılapçılık ilkesini ölçü norm olarak kullandığı başka bir kararına rastlayamadık.

Fakat, Anayasa Mahkemesi, özellikle 1982 Anayasası döneminde verdiği bazı kararlarında Devletçilik ilkesi doğrultusunda kararlar vermiştir.⁴¹⁷

Kanaatimizce; Anayasa'da düzenlenmemiş olan ilkelerin ölçü norm olarak kullanılması, Anayasa'nın ideolojik yorumlanmasına zemin hazırlayabilir. Atatürk döneminin inkılapçılık anlayışının liberal demokrasi ile uyuşamayacağı ortadadır. Sınıfsız bir toplum anlayışının ifadesi olan halkçılık ilkesi de çoğulcu demokrasi ile ters düşecektir. Aynı şekilde, devletçilik ilkesinin kabulü, seçimle belirlenmiş siyasi iktidara belli bir ekonomik politikanın dayatılması anlamına gelecektir. Nitekim, aşağıda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, siyasi iktidarların özelleştirmeye yönelik ekonomik kararlarını denetleyerek konuya ilişkin kanunları iptal ederken devletçi bir anlayışla hareket etmiştir.

Cumhuriyetçilik ilkesine daha önce anayasa değişikliklerinin denetimi bağlamında değinildiği için aşağıda, laiklik ve milliyetçilik ilkeleri ile Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yer bulan devletçilik ilkesi değerlendirilecektir

⁴¹⁶ E.1973/37, K.1975/22, K.T. : 11, 12, 13, 14 ve 25 şubat 1975, www.anayasa.gov.tr.

⁴¹⁷ E.1984/9, K.1985/4, K.T.:18.2.1985, www.anayasa.gov.tr; E:1985/2, K:1985/16, K.T.: 27.9.1985, www.anayasa.gov.tr; E:1985/20, K:1986/30, K.T.: 24.12.1986, www.anayasa.gov.tr; E.1994/49, K.1994/45-1, K.T.: 15.6.1994, www.anayasa.gov.tr.

2.4.5. Laiklik İlkesinin Anlamı ve Ölçü Norm Olarak Uygulanması

2.4.5.1. Laiklik İlkesinin Tanımı ve Özellikleri

Türkçede kullanılan “laiklik” terimi Fransızca laïcité’nin karşılığıdır. Bir de, laïcisme vardır ki, “laikçilik” demektir. Le Petit Robert’e göre laïcité, “sivil toplum ile dinsel topluluğun ayrılığı ilkesi” demektir. Laïcisme ise aynı sözlüğe göre, “kurumlara dinsel olmayan bir nitelik vermeyi amaçlayan doktrin” demektir. Anayasamızda “laikçilik (laïcisme)” kelimesi kullanılmamaktadır.⁴¹⁸

Ülkemizdeki laiklik uygulaması üzerine bir monografi yazan Daver de, laiklik kavramının hukuki, laisizmin ise doktriner olduğunu belirtmektedir. Buna göre, laisizm, laik hareket ve cereyanlara, laik fikir akımlarına bağlılığı ve taraftarlığı gösterir. Laiklik(laïcité) ise daha ziyade hukuki bir kavramdır.

Daver’e göre laiklik; dini ve dünyevi otoritelerin birbirinden ayrılmasını, din işlerinin bireysel bir mesele sayılarak düzenlenmesinin cemaatlere terk edilmesini, devletin dinler karşısında tarafsız kalmasını ve muhtelif din mensupları arasında hiçbir ayırım yapılmamasını, böylece din hürriyetini sağlamasını buna mukabil dini otorite ve inançların da hiçbir şekilde devlet ve dünya işlerine karışmamasını gerektiren bir prensiptir. Bu bağlamda, laiklik, dinlerin yerini alacak, yeni bir dogmalar sistemi olmamalıdır. Zaten, “Layik devletin resmi bir dini olmadığı gibi, benimseyeceği, yayacağı felsefi bir akidesi de yoktur”.⁴¹⁹ Sabuncu da, laikliği, kısaca “din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması ve bu yolla din ve vicdan özgürlüğünün sağlanması olarak” tarif etmektedir.⁴²⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu da, laikliğin, iki boyutu olduğunu belirtmektedir: Devletin ve hukukun dinden ayrılığı ve buna eklenen ikinci boyut, inanç ve din özgürlüklerinin (inanmama ve ibadet etmeme özgürlükleri dahil) güvence altında olmasıdır.⁴²¹

Yukarıdaki tanımlarda ortak olan hususlar, din ve devletin kurumsal ayrılığı ile din ve vicdan özgürlüğünün güvence altına alınmasıdır. Bu durumda, laikliği, kendi başına bir

⁴¹⁸ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 64.

⁴¹⁹ Bülent Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, Ankara: AÜSBFY, 1955, s. 4-8.

⁴²⁰ Sabuncu, a.g.e., s. 80.

⁴²¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 85.

amaç-değer değil, toplumdaki özgürlük ve barış değerlerinin gerçekleşmesini sağlayacak bir araç değer olarak kabul edebiliriz. Erdoğan'ın ifade ettiği gibi, laikliği, “bağımsız bir ilke olarak değil de –hukuk devleti, insan hakları, demokrasi gibi- diğer siyasal-hukuki düzenlemelerle bir arada değerlendirmek gerekir”.⁴²² Nitekim, laiklik ilkesi yürürlükte olduğu halde liberal demokrasiyi benimsememiş ülkelerin varlığı, laiklik ilkesinin başlı başına bir amaç olmadığını göstermektedir.⁴²³

Kısaca, laiklik ilkesi, siyasetin dünyevileşmesi, din ve devlet işlerinin ayrılması ve böylece insanların din ve inanç farklılıklarından dolayı baskıya maruz kalmadan, barış içinde bir arada yaşamasına imkan sağlayan bir araç değer olarak ifade edilebilir.

Laiklik ilkesi gereği din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmış sayılması için öncelikle devletin resmi bir dini olmamalıdır. Bu bağlamda devlet belli bir dine üstünlük tanımamalı, belli bir dinin kurallarını bireylere benimsetmek için faaliyette bulunmamalıdır. Bunun doğal sonucu olarak, devletin resmi eğitim kurumlarında bir dinin esasları ya da belli bir yorumu zorunlu ders şeklinde okutulması laiklik ilkesi ile uyuşmayacaktır.⁴²⁴ Diğer taraftan laik bir devlette din ve devlet kurumsal olarak da ayrılmış olmalıdır. Devlet ve dinin birbirlerine karşı bağımsız olmaları sağlanmalıdır. Hem devletin kendi içinde din örgütü kurması, hem de inanç mensuplarının devlet dışında örgütlenmesine engel olunması laiklik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Laik bir devlette, devletin dinin baskısından uzak tutulması kadar, dinin de siyasi müdahalelerden uzak bir şekilde kendi bağımsız kimliğini muhafaza edebilmesi sağlanmalıdır.⁴²⁵

Bir araç değer olarak kabul ettiğimiz laiklik ilkesi ile güvence altına alınan din özgürlüğü bazı unsurlardan oluşmaktadır. Her şeyden önce, herkes hem istediği inanç sistemine mensup olmakta hem de herhangi bir şeye inanmamakta serbest olmalıdır (inanç özgürlüğü). İkinci olarak, inancın gereklerinin serbestçe yerine getirilmesi güvence altına alınmış olmalıdır (ibadet ve ayin özgürlüğü). Üçüncü olarak, kişiler inançlarının gereklerini serbestçe öğrenebilmelidir (dini eğitim özgürlüğü). Dördüncü olarak, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kimse kamu önünde ayrımcı muameleye tabi tutulmamalı, dindar

⁴²² Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 274.

⁴²³ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 85.

⁴²⁴ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 82-83.

⁴²⁵ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Orion Yayınları, 2011, s. 248.

olduğu veya olmadığı için hiç kimsenin diğer sivil ve siyasi özgürlükleri baskı altına alınmamalıdır. Bu bağlamda, dini cemiyet kurma, dini yayında bulunma gibi hakların da sağlanması gerekir.⁴²⁶

Batıda, laiklik ilkesinin gelişimi ile milliyet olgusunun yükselişi paralellik arz etmektedir. Şöyle ki, onsekizinci asırda milliyetçilik akımlarının yaygınlaşması ile toplum hayatında milli unsurlar ön plana çıkmış, milli teşekküllerin (hukuk, ekonomi vb.) kuruluşunda dinlerin etkisi ve önemi azalmıştır. Milli devletlerin kurulması ile dünyevi iktidarın kaynağının ilahi değil, doğrudan halkın iradesi olduğu varsayılmıştır. Egemenlik tamamen laikleşmiştir. Vatandaşlık için dini aidiyet belirleyici olmaktan çıkmış, farklı inançlara mensup bireyler ortak bir vatandaşlık statüsüne kavuşmuştur. Bu gelişmelerin neticesinde modern devlet kavrayışı şekillenmiş ve devletin vatandaşların dini selametleriyle değil, sadece bu dünyadaki maddi ihtiyaçları ile meşgul olan bir müessese olduğu hakkındaki düşünce tatbikat sahnesine çıkmıştır. Yani din bir kamu hizmeti sayılmamıştır. Bunun tabii neticesi, yavaş yavaş kiliselerin devletten ayrılmaları olmuştur.⁴²⁷

Bu çerçevede, Batı toplumlarında laiklik ilkesinin gelişimi iki farklı şekilde gerçekleşmiştir: Laikleş(tir)me ve sekülerleşme. Laikleş(tir)me yöntemi esas olarak Fransa örneğinde görülür. Bu yöntemde süreç; “Jakoben, devrimci, seçkinci, köktenci(radikal) ve cumhuriyetçi usullerle yürütüldü”. Dini kurumlar uzun süre siyasi iktidarın vesayeti altında tutulmuştur. Ancak, 1905 tarihli Ayrılık Yasası ile devlet ve din işlerinde karşılıklı karışmazlık esası benimsendi, devlet din işlerine karışmaktan büyük ölçüde vazgeçti.⁴²⁸ Sekülerleşme ise daha anlaşmalı, uzlaşmacı ve barışçı bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulusal kiliseler doğumlarından itibaren özerk sayıldı. “Dünya güçleri ve devlet, bunlarla ilgili olarak devrimci değil evrimci ve reformist, dayatmacı değil anlaşmalı bir yöntem tutturdu. Böylece, karşılıklı karışmazlık ve özerklik ilkesi öne çıktı”.⁴²⁹ Batı ülkelerinin çoğunda sekülerleşme yöntemi uygulandığı halde, Türkiye’deki laikleşme sürecinin, laikleştirme şeklinde gerçekleştiğini söyleyebiliriz.

⁴²⁶ Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, s. 172.

⁴²⁷ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 19.

⁴²⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 83.

⁴²⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 83.

2.4.5.2. Türkiye’de Laiklik İlkesinin Modernleştirme Projesi Bağlamında Gelişimi

Türkiye’nin laikleşme süreci, batıda olduğu gibi, uzun asırlar boyunca süren, evrimci bir tarihi tekamülün ürünü olmaktan ziyade Cumhuriyet devrinde gerçekleştirilen bir seri inkılapların ürünüdür.⁴³⁰

Ancak Osmanlı döneminde de laiklik yönünde bazı gelişmeler yaşanmıştır. Tanzimat Fermanı ile “yeni kanunların” vaz olunacağı beyan edilmişti. Nitekim, çoğu hükmü Fransız Ticaret Kanunundan alınan 18 Ramazan 1266 tarihli Kanunname-i Ticaret’in kabulü ve 6 Rebiülevvel 1280 tarihli Ticareti Bahriye Kanunnamesinin iktisabı ile şeriat dışı yabancı kaynaklara müracaat edilmiştir. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas tutularak hazırlanan 9 Ağustos 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunun kabul edilmiş, kanunun uygulaması nizami mahkemelere bırakılmıştır. Mecelle’nin tedvin edilerek bir kanun haline getirilmesiyle fikh şeklen olsun dinden ayrılıp Devletleştirmiş ve laik bir hüviyete sahip kılınmıştır. Yine, Tanzimat döneminde kabul edilen kanunların tatbiki için şer’i mahkemelerin yanı başında nizamiye mahkemeleri kurulmuştur. Ayrıca, 1839 Gülhane Hattı Hümayunu ve 1856 Islahat Fermanı ile muhtelif din ve mezhep mensuplarının eşitliği teyit edilmiştir. Bu bağlamda, Islahat Fermanı ile Hristiyanlarla Müslümanlar arasında memuriyetlere kabul hususunda tam bir eşitlik getirilmiştir.⁴³¹ İkinci Meşrutiyet döneminde de, Şer’iye mahkemelerinin Babı Meşihattan alınarak Adliye Nezaretine ve medreselerin Evkafa bağlanması, dini hukuk esaslarından bir nebze ayrılmak anlamına gelen “Hukuku Aile Kararnamesi”nin kabul edilmesi gibi hareketler laikleşme yönünde atılan bazı adımlardır.⁴³²

Sonuçta, Osmanlı döneminde laiklik yönünde atılan adımlarla Cumhuriyet dönemindeki laikleşme gelişimi arasında tam bir süreklilik olamamakla beraber, bu dönemde laiklik yönünde atılan adımların Cumhuriyet dönemindeki gelişmeleri kolaylaştırıcı etkilere sahip olduğunu söyleyebiliriz.⁴³³

⁴³⁰ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 2.

⁴³¹ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 30-39.

⁴³² Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 51-52.

⁴³³ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 52-53.

Cumhuriyet dönemindeki laikleşmeye yönelik adımlar, yukarıda ifade edilen laik(leş)tirme yöntemi ile radikal ve devrimci bir şekilde atılmıştır. Laiklik ile ilgili düzenlemeler, devletin yapısı, hukuk, eğitim ve sosyal kurumlara yönelik olarak dört alanda gerçekleştirilmiştir.⁴³⁴

Devletin laikleşmesiyle ilgili olarak; 1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu ile hakimiyet kayıtsız şartsız millete verilmiş, 1922 yılında saltanat ilga edilmiş, 1923'te Cumhuriyet ilan edilmiş ve 1924 yılında Şeriye ve Evkaf Vekaleti lağv edilirken, Hilafet kaldırılmıştır. 1928 Anayasa tadili ile de laiklik ilkesi resmen kabul edilmiştir. Hukuk alanında ise özellikle Avrupa'dan kanunların iktibası yoluna gidilerek, Türk hukuk sisteminin laikleşmesi sağlanmıştır. Eğitim alanında 1924 yılında kabul edilen Tevhidi Tedrisat Kanunu ile öğretim birleştirildiği gibi medreseler kaldırılmıştır. Devlet, hukuk ve öğretim dışında kalan birçok sosyal kurumları da laikleştirme ameliyesine tabi tutmuştur. Daver'e göre, "Takvimin, kıyafetin, hafta tatilinin, alfabenin dini endişelerden ve kayıtlardan uzak olarak sırf dünyevi bir görüşle yeni esaslara göre düzenlenmesi Türk Kanun Vazının layiklik hareketine çok zengin ve engin bir mana verdiğini göstermektedir".⁴³⁵

Fakat, Daver'in de ifade ettiği gibi, Türk inkılabının öngördüğü laiklik anlayışı, batıda olduğu gibi din ve devletin karşılıklı bağımsızlığı şeklinde değildir. Türkiye'de kendine özgü, devletin dinden bağımsız olduğu ama dinin devlete bağlı olduğu yarı laik bir devlet anlayışı öngörülmüştür.⁴³⁶

Türkiye'ye özgü laiklik anlayışının gerekçesi olarak, İslam ülkelerinde din ve devletin başından beri gerek teşkilat yapısı gerekse işlevsel açıdan iç içe geçmiş olmaları ve ayrıca Osmanlı toplumunda batıdaki gibi Rönesans, reform hareketleri ve aydınlanma döneminin yaşanmamış olması gösterilmektedir.⁴³⁷

Bu düşünceye göre, Batıda laiklik; bir taraftan Hristiyanlık inancının din ve devletin birbirinden ayrılmasına imkan sağlayan inanç sistemine diğer taraftan da Rönesans, reform hareketleri ve aydınlanma döneminin yarattığı toplumsal şartlara

⁴³⁴ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 52-53.

⁴³⁵ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 53.

⁴³⁶ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 87.

⁴³⁷ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 170.

dayanmaktadır. Bu durumda, Batı tipi bir laiklik uygulaması için siyasi ve hukuki alanda din-devlet ayrılığını sağlamak yeterli görülmemiştir. Ayrıca, Batıdaki toplumsal şartları oluşturmak amacıyla, “pozitif bilimi yani insan aklını, bilimi, gözlemi esas alan; toplumun başta hukuk düzeni olmak üzere, sosyal, siyasi ve ekonomik yönlerini de kapsayan bir seri inkılaplar yapılmıştır”.⁴³⁸ Söz konusu inkılapların amacı, dini kamu yaşamından uzaklaştırıp vicdanlara iterek, kişilerin iç dünyalarından dışarıya taşmayan bir inançlar bütünü haline getirmektir.⁴³⁹ 1937 yılında Dahiliye Vekili Şükrü Kaya’nın laiklik ile ilgili açıklaması da bu doğrultudadır: “Biz diyoruz ki dinler camilerde ve mabetlerde bulunsun maddi hayat ve dünya içine çıkmasın ve çıkarmıyoruz çıkarmayacağız”.⁴⁴⁰ Bu sayede devlet yapısının laikleştirilmesi yanında, bu yapıya dayanak olacak olan toplumun yapısı da laikleştirilmiş olacaktır.⁴⁴¹

Bu durumda, laiklik hususunda, batıdakinden farklı bir yöntem izlenmesi ve farklı bir laiklik anlayışına ulaşılması kaçınılmazdır:

Şunu unutmamak gerekir ki, Türkiye için laiklik, sadece din ve vicdan özgürlüğü ile din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasından ibaret değildir. Bunlarla birlikte ve asıl önemlisi bunların alt zemini olarak Türkiye’de laiklik, Atatürk ilke ve inkılaplarıyla ve onların sentezinden oluşan Atatürkçü kültürle, toplumun laikleşmesine, çağdaşlaşmasına doğru bir süreçtir. Bunun içindir ki, laikliğin tanımını bir Anayasa ya da kanun maddesi haline getirmek hukuken olanaksızdır. Çünkü, çağdaşlaşma zamanla değişen bir kavramdır.⁴⁴²

Dolayısıyla, Yüzbaşıoğlu’na göre, Türkiye için laiklik hukuki bir ifade olmanın ötesinde, Atatürkçü bir düşünce çizgisinde çağdaşlaşmanın karşılığıdır.

Türk tipi laiklik anlayışını daha genel bir bağlama oturtan Erdoğan, az gelişmiş ülkelerin pozitivist aydınlanma anlayışının etkisi altındaki iktidar seçkinlerinin, toplumsal geriliğin sebebi olarak dini gördükleri için, din ve vicdan özgürlüğüne kuşkuyla baktıklarını, din ve vicdan özgürlüğünü “dinden özgürleşme” şeklinde anladıklarını belirtmektedir.⁴⁴³ Okutan da, Cumhuriyet ve laiklik ilkesinin pozitivist bir bakışla

⁴³⁸ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 170.

⁴³⁹ Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 171.

⁴⁴⁰ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 88.

⁴⁴¹ Savcı, “Ulusal ve Laik Bir Toplum Kurmaya Yönelmiş Demokrasinin Kuruluşu”, s. 31.

⁴⁴² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 173.

⁴⁴³ Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, s. 146.

okunmasının ve sonrasında da laiklik ilkesinin bir “amaç” olarak görülmesinin, dinin bilim adına afroz edilerek, siyasal ve toplumsal yaşamdan dışlanmasına yol açtığını belirtmektedir.⁴⁴⁴ Köker de, benzer şekilde, Kemalist laiklik anlayışı ile bilimin dinin yerine ikame edilmek istendiğini savunmaktadır: “Kemalizm’in çağdaşlık anlayışı da temelde “hayatta en hakiki mürşit ilimdir” düsturuna dayandırılmış; laiklik de, bu çerçevede, İslami inanç sisteminin yerine bilimsel inanç ve örgütlenme sisteminin geçirilmesi anlamını kazanmıştır”.⁴⁴⁵

Nitekim, 1927 tarihli Cumhuriyet Halk Fırkası Nizamnamesi’nin 3. maddesindeki laiklik tanımı pozitivist anlayışın izlerini taşımaktadır: “Fırka; itikadat ve vicdaniyatı siyasetten (...) kurtararak milletin, siyasi, içtimai, iktisadi bilcümle kavanin, teşkilat ve ihtiyacatını müsbet ve tecrübevi ilim ve fenlerin muasır medeniyete bahş ve temin ettiği esas ve eşkale tevfikân tahakkuk ettirmeği, (...) en mühim essalarından addeyler”.⁴⁴⁶ Yani, bilim, devlet ve toplum yaşamında egemen kılınacaktır.⁴⁴⁷

Kanaatimizce de, pozitivist laiklik anlayışı din karşısında ikili bir tavır takınarak, resmi düzeyde İslamı pozitivist bir yoruma tabi tutarak laikleştirirken, heterodoks dini yorumlara müsamaha göstermemiştir.⁴⁴⁸ Nitekim, 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun ile tarikatlar yasaklanırken, evrensel laiklik anlayışına aykırı olarak, din hizmetlerini yürütmek üzere, devlete bağlı ve genel idare içinde Diyanet İşleri Başkanlığının kurulması, Türkiye’deki laiklik anlayışı ile tutarlı bir uygulama gibi görünmektedir. Bu sayede, iktidar elitlerinin pozitivist yaklaşımları çerçevesinde İslamın yeni bir yorumunun topluma benimsetilmesi ya da en azından dinin kontrol altına alınarak kamu hayatından uzaklaştırılması hedeflenmiş olabilir. Gözübüyük de Diyanet İşleri Başkanlığının, laikleştirmeyi kolaylaştırdığını ve dinin amacı dışında kullanılmasının önlenmesinde yararlı olduğunu belirtmektedir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Okutan, a.g.e., s. 190.

⁴⁴⁵ Levent Köker, **Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi**, 11. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2009, s. 168.

⁴⁴⁶ Levent Köker, **Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi**, s. 165.

⁴⁴⁷ Suna Kili, **Atatürk Devrimi-Bir Çağdaşlaşma Modeli**, 11. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2008, s. 216.

⁴⁴⁸ Taner Timur, **Türk Devrimi ve Sonrası**, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2008, s. 127.

⁴⁴⁹ Gözübüyük, a.g.e., s. 156.

Laiklik ilkesinin, evrensel uygulamasına ters olarak, Türkiye’de din özgürlüğü ile uyuşamamasının bir diğer sebebi de, İslam dini ile ulus-devlet ilkesi arasındaki uyumsuzluk olabilir. Çünkü, İslam dini, inananlarına verdiği ulus-ötesi kimlikle, temel yönelim olan üniter-ulus devlet özlemi ile bağdaşmazlık içindeydi. Bu durumda, Okutan’ın ifadesi ile “dini, tamamen dışlamak yerine, onu aklileştirip devletin denetimi altına almak ve ulusallaştırmak gerekmektedir”.⁴⁵⁰

Gerçi, Kurtuluş Savaşı yıllarında, ulus kavramı, dine dayalı olarak tanımlanmaktaydı. Nitekim Mustafa Kemal, I. Meclis’te yaptığı konuşmada, Musul, Süleymaniye ve Kerkük’ün hedeflerindeki milli hudutlar içinde kaldığını ifade ettikten sonra, “İşte hududu milliyemiz budur dedik! Halbuki Kerkük şimalinde Türk olduğu gibi Kürd de vardır. Biz onları tefrik etmedik. Binaenaleyh muhafaza ve müdafaasile iştilal ettiğimiz millet bittabi bir unsurdan ibaret değildir. Muhtelif anasırı İslamiyeden mürekkebtir”⁴⁵¹ diyerek, din eksenli bir ulus anlayışını ifade etmiştir.

Dine dayalı millet anlayışı Kurtuluş Savaşı yıllarında işlevseldi. Çünkü, bağımsızlık savaşını farklı etnik kökenden insanları bir arada tutarak başarıyla sonuçlandırmada din önemli bir motivasyon kaynağı idi. Nitekim Karpat da, Lozan Antlaşmasına kadar, milliyetçiliğin bağımsızlık amacını yansıttığını ancak daha sonra yeni bir ulusal kimlik tanımlamasına gidildiğini ifade etmektedir. “Artık yeni dönemde, din ile tanımlanan milletin yerini, laiklik ilkesine dayanarak, din dışı öğelere dayanan millet anlayışı almıştır”.⁴⁵²

Nitekim, Cumhuriyet Halk Fırkası’nın 1931 Programı’nda “Türk içtimai heyetinin hususi seciyelerini ve başlı başına müstakil hüviyetini mahfuz tutmayı esas sayar” denilmiş, ancak bu “hususî seciyeler”den neyin kastedildiği, 1935 Programı’nda şu şekilde vurgulanmıştır: “ulus; dil, kültür ve ülkü birliği ile birbirine bağlı yurddaşlardan meydana gelen siyasal ve sosyal bir bütündür”. Burada dikkati çeken nokta, dil, kültür ve ülkü birliği terimleriyle tanımlanan millet(ulus) kavramında, özellikle kültür terimi içinde

⁴⁵⁰ Okutan, a.g.e., s. 192-193.

⁴⁵¹ Köker, **Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi**, s. 151 (Birinci TBMM’de Mustafa Kemal’in konuşmasından).

⁴⁵² Karpat, a.g.e., s. 58.

düşünülebilecek olan din ögesinin açıkça dışlanmış olmasıdır.⁴⁵³

Toplumun laikleştirilmesi bağlamında dinin toplumsal görünümüne karşı girişilen çabalar, ister istemez, Türk laikliğinin geniş halk kitleleri tarafından benimsenememesi ve laikliğin halk-seçkin aydın ayrımlaşmasını körükleyen bir unsura dönüşmesine sebep olmuştur. Nitekim, Tunçay, bu gelişmeyi şu şekilde açıklamaktadır:

(...) biçim bakımından, Cumhuriyet Laikliğinin avam-havas ya da sıradan halk-seçkin aydın yabancılaşmasını körükleyen en önemli etmenlerden biri olduğu söylenebilir. (...) Kemalist aydınlar, (...) kendilerini halk yığınlarından ayrı ve üstün tutma isteklerini dinle ilgili tavırlarında da ortaya koymuşlardır. Jakobence bir görünüş altında, gerçekleri ve doğruları bilen ve içlerinde, bunları yığınlara zorlamayla da olsa kabul ettirme görev duygusunu (misyonunu) taşıyan aydınlar için, laiklik, halktan ayrımlanmanın bir yolu ya da aracı olmuştur.⁴⁵⁴

Söz konusu laiklik anlayışı, bir taraftan seçkin bir düzen için temel oluştururken, diğer taraftan başlangıçta demokrasi ile eş anlamlı kullanılan halkçılık ilkesinin anlamının değişmesine yol açmıştır. Şöyle ki, Kurtuluş Savaşı yıllarında halkçılık halkın yönetimi olarak anlaşılmaktaydı. Ancak, Karpat'ın da ifade ettiği gibi, sadece, entelektüel eğitim almış ve kendi geleneklerine yabancılaşmış olan seçkinlerin Avrupa uygarlığını özümseyerek siyasi karar alma süreçlerine etkin olarak katılımı mümkündü. Bu durumda, halkçılık, “halkın ve kültürünün yönetimi olarak değil, halk için yönetim olarak ifade edilmeye başlamıştı”.⁴⁵⁵ Nitekim Tunçay'a göre de, “Mustafa Kemal Paşa ve çevresinin kafalarındaki çağdaşlaşma modeli, amaçladıkları şeyler ve amaçlarına erişmenin biçimi yönünden, laikliğe demokrasiden daha büyük bir yer vermekteydi”.⁴⁵⁶

Böylece, dünya işlerini de ayrıntılı olarak düzenleyen İslamı yalnız devlet katından değil, toplumsal ilişkiler alanından da uzaklaştırıp vicdanlara ve bireyselliğe indirgemeyi amaçlayan Kemalist Devrim ve laiklik anlayışı, “militan” bir karakter kazanmıştır. “Din-devlet mutlak ayrılığı ve karşılıklı özerklik yerine, devletin din işlerini denetlemesi ve yönlendirmesi durumu ortaya çıkmıştır”.⁴⁵⁷ Nitekim, Mahmut Esat Bey'in şu açıklaması,

⁴⁵³ Köker, **Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi**, s. 152.

⁴⁵⁴ Tunçay, a.g.e., s. 217.

⁴⁵⁵ Karpat, a.g.e., s. 39-40.

⁴⁵⁶ Tunçay, a.g.e., s. 72.

⁴⁵⁷ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 390.

Kemalist kadronun otoriter laiklik anlayışını yansıtmaktadır: “Hürriyetin nasibi irticanın elinde oyuncak olmak demek değildir. Birtakım maddi ve manevi manası olmayan kanuni şekilleri ileri sürerek Türk milletinin medeni sahada ilerlemesini feda edemeyiz. Türk memleketi ve Türk milletinin menfaatleri manasız ve bisud(faydasız) kanuni şekillerin çok üstündedir.”⁴⁵⁸

Sonuçta, pozitivist düşünceye dayanan modernleşme ve ulusal kimlik oluşturmının bir aracı olarak Türk tipi laiklik, özgürlüklerin güvencesi olmak yerine, başta siyasi olmak üzere hak ve özgürlükleri sınırlayan bir ideolojiye dönüşmüştür. Nitekim, Karpat’a göre, tek parti döneminde, ne zaman gerçek veya hayal ürünü bir tehdit söz konusu olsa, rejimin savunulması için laiklik ilkesi gündeme getirilmiş, bu ilkeye dayanılarak, siyaset alanı rejim karşıtlarına kapatılmış ve tek parti yönetimi devam ettirilmiştir.⁴⁵⁹ Tanör’ün 27 Mayıs İhtilali ile ilgili yorumu da, Karpat’ın tesbitini doğrulamaktadır. “Çok partili hayatla birlikte din yeniden toplumsal ve siyasal mekana geri döndü ve bu arada sömürü aracı da yapıldı. 27 Mayıs Hareketinin temelinde devrimlerin ve laikliğin geleceği konusunda duyulan tedirginliğin rolü büyüktür”.⁴⁶⁰ Demokrat Partinin kapatılma gerekçeleri arasında “dini siyasete alet etme” suçlaması da yer almıştır.⁴⁶¹

2.4.5.3. Laiklik İlkesinin Ölçü Norm Olarak Uygulanması

Kuruluş döneminin, çağdaşlaşma ile özdeşleştirilen, pozitivist ve dayatmacı laiklik anlayışı çok partili dönemde de varlığını devam ettirmiştir. Yine, iktidar elitlerinin temel değeri olarak kabul edilmiş, 1961 ve 1982 Anayasa dönemlerinde, gerek anayasa hükümleri gerekse yasalarla özel olarak koruma altına alınmıştır.

Nitekim, 1982 Anayasası’nda, laiklik ile ilgili çok sayıda düzenleme mevcuttur. (Başlangıç kısmı, m.2, m.14/1, m.24/son, m.42/3, m.68/4, m.69/5, m.174). Diğer taraftan, laikliği düzenleyen ve koruyan anayasa hükümlerinin yasalarda da çok sayıda karşılıkları vardır. (eski TCK, Siyasi Partiler Kanunu, milli eğitim yasaları vb.). Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na göre, “Bu açılardan Türk pozitif hukuku herhalde eşi bulunmayan bir

⁴⁵⁸ Taha Akyol, *Atatürk’ün İhtilal Hukuku*, İstanbul: Doğan Kitap, 2012, s. 509.

⁴⁵⁹ Karpat, a.g.e., s. 58.

⁴⁶⁰ Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 390.

⁴⁶¹ Daver, “Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay”, s. 109.

duyarlılıklar bütünüdür. Bunun da nedeni, laikliğin Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ve varlık felsefesinin temel taşlarından birini oluşturmasıdır".⁴⁶²

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, iktidar elitlerinin laiklik konusundaki hassasiyetine paralel bir tutum sergilemiştir. 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda;

1961 Anayasasıyla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu esasların Anayasa'da yer alması, az önce açıklanan, ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğunu, Anayasa'da benimsenmiş lâiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana ereğin Anayasa'da öngörülen birçok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatır.⁴⁶³

Mahkeme bu kararında, laiklik ilkesinin çağdaşlaşma hedefinin gereklerine uygun yorumlanacağını, çağdaşlaşma hedefinin Anayasa'da içkin olan bütün ilkelere egemen olduğunu ve çağdaşlaşma amacına aykırı bir hak ve özgürlüğün söz konusu olamayacağını iddia etmektedir. Bu tutumuyla Mahkeme, kuruluş döneminin katı laiklik anlayışını bağlı olduğunu göstermektedir.

Halbuki Öktem'in de ifade ettiği gibi, yargı organları din-devlet ilişkilerine ve laikliğe, toplumsal hareketlilik içinde değişen şartları dikkate alarak yeni yorumlar getirebilmelidir. Özellikle, insan haklarının koruyucu olarak kabul edilen Anayasa Mahkemesi'nin, anayasal ilke ve kavramların içeriğini değişen toplumsal şartları da dikkate alarak daha özgürlükçü bir şekilde belirleyeceği umulurdu.⁴⁶⁴ Fakat, Anayasa Mahkemesi, 1989 tarihli ünlü "türban" kararında laikliği daha da coşkulu bir dille ve adeta mutlakçı bir ideoloji olarak tanımlamıştır. Bu ideolojik okumada, Mahkeme, hukukun ötesinde, sosyolojik ve tarihi verilerden normatif sonuçlar çıkarmak suretiyle laikliğin kapsamını ve anlamını belirlemede, özgürlükler aleyhine genişletici yorumlar yapmıştır.

⁴⁶² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 87.

⁴⁶³ E.1970/53, K.1971/76, K.T.: 21.10.1971, www.anayasa.gov.tr.

⁴⁶⁴ Niyazi Öktem, "Düşmanlık ya da Zenginlik Kaynağı Olarak Farklılıklarımız; Farklılıklara Tahammül Kültürünün Yasalarda ve İçtihatlarda Gelişmesi ve Korunması", **Anayasa Yargısı**, C. 24, 2007, s. 603.

Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin ruhunda dokunulmaz yerini almıştı. (...) Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü, laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi, laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır. (...) Gerçekte laiklik, din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir. (...) Laiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. (...) Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Laiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir.⁴⁶⁵

Laikliğin, pozitivizm yüklü söz konusu ideolojik yorumu, hukuk mantığı ile izah edilemeyecek bazı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. Öncelikle, laikliğe; “insanca yaşama yöntemi”, “insanlık ideali”, “bir uygar yaşam biçimi”, “siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi” gibi sıfatların atfedilmesi, Mahkeme'nin kavrama hukuki anlamının ötesinde ideolojik bir işlev yüklediğini göstermektedir.⁴⁶⁶ Halbuki, laikliği tam manasıyla uygulayan devletlerde, devletin vatandaşlarına telkin edeceği resmi bir felsefesi veya doktrini olmamalıdır. Bu bağlamda, laik bir devlette, laikliğin adeta yeni bir din gibi topluma dayatılması, laiklik ilkesi ile çelişen bir davranış olsa gerektir.⁴⁶⁷ Laikliğe, çağdaşlaşma gibi ideolojik bir misyon yüklemek, ister istemez özgürlük-laiklik zıtlaşmasını da beraberinde getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, özgürlükler anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi ölçü alınarak değerlendirilebilir:

Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur.⁴⁶⁸

Hatta, Anayasa Mahkemesi'ne göre laikliğe aykırı bir özgürlük mümkün olamaz:

⁴⁶⁵ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 12.7.1989, www.anayasa.gov.tr.

⁴⁶⁶ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 89.

⁴⁶⁷ Daver, **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, s. 58.

⁴⁶⁸ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

Devletin kendi kurumlarında düzenleme yapması en doğal hakkıdır. Laiklik ilkesine aykırı durumların önlenmesi, uygun durumların sağlanması devletin yükümlülüğüdür. Derslere çağdaş görünüme aykırı giysi ve örtülerle girmenin özgürlük ve özerklikle ilgisi olmadığı gibi devletin düzen sağlayan kurallar getirmesi de özgürlük ve özerkliğe aykırı değildir. Kaldı ki, giyim özgürlüğü ve özerklik, laiklik üstün tutularak, laiklikle birlikte gözetilir. Laikliği ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özerklik geçerlik kazanamaz.⁴⁶⁹

Anayasa Mahkemesi bir adım daha ileri giderek, anayasanın laikliği özgürlüklere kıydırmadığını söylemektedir. Ancak burada söz konusu edilen laiklik, kuruluş döneminin pozitivist laiklik anlayışıdır.

Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne, inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır.⁴⁷⁰

Mahkeme, kuruluş döneminin, yeni bir homojen vatandaş kimliği oluşturma ve bu bağlamda dini çağdaşlaştırma misyonuna bağlı kalarak, laiklik ilkesinin uygulamasında din özgürlüklerini kısıtlayıcı bir yaklaşım sergileyebilmektedir:

Denetlenen Yasa maddesi, dinsel inançları simgeleyen başörtüsü ya da türbanla yükseköğretim kurumlarına gelip öğrenimlerini ve bilimsel çalışmalarını bu durumda sürdürmelerine olur vermeye yükseköğrenim ilgilileri, özellikle gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelere yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenini bozabilecek niteliktedir. Böylece, dinin, bireyin manevi yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara neden olmasına izin verilmiş, din özgürlüğünün anayasal sınırları kaldırılmış olmaktadır.

⁴⁶⁹ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

⁴⁷⁰ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

(...) Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinir. Dini, çağdışı, güne ters düşen bir kurum olarak tanıtan, başörtüsü kullanımında belli biçim ve zorunluluk, vicdan ve dinsel inanç özgürlükleriyle uyuşmamaktadır. (...) Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istendiğine inanma hakkıdır. Laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir. Zorlamayı uygun bulmayan din alanında, hukuk kuralları gibi nesnel yaptırımlar niteliğinde kural getirilmesi dinsel inanç özgürlüğüne ters düşmektedir. (...) Dine dayalı kurallar hukuk kuralı yerine geçirilmekle temelde siyasal ve hukuksal bir kurum olan devletin din özgürlüğü yönünden yansızlığı bozulmaktadır.⁴⁷¹

Böylece, Anayasa Mahkemesi, kuruluş döneminin çağdaşlaşma ile özdeşleştirilen, dayatmacı laiklik anlayışına bağlılığını sürdürerek, özgürlük alanını sınırlayıcı nitelikte aktivist bir tutumun sahibi olmuştur. Çağlar'ın ifadesi ile, Anayasa Mahkemesi yargıçları, öncelikle “Anayasa ideolojisinin yargıcı” olarak hareket ettikleri izlenimini vermektedirler. Ve anayasal düzenlemedeki bu ideolojik yapılanmada, “laiklik ilkesi, kilit ilkelerden biridir”.⁴⁷²

Öktem'e göre, “(...) sadece Anayasa Mahkemesi için değil tüm yargı organları açısından din, laiklik, inanç özgürlüğü kavramlarında, milliyetçilik kavramına nazaran daha statik bir tutumun izlendiğini görmekteyiz”.⁴⁷³

Esasında Mahkeme, ülkemizdeki laiklik anlayışı ve uygulamasının klasik ve bilimsel laiklik anlayışından farklı olduğunun bilincindedir: “Ülkemize özgü ve tarihsel nedenleri bulunan, klâsik ve bilimsel tanımlarından ayrılıkları bulunan anlayış ve uygulama modeli, kararın Başlangıç kesiminde açıklanmıştır”.⁴⁷⁴ Bu farklılık, Mahkeme'ye göre, ülkenin kendine özgü şartlarından kaynaklanmaktadır.

... Dini ve din anlayışı tümüyle farklı ülkelerde laiklik uygulamasının, aynı anlamda ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın

⁴⁷¹ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

⁴⁷² Bakır Çağlar, “Türkiye’de Laikliğin Büyük Problemi Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine”, **Cogito**, Sayı 1, Yaz 1994, s. 116.

⁴⁷³ Öktem, a.g.e., s. 602.

⁴⁷⁴ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

olağan sonucudur. Kaldı ki, aynı dini benimseyen batılı ülkelerde de laiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Laiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan laiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişiminin farklılığı nedeniyle Türkiye için özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir.⁴⁷⁵

Geçekten de, sosyal ve tarihsel şartların dikkate alınması ile farklı laiklik anlayışları geliştirilebilir. Ancak, anlayış farklılıklarının, laikliğin temel amacı olan inanç farklılıklarının özgürce ve barış içinde bir arada yaşamasını engelleme düzeyine ulaşmaması gerekir. “Türk laikliğinin temel sorunu da burada yatmaktadır. Türkiye’ye özgü koşullar, özgürlük ve barış ortamını sağlama işlevine yönelik olmaktan çok, özgürlük karşıtı söylem ve uygulamaları meşrulaştırma işlevini üstlenir gözükmektedir”.⁴⁷⁶

Kanaatimizce, laiklik, özgürlüğü esas alan modern devletlerin temel hukuki ilkelerinden biridir. Dolayısıyla, laiklik ilkesinin özgürlükler ile uyumlu olmasını sağlayacak bir yorumun yapılması mümkündür. Anayasa Mahkemesi ise, kuruluş döneminin dayatmacı laiklik anlayışını benimseyerek, laiklik ve özgürlük değerlerini karşıt değerler olarak görmekte ve laiklik adına özgürlükleri kısıtlayıcı bir tutum sergileyebilmektedir. Bu durum, değerlere dayalı bir anayasallık denetiminde, anayasa yargıçlarının her zaman hak ve özgürlüklerin yanında yer almayabileceğini göstermektedir.

2.4.6. Milliyetçilik İlkesinin Anlamı ve Ölçü Norm Olarak Uygulanması

2.4.6.1. Millet ve Milliyetçilik Kavramlarının Anlamı

Öktem, ulusu şu şekilde tanımlamaktadır: “Bugün için ulus denildiğinde ‘belli bir toprak parçası üzerinde bir araya gelerek, belli manevi değerlere bağlı birlik ve beraberlik kurma’ diye bir tanım, basit de olsa olguyu açıklar mahiyettedir”. Öktem, ulusun maddi unsurunu; ülke ve ülke bütünlüğü, manevi unsurunu ise; “ortak tarih ve bu tarih sürecinde üretilen ortak kültür” olarak ifade etmektedir. Farklı inanç ya da etnik kökenden gelseler de, ulusun mensupları birlikte yarattıkları ortak kültür ile ulusun kimliğini inşa

⁴⁷⁵ AYM, E.1997/1, K.1998/1, K.T.: 16.1.1998, www.anayasa.gov.tr.

⁴⁷⁶ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s.123.

etmektedirler.⁴⁷⁷

Heywood ise, “Ulus” terimini tanımlamanın zorluğunu, tüm ulusların kültürel ve siyasal özelliklerinin bir karışımı olarak objektif ve subjektif özelliklerin bir arada olmasına bağlamaktadır. Objektif anlamda uluslar; aynı lisanı konuşan, aynı dine sahip olan, ortak bir geçmişe bağlı olan halk topluluklarıdır. Fakat, tüm uluslar içlerinde kültürel, etnik ve ırksal çeşitliliği barındırdıkları için bir ulusu sadece objektif unsurları kullanarak tanımlamak mümkün değildir. Bu nihai olarak, ulusların varlığının üyeleri tarafından kendilerini ulus şeklinde siyasal bir topluluk olarak algılamalarının bir sonucu olduğunu göstermektedir. “Hiç şüphesiz, bir etnik grup bir topluluk kimliğine ve kültürel onur duygusuna sahiptir, ancak, ulustan farklı olarak o kolektif siyasal emellere sahip değildir”.⁴⁷⁸

Sabuncu da, ulus kavramının, “Bireylerin kendilerini birbirleriyle maddi ve manevi bağlarla birleşmiş hissettikleri ve kendilerini öteki ulusal toplulukları oluşturan bireylerden farklı kabul ettikleri bir insan topluluğu” olarak tanımlanabileceğini belirtmektedir.⁴⁷⁹

Ulus kavramı ile ilgili yukarıdaki yaklaşımların ortak noktası, ulusun kendisini oluşturan bireylerin ortak tasavvurlarının ürünü olduğudur. Bu tasavvur, Öktem’de ortak bir kültüre aidiyet duygusu, Heywood’da özel bir siyasal topluluk algısı, Sabuncu da ise, maddi ve manevi bağlarla birleşmişlik hissidir. Ulus kavramına yönelik bu yaklaşım, ırk, din, dil anlayışını dışladığı ve ulusu oluşturan bireylerin özgür iradesini dikkate aldığı ölçüde subjektif milliyetçilik anlayışına temel oluşturmaktadır.

Eğer, ulus tanımında, belli bir ırka mensup veya belli bir dili konuşan veyahut belli bir dine veya mezhebe mensup insanların varlığı her şeyin üstünde tutulursa, objektif milliyetçilikten söz edebiliriz.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Öktem, a.g.e., s. 594.

⁴⁷⁸ Heywood, a.g.e., s. 152-153.

⁴⁷⁹ Sabuncu, a.g.e., s. 28.

⁴⁸⁰ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 58.

2.4.6.2. Türkiye’de Milliyetçilik İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Atatürk ilkeleri arasında yer alan milliyetçilik hangi anlayışı yansıtmaktadır? Genellikle, Atatürk milliyetçiliğinin, subjektif milliyetçilik anlayışını yansıttığı ileri sürülmektedir.

Özbudun’a göre, Atatürk, milletin tanımında, “sübjektif millet” anlayışını kabul ederek, “bir harstan (kültürden) olan insanlardan mürekkep cemiyete millet denir, dersek milletin en kısa tarifini yapmış oluruz” demiştir. Yine, Özbudun’a göre, Atatürk milliyetçiliği, ırkçılık, şovenizm ve saldırganlığı dışlamaktadır.⁴⁸¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu da benzer düşünceyle, Atatürk milliyetçiliğinin barışı esas almakta olup, birleştirici bağ olarak, din, dil ve ırk ortaklığı gibi objektif nitelikleri değil, birlikte yaşama isteğini kabul ettiğini ifade etmektedirler.⁴⁸² Gözübüyük’ün tanımı ise şöyledir: “Atatürk Milliyetçiliği, ırkçılığı reddeden, insancıl, barışçıl, birleştirici, bütünleştirici bir milliyetçiliktir”.⁴⁸³

Yukarıda yer alan Atatürk milliyetçiliği tanımlarının fiili durumla ilişkisini daha iyi kurabilmek için Türkiye’deki milliyetçilik ile ilgili tarihsel değerlendirmelerin kısaca ele alınması yararlı olabilir.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında Osmanlı imparatorluğunun dağılması ve özellikle Müslüman Arap topraklarının kaybıyla birlikte Cumhuriyeti kuran kadro için, doğal-ulusal sınırlara çekilme ve bu coğrafyada ulusal ve bağımsız bir devlet kurma zorunluluğu kendini dayatmaktaydı. Diğer bir deyişle, olumsuz koşullar, çokuluslu bir imparatorluk karşısında çağdaş bir seçenek oluşturan uluslaşma sürecini besliyordu. Tanör’ün de ifade ettiği gibi, “Ulusal toplum, ulusal devlet ve anavatan anlayışları bu zeminde yeşerecektir”.⁴⁸⁴

Karpat da, Türk milliyetçiliğinin doğuşu ile ülkenin bağımsızlığı arasında ilişki kurmaktadır. Buna göre, Türk milliyetçiliğinin başlangıçtaki amacı, ülkenin yabancı işgalinden kurtarılması ve uluslararası bir antlaşma ile tüm dünyanın Türkiye’nin yeni

⁴⁸¹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 80.

⁴⁸² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 74.

⁴⁸³ Gözübüyük, a.g.e., s. 150.

⁴⁸⁴ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 226.

sınırlarını ve bu topraklar üzerindeki egemenliğini tanımasının sağlanmasıydı.⁴⁸⁵

Daha önce ifade edildiği gibi, Kurtuluş Savaşı yıllarında ulusal kimlik inanç üzerinden tanımlanmaktaydı. Nitekim, Tanör de, Kurtuluş Savaşı süresince ulusal birliğin din üzerinden sağlandığını, başta 1921 Anayasası olmak üzere, hiçbir tarihi kaynakta etnik temele dayanan bir kimlik vurgusu yapılmadığına işaret etmektedir:

Devletin adının “Türk Devleti” değil de, “Türkiye Devleti” olması anlamlıdır. Ulusal Kurtuluş Savaşı esas olarak Türk milliyetçilerinin damgasını taşımakla birlikte, Türk olan ve olmayan unsurların antiemperyalist birliğini temsil ediyordu. Erzurum ve Sivas kongreleri belgeleri başta olmak üzere pek çok tarihsel kaynakta bu birlik, zaman zaman “İslam ekseriyeti”, “bilcümle anasını (unsurlar) İslamiye” gibi terimlerle de ifade olunmuş, bunların “öz kardeş”liği vurgulanmıştı. Bu bakımdan “Türkiye Devleti” ibaresi, etnik kökeni, dili ve kültürü ne olursa olsun, belli bir siyasal coğrafya (Misak-ı Milli sınırları) içinde yaşayan insanların siyasal birleşmesinin en üst noktası olan yeni devleti bütün kucaklayıcılığı ile ifade ediyordu.⁴⁸⁶

Fakat, bağımsızlık amacının 1923 tarihli Lozan Antlaşması’yla gerçekleştirilmesinin ardından, Türk ulusal kimliğinin tanımlanması, Türkiye’nin en önemli iç meselesi haline gelmiştir.⁴⁸⁷

Yeni kurulan Cumhuriyet’e temel olacak bir ulus kimliğinin oluşturulması kaçınılmaz bir durum olarak görülebilir. Bu bağlamda, Türk Milliyetçiliğinin oluşmasında belirleyici olan Mustafa Kemal Atatürk, ulusu meydana getiren unsurları şu şekilde belirlemektedir: 1) Siyasal varlıkta birlik; 2) Dil birliği; 3) Yurt birliği; 4) Soy ve köken birliği; 5) Tarihsel yakınlık; 6) Ahlaki yakınlık. Söz konusu unsurlara baktığımızda, “vatandaşlık bağına dayalı geleneksel Fransız milliyetçilik anlayışıyla, kültür bağına dayalı Alman milliyetçilik anlayışını birleştiren bir yaklaşım”ı görmek mümkündür. Ayrıca, ulusun belirleyici unsurları arasında din yer almamaktadır.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ Karpat, a.g.e., s. 56.

⁴⁸⁶ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 254.

⁴⁸⁷ Karpat, a.g.e., s. 56.

⁴⁸⁸ Füsün Türkmen, “Türkiye’de Milliyetçiliğin Yükselişi: Diyalektik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, 1.Cilt, Ankara: Yetkin Yay., 2008, s. 461.

Bu noktada, Öktem'in, ulusçuluk akımı ile ulus kimliğinin ötekileşmeye ve sonuçta ırkçı bir tutuma yol açabileceğine yönelik değerlendirmesi Türk milliyetçiliğinin gelişim çizgisinin anlaşılması açısından önem arz etmektedir. Öktem'e göre, "öteki" imajı daha önce inanç farklılığına dayanmaktayken, Fransız Devrimi süreciyle ulusçuluk anlayışının güçlenmesi sayesinde, etnik farklılığı da "öteki" imajı içerisine soktu. Hatta, ulusal kimlik "ötekiliği" inanç "ötekiliğinin "üstüne çıktı. Bunun en önemli sebebi, bağımsız güçlü devletler kurabilmek için devletin temeli olan ulusun kimliğini yüceltmeye yönelik sosyal psikolojiye ilişkin bir gereksinmeydi. Ulus-devlet kurma süreci içerisinde etnik, ırksal öge ağır basmaya başladı; aynı inanç içerisinde olan farklı etnik gruplar, "öteki" karşısındaki üstünlüklerini (!) ırksal ve etnik köklerin getirdiği kültür değerlerine bağlamaya başladılar. Milliyetçi-toplumcu (nasyonal-sosyalist) zihniyet böyle bir bakış açısının ürünüdür".⁴⁸⁹

Almanya'daki Nasyonel-Sosyalistlerin ırkçı politika ile aynı seviyede olmasa bile, benzer bir sürecin Türkiye'de de yaşandığını, millet anlayışında giderek ırk ve kültür vurgularının arttığı söylenebilir.⁴⁹⁰

Nitekim, 1930 yılında, dönemin Başbakanının yaptığı açıklamalar, Türk milliyetçiliğindeki etnik kökenin yeri ve yer yer etnik temele dayalı ötekileştirmenin varlığına işaret etmektedir. 1930 yılında, İsmet İnönü'nün Başbakan sıfatıyla yaptığı açıklama etnik kökene vurgu yapmaktadır: "Bu ülkede sadece Türk ulusu etnik ve ırksal haklar talep etme hakkına sahiptir. Başka kimsenin böyle bir hakkı yoktur".⁴⁹¹ Ayrıca, 1934 tarihli İskan Kanunu'nun gerekçesinde de, "Ana dili Türkçe olmayan nüfus terakümlerinin menine ve mevcutlarının dağıtılması şekillerine ve bu suretle hars vahdetinin korunmasına ait tedbirlerin ittihaz ve tatbiki için Hükümete kanuni selahiyet alınması düşünülmüştür"⁴⁹² denilmektedir.

Nitekim, doktrinindeki ağırlıklı görüşe rağmen Erdoğan, Atatürk Milliyetçiliği'nin sivik olduğu yolundaki resmi anlatım ile uygulamanın örtüşmediği görüşündedir: "Nitekim, ırkçı olmadığı söylene de, Atatürk milliyetçiliği söyleminde de bariz bir Türklük vurgusunun varlığı dikkati çekmektedir. Örneğin, "Ne mutlu Türküm diyene"

⁴⁸⁹ Öktem, a.g.e., s. 585-586.

⁴⁹⁰ Türkmen, a.g.e., s. 461.

⁴⁹¹ Osman Can, **Darbe Yargısının Sonu**, 3. Baskı, İstanbul: Timaş Yayınları, 2010, s. 31.

⁴⁹² Timur, a.g.e., s. 169.

sözünde bu vurgu belirgin bir şekilde kendini göstermektedir”.⁴⁹³

Kanaatimizce de, farklı etnik köken ve inançtan insanları bir ulus altında toplayarak, ulus-devlet kurma çabası, ister istemez, otoriter bir yöntemle toplumun içindeki farklılıkları törpüleyerek, homojen bir toplum oluşturmaya dönük politikaları gündeme getirecektir. Nitekim, bir imparatorluğun bakiyesi üzerinde, zor ve çetin bir savaşın ortasında kurulan bir devletin farklılıklara daha az tahammül göstererek, ulusal birlik üzerinde daha fazla vurgu yapması da olağan karşılanabilir. Ayrıca, 1930’larda Hitler Almanyası ve Mussolini İtalyası’nda etnik temelli milliyetçilik anlayışının yükselmesi de, Türkiye’de kültürel milliyetçilikten etnik milliyetçiliğe yönelişte rol oynamış olabilir.

2.4.6.3. Cumhuriyet Dönemi Anayasalarında Milliyetçilik İlkesi

1924 Anayasası’nda 1937 yılında yapılan değişiklikle, Cumhuriyet Halk Partisi’nin altı oku olarak bilinen ilkeler, Cumhuriyet’in nitelikleri olarak Anayasa’nın 2. maddesinde, düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Türkiye Devleti, Cumhuriyetçi, Milliyetçi, Halkçı, Devletçi, Laik ve Devrimcidir”. Böylece milliyetçilik ilkesi anayasal düzenlemenin konusu olmuş ve anayasal koruma altına alınmıştır.

Fakat, 1961 Anayasası’nda, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan milliyetçilik ilkesi yerine, “Milli devlet” kavramına yer verilmiş, başlangıç kısmında ise “Türk Milliyetçiliği” kavramı tanımlanmıştır.⁴⁹⁴ 1961 Anayasası’nda milliyetçilik ilkesine yer verilmemesinin sebebi olarak, 1960’lı yıllarda, liberal demokratik ülkelerde milliyetçilik kavramının olumsuz çağrışımlar yapması gösterilmektedir.⁴⁹⁵ Gerçekten de, Temsilciler Meclisi’ndeki tartışmalarda, milliyetçilik ilkesine Anayasada yer verilmesini istemeyenler; bu tabirin bugün artık “menfi ve mütecaviz” manalara alındığını, dünyada milletlerin karşılıklı olarak birbirlerini tanımaları ve birbirlerine hürmet etmelerini bertaraf eden, barışçı dengeyi imkansız hale getiren bir mana anlaşıldığını ve eğer “Milliyetçilik” kelimesi kullanılırsa Atatürk’ün ve Türk İnkılabının anladığı manadaki milliyetçilikten farklı ve tamamıyla yanlış manaya gelebilecek olan bir tabire yer verilmiş olacağını, esasen

⁴⁹³ Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, s. 159.

⁴⁹⁴ Hasan Tunç, “Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımızda Milliyetçilik Anlayışı ve Atatürk Milliyetçiliği”, **GÜHFD**, C. 2/1-2, 1998, s. 2.

⁴⁹⁵ Arsel, a.g.e., s. 158.

modern anayasaların hiçbirinde “Milliyetçilik” tabirine yer verilmemiş olduğunu belirtmişlerdir.⁴⁹⁶

Doktrinde bazı yazarlar, Anayasa’da milliyetçilik ilkesine yer verilmesinin anayasa mantığı ve çoğulcu demokrasi anlayışı ile bağdaşmaz bulmaktadır. Erdoğan, milliyetçi devlet ifadesinin liberal demokrasilerle yönetilen ülkelerin anayasalarında bulunmadığını, milliyetçi devlet anlayışının çoğulcu demokrasi ile bağdaşmasının mümkün olmadığını ve farklı etnik ve kültürel kimliklerin bir arada yaşadığı bir ülkede milliyetçi politikaların toplumsal barışa yönelik en büyük tehditlerden birini oluşturduğunu belirtmektedir.⁴⁹⁷

Nitekim Arsel de, tek parti döneminde parti ile hükümet teşkilatının birleşmesi üzerine, bir devlet vasfı olmayıp siyasi bir davranışın ifadesi olan ve daha önce parti programında yer alan milliyetçilik ilkesinin Anayasa’da yer alması olağan olsa bile, çok partili sistem söz konusu olduğunda aynı şeyin söylenemeyeceği kanaatindedir.⁴⁹⁸

Ne var ki, 1982 Anayasası “Atatürk milliyetçiliği” ifadesine hem başlangıç kısmında hem de Cumhuriyet’in nitelikleri (m.2) arasında yer vermiştir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu’na göre, “Bu kavram Türk milliyetçiliği ile eş anlamlı olup, anayasal açıdan şu anlamları içerir: “Hiçbir faaliyetin ...Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve üleşiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği” (Başl./5); “Millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olmak” (Başl./7); “Yurtta sulh, cihanda sulh” ilkesi ya da barışçılık (Başl./7); Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü (md.3 vb.); Resmi dilin, eğitim-öğretimde ana dilin Türkçe olması (md. 3 ve 42); “Türk” tanımının sadece hukuki bir anlama gelmesi: Vatandaşlık (m.66/1)”⁴⁹⁹ Fakat yazarlar, “Millet hayatının her türlü tecellisinde ortak” olma şartının otoriter bir milliyetçiliğe yol açabileceğini belirtmektedirler.⁵⁰⁰

Özbudun, 1982 Anayasası’nda geçen Atatürk milliyetçiliği hakkında olumlu bir değerlendirmede bulunarak, “... Anayasamızın benimsediği milliyetçilik anlayışının, ırk,

⁴⁹⁶ Arsel, a.g.e., s. 159.

⁴⁹⁷ Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, s. 158.

⁴⁹⁸ Arsel, a.g.e., s. 161.

⁴⁹⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 72.

⁵⁰⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 73.

dil ve din gibi objektif benzerliklere değil; kader, kıvanç ve tasa ortaklığına ve birlikte yaşama arzusuna dayanan sübjektif milliyetçilik anlayışı olduğu açıkça anlaşılmaktadır”.⁵⁰¹ demektedir.

Erdoğan ise, Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer alan ifadelerden yola çıkarak 1982 Anayasası'nın milliyetçilik anlayışına eleştirel bir tavır almaktadır:

Anayasanın “Başlangıç” kısmında yer alan, “Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu” şeklindeki ifadenin liberal çoğulculuk anlayışıyla ve onun gerekleriyle bağdaşması imkansızdır. Çünkü, bu ifadeye hakim olan düşünce, “millet”i duygu ve düşünceleriyle türdeş ve yekpare bir bütün olarak gören, çoğulculuk karşıtı ve homojenleştirici birlik anlayışına uygun düşen, milliyetçi-dayanışmacı bir siyasal toplum anlayışıdır.⁵⁰²

Kanaatimizce; devletin temel niteliklerini, örgütlenmesini, iktidarın yapısını ve kaynağını göstermesi gereken bir anayasada, devlet ile ilişkili olmaktan ziyade siyasi bir yönelişi ifade etmesi sebebiyle ancak siyasi parti programlarında yer alabilecek milliyetçilik ilkesine yer verilmesi pek uygun olmamıştır. Bir de yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı gibi, söz konusu ilkenin kullanılmasında zaman zaman etnik kimlik ve farklılıklara karşı tahammülsüzlük vurgusunun ön plana çıktığı düşünülürse, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verilen bu ilkenin siyaset alanının demokrasinin gereklerinin ötesinde sınırlandırılmasına yol açabileceği düşünülebilir.

2.4.6.4. Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Milliyetçilik İlkesi

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararda, “Ulusu oluşturan ögeler arasında dil birliği, ulusal duyguyla yan yana insanlık duygusu, siyasal varlıkta birlik, yurt birliği, köken birliği, tarihsel ve ahlaksal yakınlıklar sayılır. Geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de ögeler arasına alınmaktadır”⁵⁰³ diyerek; milletin tanımına “dil birliği”, “köken birliği” gibi objektif unsurları da dahil etmiştir. Ancak, Mahkeme kararlarında genellikle Atatürk milliyetçiliği üzerinden sübjektif millet

⁵⁰¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 80.

⁵⁰² Erdoğan, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, s. 155.

⁵⁰³ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

anlayışını dile getirmiştir: “Atatürk Milliyetçiliği, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk sayan, dil, ırk ve din gibi düşüncelerle yapılacak her türlü ayrımı red eden, birleştirici ve bütünleştirici bir anlayışı temsil eder”.⁵⁰⁴

Ancak, Mahkeme’ye göre, Atatürk Milliyetçiliğine karşı olmakla ülke ve ulus bütünlüğüne karşı olmak aynı şeydir:

Diğer bir konu da, Sosyalist Parti’nin Atatürk milliyetçiliğine ideolojik olarak karşı çıkması ve bunu Türkiye’nin gerçeklerine uygun görmemesidir. Etnik farklılıkları kaldıran, değişik uygulamaları olanaksız kılan, birleştirici ve bütünleştirici, Türkiye Cumhuriyeti’nin vazgeçemeyeceği temel ilke olan Atatürk milliyetçiliği, vatana ve devlete bağlılığı; yurttan ve dünyada barışı öngörür. Bu ilkeye karşı olan bir görüşün ülke ve ulus bütünlüğüne de karşı olacağı kuşkusuzdur.⁵⁰⁵

Kararda, sadece ilkeye karşı görüş ifade etmenin bile ülke ve ulus bütünlüğüne düşman olmak için yeterli olacağına belirtilmesi, söz konusu ilkeye hukuki değerinin ötesinde dogmatik bir değer atfetmek olarak görülebilir. Bu durum, düşünce özgürlüğü açısından pek de kabul edilebilir görünmemektedir.

Nitekim, Sosyalist Parti’nin kapatılma davası kararındaki milliyetçilik ilkesi ile ilgili aşağıdaki ifadelerde de mutlaka bağlanması gereken bir dogma havası sezilmektedir:

Türkiye Cumhuriyeti, milliyetçiliğe büyük önem vermiş ve bu kavram anayasalarda temel ilke olarak yer almıştır. Atatürk Milliyetçiliği, ülke ve ulus bütünlüğünü koruyan temel ilkedir. Türkiye Cumhuriyeti Atatürk Milliyetçiliğine içtenlikle bağlıdır. Eşitlikçi ve birleştirici içeriğiyle çağdaş anlayışı yansıtan Atatürk Milliyetçiliği toplumsal dayanışmanın güvencesidir. Atatürk Milliyetçiliği, yaşamsal ve bilimsel gerçek olarak benimsenmiştir. Bu tarihsel ilke aynı zamanda ulusal varlığın korunmasına ve yüceltilmesine hizmet edecek yaşam anlayışı ve biçimidir. İnsancıl, uygar ve barışçıdır. Kardeşliği, sevgiyi, dayanışmayı ve çağdaş evrensel değerleri kucaklar.⁵⁰⁶

Türkiye İşçi Partisi’nin kapatılması kararında da Anayasa Mahkemesi,

⁵⁰⁴ E.1984/9, K.1985/4, K.T.: 18.2.1985, www.anayasa.gov.tr.

⁵⁰⁵ E.1991/2 (Siyasi parti kapatma), K.1992/1, www.anayasa.gov.tr.

⁵⁰⁶ E.1991/2, K.1992/1, K.T. 10.7.1992, www.anayasa.gov.tr

Türkiye Cumhuriyet'i sınırları içinde Türk milliyetçiliği ideolojisi egemendir ve Anayasamız başlangıç kuralları arasında bunu bildirdiği gibi bütün Anayasa yapısının oturduğu temel dahi budur. Bu: Türk kültürüne dayanan bir milliyetçiliktir ve bundan ırk düşüncesi ve kökence başka görünen toplulukların ayrı tutulması yer almış değildir⁵⁰⁷

diyerek; milliyetçilik ilkesini bir ideoloji olarak nitelemiştir.

Anayasa Mahkemesi, özellikle “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” bağlamında milliyetçilik ilkesini katı bir şekilde yorumlamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de dahil resmi çevrelerde, “Türkiye’de, yerel yönetimlerin güçlendirilmesinden federalizme, ana dili Türkçe’den farklı olan gruplara kendi dillerinde eğitim olanağı verilmesinden bölgesel özerklik tanınmasına kadar, pek çok konu “bölünmezlik” ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir”.⁵⁰⁸

Bölünmez bütünlük ilkesi, 1961 Anayasası’na “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü” formülü ile girmiştir. Bölücülük olarak nitelendirilen hareketlere bir tepki olarak, söz konusu ilkeye, 1982 Anayasası’nın birçok maddesinde yer verilerek (başlangıç kısmı, m.3, m.14, m.26, m.28, m.68, m.81, m.103) temel ilkelerinden biri olarak düzenlenmiştir.

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile de bölünmezlik ilkesi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanun’a göre, milletin bölünmezliği ilkesi bağlamında, “siyasi partiler, Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde milli veya dini kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunu ileri süremezler. Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla Türkiye Cumhuriyeti üzerinde azınlıklar yaratarak millet bütünlüğünün bozulması amacını güdemezler ve bu yolda faaliyette bulunamazlar. Tüzük, program ve faaliyetlerinde Türkçeden başka dil kullanamazlar. Bölgecilik veya ırkçılık amacını güdemezler ve Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırı faaliyette bulunamazlar”. (Siyasi Partiler Kanunu, m. 81-83) Siyasi Partiler Kanunu’nda yer alan bu düzenleme “milletin bütünlüğü”nün azınlık kavramıyla bozulacağı anlayışını yansıtmaktadır.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ E.1971/3, K.1971/3, K.T.: 20.7.1971, AYMKD., Sayı 9, s.115.

⁵⁰⁸ Oktay Uygun, **Federal Devlet**, 2. Basım, Ankara: İtalik Yayınları, 2002, s. 150.

⁵⁰⁹ Baskın Oran, “Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye”, **Anayasa Yargısı**, C.20,

Özbudun'a göre, "Siyasi Partiler Kanunundaki bu yasaklar, Anayasa'da yer alan "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi"ne aykırı hareket etme yasağını (m.68) aşmakta ve ne türlü olursa olsun etnik temele dayanan siyasi partileri yasaklamaktadır".⁵¹⁰

Anayasa Mahkemesi de yasal düzenlemelere paralel olarak geliştirdiği içtihatlarında, Türkiye'de etnik, dinsel ve dilsel farklılıklara dayanan azınlıkların bulunduğu dair görüşleri bölünmez bütünlük ilkesine karşı olmakla bir tutarak, söz konusu görüşleri ileri sürmeyi bölücülük olarak değerlendirmektedir.⁵¹¹

Bugün uluslararası hukukta kabul edilen azınlık tanımı ve azınlık hakları ile Anayasa Mahkemesi'nin tutumu çatışmaktadır. Oran'a göre azınlık, "ulusun çoğunluğundan farklı nitelikler taşıyan (nesnel unsur) ve bu nitelikleri kimliğinin vazgeçilmez parçası sayan (öznel unsur) ve başat olmayan küçük gruptur".⁵¹² Pazarıcı da uluslararası hukukta azınlıklarla ilgili yapılan düzenlemelerde, azınlıklar rejimi altına konulacak kişi gruplarının üç ayırıcı öğeden birine ya da birkaçına sahip olduklarını ifade ederek, bu ayırıcı öğeleri; i) din; ii) dil; iii) ırk ya da etnik köken şeklinde saymaktadır.⁵¹³ Uluslararası hukuk düzenlemelerinde, azınlık gruplarına tanınan güvence ve hakları ise, Pazarıcı, şu şekilde belirtmektedir:

Bu hakların birinci grubu, azınlığa mensup kişilerin de çoğunluk haklarından yararlanmasını sağlamak amacıyla eşitlik ve ayırım gözetmeme ilkelerini içeren kurallardan oluşmaktadır. İkinci grup haklar ise, azınlığın çoğunluktan farklı olan din, dil ve etnik köken gibi özelliklerini sürdürebilmesine yönelik kuralları kapsamaktadır.⁵¹⁴

Anayasa Mahkemesi ise, Demokrasi Partisi'nin kapatılması davasında, bir taraftan sosyolojik olarak azınlık olduğu kabul edilebilecek grupların bu niteliğini inkar etmiş, diğer taraftan hukuki olmaktan uzak bir takım varsayımlara dayanarak hüküm vermiştir:

2003, s. 73.

⁵¹⁰ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 96.

⁵¹¹ Oran, a.g.e., s. 72.

⁵¹² Oran, a.g.e., s. 63.

⁵¹³ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 9. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2010, s. 212.

⁵¹⁴ Pazarıcı, a.g.e., s. 212.

İrk ve dil farklılıklarına göre azınlık statüsü tanımak, ülke ve millet bütünlüğü ile bağdaşmaz. (...) Azınlığın sosyolojik ve hukuksal tanımlarına uygun bir nitelik, Kürt kökenli yurttaşlarda bulunmadığı gibi, onları öbür yurttaşlardan ayıran herhangi bir yasal kural da yoktur. (...) Sınırsız hakları, sınırlı haklara, ulusun kendisi olmayı azınlık olmaya dönüştürmenin anlamsızlığı açıktır. Amacın bölünmeyi gerçekleştirmek olduğu anlaşılmaktadır. ...Bu durum, sorunun demokratik ve siyasal haklarla ilgili olmadığını göstermektedir. Anayasadaki ulus bütünlüğü ilkesinden uzaklaşıp, Türk ve Kürt ulusları ayırımına gidilemez. Türkiye Cumhuriyeti Devletinde, tek bir devlet ve tek bir ulus vardır; birden çok ulus yoktur. Türk ulusu içinde değişik kökenli bireyler olsa da hepsi Türk ulusu bütünlüğü içindedir. (...)Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan kaynakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz.⁵¹⁵

Yukarıda ifade edildiği gibi uluslararası hukuk bakımından azınlık, toplumun çoğunluğundan dil, din, ırk, etnik köken gibi objektif kriterlerle ayrılan bir sosyal gruptur. Bu durumda, Kürt kökenli vatandaşlarda niçin azınlığın “sosyolojik ve hukuksal tanımlarına uygun bir nitelik” bulunmadığı sorulabilir. Özbudun’un da ifade ettiği gibi, “Kültürel hakların tanınması taleplerinin ırkçılıkla özdeşleştirilmesi, bu taleplerin “dış etkenlerden kaynak”landığı varsayımı ve bunların “demokratik ve siyasal haklarla ilgili olmadığı” iddiaları” kararın eleştiriye açık diğer yönlerini oluşturmaktadır.⁵¹⁶

Anayasa Mahkemesi, Emek Partisi’ni Şubat 1997’de “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”ne aykırılıktan kapatırken de kararını söz konusu Parti’nin Türkiye’de azınlık bulunduğunu ileri sürmesine dayandırmıştır:

Türkiye Cumhuriyeti ülkesi üzerinde milli veya dini kültür veya mezhep veya ırk veya dil farklılığına dayanan azınlıklar bulunduğunun söylendiği, Türk dilinden veya kültüründen başka dil ve kültürleri korumak, geliştirmek veya yaymak yoluyla azınlıklar yaratarak ulus bütünlüğünün bozulması amacının güdüldüğü anlaşılmaktadır.⁵¹⁷

Mahkeme, Türkiye Emekçi Partisi davasında ise çelişkili bir tavır takınmıştır. Mahkeme önce,

⁵¹⁵ E.1993/3, K.1994/2, K.T.: 16.6.1994, www.anayasa.gov.tr.

⁵¹⁶ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 103.

⁵¹⁷ E.1996/1, K.1997/1, K.T.: 14.2.1997, www.anayasa.gov.tr.

(...) bir ulusun içindeki belli bir vatandaş topluluğunun dilinin ya da dininin toplumun öteki kesimlerinden ayrı olduğundan nesnel biçimde söz etmek, tek başına “bir azınlık bulunduğunu ileri sürmek” anlamına gelmez. Buna ek olarak, söz konusu topluluğun, toplumun öbür kesimlerinden ayrılan varlığını ve niteliklerini koruması ve sürdürmesi için, kendisine özel bir hukuksal güvence tanınması gerektiğinin, yani bu kimselerin azınlık hukukundan yararlanmaya hak kazanmış olduklarının da açık ya da örtülü biçimde ileri sürülmüş bulunması gerekir. İşte (...) “azınlıkların bulunduğunu ileri sürmek” biçiminde tanımlanan ve yasaklanan durum budur.⁵¹⁸

diyerek, “azınlıkların bulunduğunu ileri sürenler”, bu azınlıklar için “özel bir hukuksal güvence tanınması gerektiği”ni de ileri sürmezlerse, bir suç oluşmayacağına hükmetmiştir.⁵¹⁹

Ama, Mahkeme kararının devamında, “azınlık bulunduğunu ileri sürmenin”, “azınlık yaratmak” fiilini işlemekle aynı olduğu sonucuna varmıştır:

(...) “azınlıklar yaratma” deyiminin (...) “azınlıklar bulunduğunun ileri sürülmesi” deyimine sıkı ilişkisi göz önünde tutularak, aynı doğrultuda yorumlanması zorunludur. Böyle bir yorumla varılacak sonuç ise, “azınlık yaratma” deyiminin, ancak, “bir vatandaş topluluğunda, azınlık hukukundan yararlanmaları gerektiği düşüncesi yaratma” anlamına gelebileceğidir.⁵²⁰

Anayasa Mahkemesi, kültürel hak taleplerini de azınlık yaratma yasağı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, Sosyalist Parti’nin kapatılma davasında, kültürel hak talepleri ile ilgili olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

Kürtlerin kültürel ve ulusal hakları sözleri azınlık hakları yaratmaya ve buna bağlı olarak somut ayrılıkları gündeme getirmeye yöneliktir. Kürt kökenli yurttaşların dillerini, gelenek ve göreneklerini özel yaşamlarında sürdürmelerine hiçbir engel yoktur. Sosyalist parti’nin amacının devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bütünlüğünü yıkarak devlet yapısını ve adını değiştirmek, ‘Türk-Kürt Federasyonu’nu kurup ırk esasına dayanan oluşumları gerçekleştirmek olduğu anlaşılmaktadır. Buna Anayasa olur vermemektedir.⁵²¹

⁵¹⁸ E.1979/1, K.1980/1, K.T.: 8.5.1980, AYMKD., Sayı 18, s. 26-27.

⁵¹⁹ Oran, a.g.e., s.79.

⁵²⁰ E.1979/1, K.1980/1, K.T.: 8.5.1980, AYMKD., Sayı 18, s. 26-27.

⁵²¹ E.1991/2, K.1992/1, K.T.: 10.7.1992, R.G.: Sayı 21836, s. 3-111.

Sonuç itibariyle, Anayasa Mahkemesi'nin milliyetçilik ve bölünmezlik ilkelerine yaklaşımı, ülke sınırları içinde yaşayan “etnik, dinsel ve dilsel açıdan farklı kimliklere sahip vatandaşların kültürel alandaki taleplerini kabul etme sürecinde onları adeta homojenleştirmeye çalışmak, farklı olma haklarını genellikle ülke ve ulus bütünlüğünü bozma ile eş anlamlı tutmak”⁵²² olarak görülebilir.

Halbuki, kültürel kimlik hakları konusunda, Mahkeme'nin olumsuz tutumu çağdaş siyasal yönelimlere ters düşmektedir. Nitekim, bir grubun üyelerini başkalarından ayıran özelliklerin toplamı olan “kültürel kimlik” hakkı, Birleşmiş Milletler çerçevesinde, son yıllarda formüle edilmiş bir haktır. Bu bağlamda, “Farklılığın, çeşitliliğin ve bunların sonucu olan çoğulculuğun korunması çağdaş demokrasiler bakımından büyük önem arz ettiğinden, kültürel kimliğin özgürce belirlenmesi ve korunması için elverişli ortamın yaratılması devletin görevi olarak kabul edilmektedir”.⁵²³

Anayasa Mahkemesi, milliyetçilik ve bölünmez bütünlük ilkelerinden yola çıkarak, “federasyon” uygulamalarının da mümkün olamayacağı sonucuna varmaktadır.⁵²⁴ Nitekim, doktrinde bazı yazarlar da, değişmezlik kapsamında olan “bölünmez bütünlük” ilkesinden yola çıkarak, 1982 Anayasası'nın federal devlet sistemine kapalı olduğunu ileri sürmektedir. Tunç'a göre, “Türk anayasa sisteminde ve Atatürk milliyetçiliğinde federal bir devlet yapısı ve farklı vatandaşlıklar söz konusu olamaz. Devletin temeli tek ulus ve tek millet gerçeğine dayanır”.⁵²⁵ Tanör'e göre de, “Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bir bütündür” (md.3/1) hükmü, başından beri, “devletin basit (tek egemenlikli, tek yapılı, tekil, üniter) karakterli olduğu, yani tek hukuklu, tek yasamalı, tek yürütmeli ve tek yargılı olduğu şeklinde yorumlanmıştır.⁵²⁶ Gözler de, “Ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlükten (...) ”üniter devlet” anlaşılır. Dolayısıyla Türkiye’de federal devlet şeklinin kurulması Anayasaya aykırı olur”⁵²⁷ kanaatindedir. Özbudun’a göre de, “Devletin ülkesiyle bölünmezliği ilkesinin, devletin tekliğinin korunmasını da içine aldığı kabul edilmektedir. (...) Buna göre, bir siyasal parti Türkiye’de bir federal sistemin kurulmasını

⁵²² Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 235.

⁵²³ Oktay Uygun, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı**, C. 20, 2003, s. 265.

⁵²⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 74.

⁵²⁵ Tunç, “Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımızda Milliyetçilik Anlayışı ve Atatürk Milliyetçiliği”, s. 4.

⁵²⁶ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 389.

⁵²⁷ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 51-52.

savunamaz”⁵²⁸.

Soysal da bölünmez bütünlük ilkesinin, egemenliğin bölünmesine imkan vermediği ve dolayısıyla federal yapının mümkün olamayacağı görüşündedir. Soysal’a göre,

Türkiye Devletinde tek bir egemenlik vardır ve Anayasa gereğince bütün Türk ulusuna ait olan bu egemenlik, (...) federatif yapıli devletlerde olduğu gibi, parçalamak ve merkezdeki “federal” devlet egemenliğinin yanında “federe” devletlerin de bölge bölge bu egemenliği kullanmaları yoluna gitmek Türk anayasa sistemine göre olanak dışıdır.⁵²⁹

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, Sosyalist Birlik Partisi kararında, Anayasa’nın federal devlet sistemine kapalı olduğu yolunda içtihat geliştirmiştir:

(...) devlet yapısında “bölünmez bütünlük” ilkesi; egemenliğin, ulus ve ülke bütünlüğünden oluşan tek bir devlet yapısıyla bütünleşmesini gerektirir. Ulusal devlet ilkesi, çok uluslu devlet anlayışına olanak vermediği gibi, böyle düzende federatif yapıya da olanak yoktur. Federatif sistemde federe devletler tarafından kullanılan egemenlikler söz konusudur. Tekil (üniter) devlet sisteminde ise, birden çok egemenlik yoktur.⁵³⁰

Buna göre, siyasi partiler Türkiye’de federal sistem kurulmasını da savunamazlar.⁵³¹ Çünkü, Anayasa Mahkemesi’ne göre devlet biçimi değiştirilemez bir nitelik arz eder. Bunun sebebi de, “devlet, ülke, ulus konuları, her devlette farklılık gösteren, tarihsel süreçle ulaşılan, yeniden değiştirilip biçimlendirilmesi olanaksız olgular” olmasıdır.⁵³²

Hatta, Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın özerk yönetim biçimlerini de kapalı olduğunu iddia etmektedir:

Anayasa’daki ulus bütünlüğü ilkesinden uzaklaşıp, Türk ve Kürt ulusu ayırımına gidilemez. Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nde, bir devlet birden fazla ulus olamaz. Türk ulusu içinde değişik kökenli bireyler olsa da hepsi Türk yurttaşdır. Tarihsel bir gerçek olan “Türk Ulusu” olgusu yerine ırkçılığa dayanan ayrılıklar ve Türk vatandaşlığı niteliğini değiştiren

⁵²⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 96.

⁵²⁹ Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, s. 155.

⁵³⁰ E.1993/2, K.1993/3, K.T.: 30.11.1993, www.anayasa.gov.tr.

⁵³¹ E.1991/2, K.1992/1, K.T.: 10.7.1992, www.anayasa.gov.tr.

⁵³² E.1993/2, K.1993/3, K.T.: 30.11.1993, www.anayasa.gov.tr

savlar geçersizdir. Anayasa, bölgeler için özerklik ve öz-yönetim yöntemlerine-biçimlerine kapalıdır.⁵³³

Kanaatimizce, her ne kadar Anayasada açıkça devletin “üniter” olduğu belirtilmemişse de, Anayasanın bütününden ve devletin yapısından bu sonucu çıkarmak mümkündür. Nitekim, Atar’ın da dile getirdiği gibi, federal devlet anayasalarında devletin federal yapısı açıkça belirtilmekte ve bu sisteme uygun düzenlemeler yer almaktadır. Halbuki, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁵³⁴

Fakat, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği ilkesinden, Türkiye Cumhuriyeti’nin “üniter” bir devlet olmasının zorunlu olduğu, dolayısıyla daha adem-i merkezîyetçi, hatta federal bir yapıya geçilmesinin yasaklanmış olduğu sonucu çıkarılamaz. Çünkü, ülkenin ve ulusun birliği veya bölünmezliği özerk bölgelere yer veren devletlerin (Ör. İspanya, Portekiz), hatta federal devletlerin de bir özelliğidir.⁵³⁵ Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin Sosyalist Türkiye Partisi kararındaki içtihadının aksine, üniter ve federal yapılar, günümüzde, ulus devletin iki farklı örgütlenme biçimidir. Her iki sistemde, ulusal birliğin sağlanması amacına hizmet eden araçlardır. Uygun’un da işaret ettiği gibi, bir toplumun yalnızca bugünü değil, geleceğini de düşünen uzak görüşlü bir anayasakoyucu veya yorumcudan, amaca ulaşmak için gerekli olan aracı (üniter ya da federal yapıyı) değil; aracın hizmet ettiği amacı (ulusal bütünlüğü) güvence altına alması beklenir.⁵³⁶

Diğer taraftan, üniter devlet ile federal devlet arasında egemenliğin niteliği noktasında da bir zıtlık mevcut değildir. Demokratik bir rejim söz konusu olduğu süreçte, üniter devlet ile federal devlet arasında egemenliğin kaynağı arasında bir farklılık yoktur; her iki sistemde de egemenliğin kaynağı halktır. Fakat, egemenliği kullanan organlar arasında nisbi bir ayrılık meydana gelmektedir. Egemenliğin kullanılması bakımından, her ikisinde de birden çok organ görevlidir ve egemenlik bu organlar arasında bölünmektedir. Fakat, üniter devlette egemenliğin kullanımı sadece yasama, yürütme ve yargı organları arasında bölünmekteyken, federal devlette ayrıca, federal ve federe birimler arasında da

⁵³³ E.1991/2, K.1992/1, K.T.: 10.7.1992, www.anayasa.gov.tr.

⁵³⁴ Atar, a.g.e., s.56.

⁵³⁵ Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, s. 161.

⁵³⁶ Uygun, **Federal Devlet**, s. 152.

egemenliğin kullanımı açısından bir işbölümü meydana getirilmektedir.⁵³⁷

Anayasa Mahkemesi'nin federal ve üniter devlet şeklindeki siyasal nitelikleri değişmez kabul etmesi⁵³⁸ de sosyolojik olarak doğru bir yaklaşım gibi görünmemektedir. Böyle bir iddiayı ileri sürmek, “üniter sisteme duyulan bağlılığın duygusal bir ifadesi olarak ele alınsa bile”,⁵³⁹ sosyolojik ve hukuki açılardan pek de sağlam görünmemektedir. Bir ülkedeki federal ya da üniter devlet uygulamasını, anayasa ile ortaya konulan ulus iradesinin tezahürü olarak görmek daha makul olabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında genel olarak dikkat çeken eğilim, milliyetçilik ve bölünmez bütünlük ilkelerini son derece sert yorumlayarak, siyasi alanın sınırlarını Anayasa'nın öngördüğünden daha fazla daraltma yönünde olduğu söylenebilir. Mahkeme, bu konuyla ilgili, Anayasa'da barışçı ve demokratik yöntemlerle değişiklik yapılması taleplerini bile mümkün görmemektedir.

Aslında, Mahkeme'nin, söz konusu ilkeyi, hukuksal ve siyasal anlamının dışında, Cumhuriyet'in kuruluş ve sonraki dönemlerinde yaşanan sosyal gerçeklikler bağlamında oluşmuş tarihsel anlamına bağlı kalarak yorumladığı söylenebilir.

Nitekim, Mahkeme, Türkiye Emekçi Partisi davasında,

(...) geçmişte ‘panislamist’ ve ‘panturanist’ görüşlerin neden olduğu acı deneyimleri yaşamış olan Türk Ulusunun, din, dil, ırk ve mezhep gibi esaslara dayalı ayrılık çabalarına ödün vermeyen birleştirici ve toplayıcı bir ‘Milliyetçilik’ anlayışına Anayasa'nın Başlangıç bölümleri arasında yer vermesi, imparatorluktan ulusal devlete dönüşmüş bir toplumun bilinçli bir davranışdır.⁵⁴⁰

derken, milliyetçilik konusundaki yaklaşımında tarihsel olayların etkisini görmek mümkündür.

⁵³⁷ Uygun, **Federal Devlet**, s. 140-141.

⁵³⁸ E.1993/2, K.1993/3, K.T.: 30.11.1993, www.anayasa.gov.tr

⁵³⁹ Uygun, **Federal Devlet**, s. 153.

⁵⁴⁰ E.1979/1, K.1980/1, K.T.: 8.5.1980, AYMKD., Sayı 18, s. 26-27.

Halbuki Mahkeme, daha kuşatıcı bir milliyetçilik anlayışı ile azınlık haklarının ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, gerçekten milli birliği sağlayıcı bir yaklaşım sergileyebilirdi. Şüphesiz ki, ulus devlet ancak tek bir ulusa dayanır ve etnik ya da dinsel kimliği esas alan bir yönetim yapısına engeldir.⁵⁴¹ Bu bağlamda, Devletin milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi, azınlık yaratılmasını önleyip, bu konuda vatandaşlar arasında eşitliğin sağlanması şeklinde yorumlanabilir.⁵⁴² Fakat, ırk, dil, din, etnik köken ve kültürel yönden belli kesimlerin farklılığını kabul eden ve bu doğrultuda iyileştirici ve ulusal bütünlüğü zedelemeyecek biçimde politikalar bölünmezlik ilkesinin kapsamına dahil edilmeyebilir. Ortak nokta olarak Anayasal vatandaşlık olmakla birlikte toplumda değişik yönlerden farklı olma hakkı, açık bir tehlike oluşturmadıkça ve eşitlik ilkesiyle çelişmedikçe yasaklanmamalıdır.⁵⁴³ Nitekim bir kararında, ulus kavramının etnik temelli veya yurttaşlığa bağlı yersel temelli kimliğe bağlı olarak tanımlanabileceğini ve Türkiye’de Anayasal düzenlemelerde ikincisinin tercih edilmiş olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karara göre,

Ulus kavramı genellikle iki şekilde; etnik bir kimlik veya yurttaşlığa bağlı yersel (territorial) bir kimlik olarak tanımlanır. (...) Türkiye’de, yıkılan çok uluslu Osmanlı İmparatorluğu’nun temelleri üzerine kurulan yeni ulus devlet, hukuki bakımdan yersel ve yurttaşlığa bağlı bir ulus anlayışını benimsemiştir. 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları, Türkiye Cumhuriyeti’ne yurttaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “Türk Ulusu, Kurtuluş Savaşı’nın kazanılmasıyla sınırları çizilmiş “vatan” kavramına dayanır. (...) Ulus, tarihsel ve sosyal gelişmenin yarattığı birlikte yaşama olgusudur. Irk gibi antropolojik ve filolojik niteliklere dayanan dar bir kavram değildir.”⁵⁴⁴

Karardaki, yurttaşlığa bağlı yersel ulus yaklaşımı, farklı kültürel kimliklerin tanınması ve farklılıkların hoşgörü içinde bir arada yaşatılması açısından önemli bir açılım sağlayabilirdi. Fakat, Anayasa Mahkemesi, maalesef toplumsal barışı sağlayacak bir anayasal yorum geliştirme noktasında pek de başarılı olamamıştır.

⁵⁴¹ Sağlam, “Anayasa ve Değişmez Kurallar”, s. 569.

⁵⁴² Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, s. 205.

⁵⁴³ Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, s. 206.

⁵⁴⁴ E.1993/3, K.1994/2, K.T.: 16.6.1994, www.anayasa.gov.tr.

2.4.7. Devletçilik İlkesinin Anlamı ve Ölçü Norm Olarak Uygulanması

2.4.7.1. Devletçilik İlkesinin Anlamı

Devletçilik ilkesi 1935 yılında Cumhuriyet Halk Fırkası'nın programına girmiş, 1937 yılında da devletin nitelikleri arasında kabul edilerek Anayasa'ya dahil edilmiştir.

Cumhuriyet Halk Fırkası'nın programında devletçilik şu şekilde tanımlanmıştır:

İktisad işlerinde Devletin alakası fiilen yapıcılık olduğu kadar hususi teşebbüsleri teşvik ve yapılanları tanzim ve murakabe de etmektir. Devletin hangi iktisadi işleri fiilen yapacağını takdiri milletin umumi ve yüksek menfaatlerinin icabına bağlıdır.⁵⁴⁵

Kili devletçilik ilkesinin kabulünü, “Devletçi bir siyasa güdülerek ekonomik bağımsızlığın daha çabuk, daha kolay sağlanacağı” düşüncesine bağlamaktadır.⁵⁴⁶ Yüzbaşıoğlu ise, “sınıf mücadelesinin önlenmesi, sosyal barışın sürdürülmesi, sosyal adalet ve sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesi” hedeflerinin gerçekleşmesi için devletin ekonomi alanında en azından düzenleyici ve denetleyici bir rol oynamasını gerektirdiği görüşündedir.⁵⁴⁷

Türkiye’de devletçilik uygulamasına geçilmesinin nedenini Lewis ise, Kemalist rejimin bürokratik ve elitist niteliğine bağlamaktadır:

İktisadi hayatta devlet yönetimi ve kontrolü fikri, otoriter, bürokratik ve pederşahi Kemalist rejime, idareci elit’in yetki, üstünlük ve görevlerinin tabii ve aşık bir genişleyişi gibi geldi. İktisadi gelişme gerçekten zorunlu ise, diğer her şeyde olduğu gibi bunda da, milletin güvenlik ve mutluluğundan sorumlu olanlar tarafından yüklenilmeliydi.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ Köker, **Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi**, s. 178.

⁵⁴⁶ Kili, a.g.e., s. 203.

⁵⁴⁷ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 87-88.

⁵⁴⁸ Bernard Lewis, (Çev.) Metin Kıratlı, **Modern Türkiye'nin Doğuşu**, 5. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1993, s. 464.

2.4.7.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletçilik İlkesinin Etkisi

Yüzbaşıoğlu, “Atatürkçü düşünce sistemi içinde “mutedil devletçilik” ilkesi içeriği dondurulmuş, sürekli bir ekonomik politika tercihi de değildir. Yukarıda açıkladığımız gibi bu tercih sadece “o dönem içinde bulunulan koşullara uygun” ekonomik politika tercihidir”⁵⁴⁹ diyerek, devletçilik ilkesinin değişken bir niteliğe sahip olduğunu belirtmektedir.

Nitekim, 1924 Anayasasında 1937 yılında yapılan değişiklikle “Devletçilik” Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde, 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası’nın ilk dönemlerinde verdiği kararlarda, devletçilik ilkesinin katı ve doktriner olmadığını, ülkenin şartlarına göre siyasi iktidarın tercih ettiği ekonomik politikayı uygulamakta serbest olduğunu kabul etmiştir.

Atatürk’ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka bir ifadeyle, ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimine veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez. Öte yandan, çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır.⁵⁵⁰

Anayasa Mahkemesi, bir diğer kararında da, 1961 ve 1982 Anayasaları devletçilik ilkesine yer vermediği için bu anayasalar döneminde devletçilik ilkesinin siyasal iktidarları bağlayıcı bir niteliğinin de mevcut olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme’ye göre sosyal devlet ilkesi devletçiliğin uygulanmasını zorunlu kılmaz:

Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirtildiği gibi, Atatürk’ün iktisadi görüşleri katı ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır.⁵⁵¹ Nitekim, 1924 Anayasasında 1937 yılında yapılan değişiklikle "Devletçilik, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir. Bununla beraber Anayasa, liberal bir iktisadi politika takibine

⁵⁴⁹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 88.

⁵⁵⁰ E.1984/9, K.1985/4, K.T.: 18.2.1985, www.anayasa.gov.tr .

⁵⁵¹ E.1984/9, K.1985/4 sayılı kararı, 26/8/1985 günlü, 18793 sayılı Resmi Gazete .

elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir. Burada yeri gelmişken devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı vurgulanmalıdır. Esasen, yukarıda da belirtildiği gibi; devletleştirme olanağı ortadan kaldırılmamıştır.⁵⁵²

Duran, Anayasa Mahkemesi'nin devletçilik ilkesine yönelik bu yaklaşımını eleştirmektedir. Duran'a göre, Mahkeme'nin bu tutumu, III. Cumhuriyet rejiminin temel taşı yapılmak istenen "Atatürkçülük" ile bağdaşmamaktadır. Atatürk'ün iktisadi görüşlerinin ifadesi olan devletçilik ilkesi, kamu kesimine özel kesimden daha fazla ağırlık vermeyi gerektirir. Mahkeme'nin de Anayasa'yı Atatürkçü düşünce çizgisinde, yani devletçi bir anlayışla yorumlaması gerekmektedir.⁵⁵³

Yüzbaşıoğlu ise, 1961 ve 1982 Anayasalarının, sosyal devlet ilkesine yer vermesi, sosyal ve ekonomik haklar ve devletin ekonomiye müdahalesi ile ilgili düzenlemeleri, Atatürk'ün mutedil devletçilik anlayışına denk düştüğü görüşündedir. Fakat, Yazara göre, Türkiye'de 1961 ve 1982 Anayasaları ile Almanya'da olduğu gibi kayıtlı ekonomik yansızlık ilkesi kabul edilmiştir. Bu durumda, "her iki Anayasa düzeninde de salt liberal ya da salt devletçi ekonomi modeli uygulama olanağı yoktur. Bunun dışında, seçimle gelen iktidarlar, az veya çok devletçi ya da az veya çok liberal ekonomi politikası uygulamakta serbesttirler". Dolayısıyla, siyasi iktidar sosyal devlet ilkesini dikkate alarak, tercih ettiği ekonomi politikayı uygulayabilecektir.⁵⁵⁴

Özbudun da, sosyal devlet ilkesinin ölçü norm değerini kabul etmekle beraber, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi iktidarların ekonomik programlarına müdahale etmesini, çoğulcu demokrasi ile bağdaşmaz bulmaktadır. Yazara göre, sosyal adaleti hayata geçirmenin farklı yöntem ve uygulamaları söz konusudur. Demokratik bir sistemde, sosyal devletin temel değeri olan sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için gerekli yöntem ve ekonomi politikasını belirleme ve uygulama yetkisi seçimle gelmiş siyasi iktidara ait olmalıdır. Yargı organı, yasamanın öncelikler, yöntemler ve ölçüler konusundaki siyasi takdirine açık bir anayasal dayanak olmadıkça müdahale etmemelidir.⁵⁵⁵ Gözler de, 1982

⁵⁵² E.1985/2, K.1985/16, K.T.: 27.9.1985, www.anayasa.gov.tr.

⁵⁵³ Lütfi Duran, "Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni 2", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 19/2, 1986, s. 4-5.

⁵⁵⁴ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 89-91.

⁵⁵⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 149.

Anayasası'nın sosyal devlet ilkesini kabul ettiğini, sosyal devlet ilkesinin ise devletçiliği gerektirmediği kanaatindedir.⁵⁵⁶

Anayasa Mahkemesi, siyasi iktidarın ekonomi politika ile ilgili tercihlerine saygılı olduğu içtihatlarını 1990'lı yıllarda bırakarak, başlangıç ilkelerini de dayanak yaptığı kararlarıyla devletçi ekonomik modele meylenmiştir. Mahkeme, 5.5.1994 günlü ve 3987 sayılı "Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi" ile ilgili kanunu iptal ederken, Başlangıç bölümünde yer alan "hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk Milli menfaatlerinin karşısında koruma göremeyeceği" ifadesi ile 5'inci maddedeki "Türk Milletinin bağımsızlığı" ilkelerine dayanmıştır. Ayrıca, Anayasa'nın 2. maddesinde, "... toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı ... içinde insan haklarına saygılı..." ifadesini, devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanındığı şeklinde yorumlamıştır. Mahkeme, aynı kararında özelleştirme ile ülkenin bağımsızlığı ve güvenliği arasında şu şekilde ilişki kurmaktadır:

(...) devletin geleceği üzerinde doğrudan etkisi olan yaşamsal önemdeki konularda, yabancıların ağırlığını önleyici kuralların geliştirilmesi bağımsızlığın korunması yönünden zorunludur. (...) Özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfusuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. (...) Türk Ulusu'nun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi, özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür. Uygulamaların karşılıklılık ilkesi gözetilerek yapılması gerekir. Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü bu tür kamu hizmetleri, ülke bütünlüğü ile çok yakından ilgilidir. (...) Diğer yönden, bu yöntem stratejik konumda olan bölgelerde de yabancıların taşınmaz mal edinmelerine olanak sağlayacaktır.⁵⁵⁷

Ayrıca, Mahkeme kararlarında, devletleştirme ile özelleştirme arasında zorlama bir ilişki kurmak suretiyle özelleştirmeyle ilgili düzenlemelerin yapılmasını zorlaştıracak bir yaklaşım sergilenmiştir. Mahkeme'ye göre,

Kimi özelleştirme türlerinde kamu mülkiyetine sınırlama getirildiği gibi kamu varlığının satışında da kamu mülkiyeti sona ermektedir. Kamu varlığının azalması, elden

⁵⁵⁶ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 74-75.

⁵⁵⁷ E.1994/49, K.1994/45-1, K.T.: 15.6.1994, www.anayasa.gov.tr .

çıkartılmasıyla özelleştirilen alanda kamu mülkiyeti ortadan kalkmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasa'nın 35. maddesinin getirdiği bir zorunluluktur.⁵⁵⁸

Özbudun, söz konusu kararı eleştirirken, Anayasa Mahkemesinin, “Türk Milli Menfaatleri”, ve “Türk Milleti'nin bağımsızlığı” gibi kavramları ölçü norm olarak kullanmasını, açıkça yerindelik denetimine yol açar mahiyette görmektedir. Yazara göre, “Mahkemenin kendi sübjektif milli menfaat veya kamu yararı anlayışını, seçilmiş otoritelerinkinin yerine geçirmesi, demokratik ilkelerle bağdaşmaz”.⁵⁵⁹

Söz konusu kararda Mahkeme açıkça devletçilik ilkesine dayanmamışsa da, dayandığı argümanlar devletçi bir yaklaşım sergilediğini göstermektedir. Halbuki Anayasa Mahkemesi, 4 Haziran 1985 gün, 3213 sayılı “Maden Kanunu”nun bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan daha eski bir kararında, devletçilik ilkesinin katı bir doktriner tercihi yansıtmadığını, kuruluş döneminin ekonomi politikasında da özel sektöre öncelik verildiğini, madenlerin özelleştirilmesi ile yabancı sermayenin bu alana girmesinin milliyetçilik ilkesine aykırı olmadığını savunmuştur.

Madencilik sektöründe Devlet tekeli kaldırılan ve özel işletmelere de yer veren 49. ve 50. maddelerin, Anayasa'nın Başlangıç'ında yer alan “Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri” ile, Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesindeki “sosyal bir hukuk Devleti” niteliği ve Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde yer alan “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” amacı ile bağdaşmayan, onlara aykırı olan bir yönü yoktur. Çünkü Atatürk ilke ve inkılâpları içinde yer alan “Devletçilik” ilkesi, katı doktriner bir tercihi yansıtmaz. Cumhuriyet'in Kuruluş Dönemi'nde dahi, Devletçilik ilkesinin özel sektörün sermaye ve teknoloji birikimi yönünden yetersiz kaldığı alanlarda uygulandığı, özel sektörün herhangi bir alanda yatırım yapmak istemesi halinde kendisine hiçbir şekilde engel olunmadığı, aksine, çeşitli önlemlerle teşvik edilmiş olduğu bilinmektedir. Yabancı sermayenin sadece madencilik sektöründe değil, herhangi bir sektörde yatırım yapması, uluslararası ilişkilerin yaygınlaştığı günümüz dünyasında, “Milliyetçilik” ilkesine ters düşen bir durum sayılamaz. Bugünün gelişmiş ülkelerinde dahi, yabancı sermayenin yatırım yapması, tabii bir

⁵⁵⁸ E.1994/49, K.1994/45-1, K.T.: 15.6.1994, www.anayasa.gov.tr, aynı nitelikte E.1994/43, K.1994/42-2, K.T.: 9.12.1994, www.anayasa.gov.tr .

⁵⁵⁹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 140.

ekonomik girişim olarak kabul edilmektedir. Az gelişmiş ekonomiler ise yabancı sermayeyi kendi ülkelerine çekip ekonomik kalkınmayı hızlandırmaya çalışmaktadırlar. Milliyetçilik, yabancı sermayeye karşı olmak değil, yabancı sermayenin ulusal amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılmasını sağlamak olarak anlaşılmalıdır. “Sosyal hukuk Devleti”nin ise, özel sektöre madencilik alanında faaliyet gösterme iznini vermekle ihlâl edileceği görüşünün anayasal dayanağını bulmak güçtür.⁵⁶⁰

Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda ele alınan iki kararına bakıldığında, Mahkeme’nin, benzer Anayasa maddelerine dayanarak, benzer bir konuda birbirine zıt iki sonuca varabildiği görülmektedir. Bu durumun bir sebebi, iki kararın verildiği dönemdeki siyasi şartların farklı olması olabilir. Şöyle ki, 3213 sayılı “Maden Kanunu” ile ilgili olan ve siyasi iktidarın takdir hakkına müdahale etmekten uzak durduğu 1986 tarihli karar, ülkede ciddi ekonomik ve siyasi sorunların yaşanmasının ardından kurulan askeri yönetimin etkilerinin henüz sona ermediği ve demokrasinin yeniden rayına oturtulmaya çalışıldığı bir dönemde verilmiştir. 3987 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi” ile ilgili kanunu iptal ettiği 1994 tarihli kararı ise, nisbeten sivil siyasetin ülke yönetiminde etkin olduğu bir dönemde vermiştir. Kanaatimizce, sivil siyasetin etkin olmasıyla Mahkeme, tekrar kurulduğu dönemin bürokratik-elitist mantığına dönerek, seçilmişlerin, ülke menfaatlerini doğru takdir edemeyecekleri kanaatiyle hareket etmiş olabilir.

2.5. Anayasanın Başlangıç İlkeleri

2.5.1. Başlangıç Bölümleri Konulmasının Tarihçesi ve Anlamı

Anayasalar ve uluslararası andlaşmalar gibi önemli hukuk metinleri, genel olarak bu metinlerin hazırlanmasına yol açan tarihi, siyasi, sosyolojik ve felsefi faktörleri içeren bir başlangıç bölümüne yer verirler.⁵⁶¹ Dünyanın yazılı ilk iki Anayasası da bir başlangıç bölümü ile başlamaktadır. Bu anayasalardan 1787 Amerikan Anayasası, oldukça kısa bir Başlangıç’a sahiptir ve herhangi bir hukuki norm çıkarabilme olasılığı taşımamaktadır. Buna karşılık, 1791 tarihli Fransız Anayasası 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları

⁵⁶⁰ E.1985/20, K.1986/30, K.T. : 24.12.1986, www.anayasa.gov.tr.

⁵⁶¹ Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 743.

Bildirisi'ni Başlangıç bölümü olarak kabul etmiştir.⁵⁶²

İlk iki anayasada başlangıç kısmı olsa da, anayasalara bir başlangıç bölümü koyma yöntemi, esas olarak, “İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra yapılan anayasalarda yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır”.⁵⁶³ Erdoğan’a göre, anayasalara başlangıç kısmı konulması, ülkelerin sahip olduğu anayasacılık geleneği ve anayasanın yapıldığı dönemin sosyo-politik şartlarına bağlıdır. “Başlangıç” bölümlerinin, genel olarak, bir devrim veya bağımsızlık sonrasında ortaya çıkan kurucu iktidarın bazı siyasi ilke ve değerleri veya bir ideolojik tercihi vurgulamak, anayasaya yansıtmak istemelerinin sonucu olduğu söylenebilir. Ayrıca, anayasanın yapıldığı şartlar Başlangıç bölümlerinin içeriğini de etkilemektedir. Mesela, “İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan Alman ve Fransız Anayasalarının Başlangıç bölümlerinde “uluslararası barış”ın bir değer olarak vurgulanmış olması anlamlı olsa gerektir”.⁵⁶⁴

Anayasaların başlangıç kısımlarının hukuki değeri konusunda, genel kanaat, söz konusu metnin normatif değerden yoksun olduğu şeklindedir. Fakat, başlangıç kısımları anayasanın yorumlanmasında yol gösterici olabilirler. Nitekim, Özbudun; başlangıç bölümlerinden, uygulanabilir hukuk normları çıkarmanın kolay olmadığını ama pozitif anayasa normlarının yorumlanmasına katkısı olabileceğini belirtmektedir.⁵⁶⁵ Gerçekten de, başlangıç bölümleri, anayasanın benimsediği egemen ilkelere, felsefesine, sahip olduğu toplum ve siyaset anlayışına, siyasi öncelik ve duyarlılıklarına dair birtakım işaretler taşıyabilmektedirler. Bu içerikleri ile anayasanın yorumlanmasında, -başta anayasallık denetimi yapan yargıçlar olmak üzere- anayasa uygulayıcılarına yardımcı olabilirler.⁵⁶⁶

2.5.2. Türk Anayasa Hukukunda Başlangıç Bölümünün Ölçü Norm Niteliği ile İlgili Değerlendirmeler

Fakat, Başlangıç bölümünün anayasanın esas metnine dahil olduğu bizzat anayasada düzenlenmişse, başlangıç kısmının hukuki niteliğinde bir değişiklik olması

⁵⁶² Mehmet Tefik Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, Bahar 2001, s. 46.

⁵⁶³ Eroğul, a.g.e., s. 288.

⁵⁶⁴ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 68.

⁵⁶⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 77.

⁵⁶⁶ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 68-69.

gerekmez mi? Nitekim, Türkiye’de gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası, Başlangıç bölümlerinin anayasa metnine dahil olduğunu açıkça hüküm altına almıştır. Bu durumda, Türk anayasa düzeninde, Başlangıç bölümü ölçü norm olarak kabul edilebilir mi?

Gerçekten de, 1961 Anayasası 156. maddesinde, 1982 Anayasası ise 176. maddesinde, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir” hükmüyle, Başlangıç’ı Anayasa metnine dahil etmiştir. Ayrıca, her iki anayasa da, Başlangıç’ı “başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan” ibaresiyle Cumhuriyetin nitelikleri arasında saymıştır. Ancak, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak, Anayasa’nın Başlangıç’ta yer alan ilkelere “saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanacağını” hükme bağlamıştır.⁵⁶⁷

1982 Anayasası’nın açık düzenlemesine rağmen doktrinde çoğu yazar Başlangıç bölümünün normatif değeri üzerinde olumsuz görüş bildirmiştir. Söz konusu yazarlar eleştirilerini iki grupta toplamıştır. Birincisi, Anayasa’nın Başlangıç bölümünün, anti-demokratik bir niteliğe sahip olmasıdır. İkincisi ise, Başlangıç bölümünde kullanılan ifade ve kavramların, belirsiz, geniş kapsamlı olmasından dolayı norm niteliği taşımayacağıdır.

Anayasalara bir başlangıç koyma geleneği, ülkemizde 1961 Anayasası’yla başlamış bir uygulamadır. Bu uygulamanın kaynağı, hükümet darbelerine hukuki bir gerekçe gösterme kaygısı olabilir. Anayasa yapımcıları tarafından başlangıç koyma yöntemi benimsenince, bu bölümde anayasa koyucunun temel felsefesini özetleme yoluna da gidilmiştir. Böylece, anayasa yorumlanırken, yapımcılarının dünya görüşlerinin göz önünde tutulması istenmiştir.⁵⁶⁸ Gözübüyük de benzer bir değerlendirmeye, 1961 ve 1982 Anayasalarına başlangıç bölümünün konulmasını, “bir yandan hükümet darbelerine bir gerekçe göstermek; diğer yandan da, Anayasaya egemen olan ilkelere, anayasa koyucunun temel görüşüne açıklık getirmek” şeklinde izah etmektedir.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, s. 47.

⁵⁶⁸ Eroğul, a.g.e., s. 315-316.

⁵⁶⁹ Gözübüyük, a.g.e., s. 147.

Bu durumda, yapılan darbeyi meşrulaştırmak gibi bir işlev yüklenen ve yapıcıları arasında askeri bürokrasinin de yer aldığı bir Anayasa'nın başlangıç kısmının, otoriter, devletçi bir niteliğe sahip olması olağan karşılanabilir.

Doktrinde, 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmının anti-demokratik niteliği ile ilgili olarak büyük ölçüde görüş birliği olduğunu söyleyebiliriz. Yazıcı, esas vurguyu özgürlükler ve özgürlüklerin korunmasına yapan evrensel örneklerinden farklı olarak, 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde birey ve onun özgürlükleri yerine devlet ve onun otoritesini yücelten ifadelerle yer verildiğini belirtmektedir.⁵⁷⁰

Gerçekten de, 1982 Anayasası'nın Başlangıç kısmı devleti üstün gören, devletçi bir anlayışa sahiptir. “Türk Vatanı ve Milletinin ebedî varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa” ibaresiyle daha metnin girişinde devletin yüceliği vurgulanmıştır. Yine, Başlangıç bölümünde, “Hiçbir faaliyetin (Anayasa'nın ilk halinde, düşünce ve mülahazanın) Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği” belirtilmiştir. Hiçbir faaliyetin aykırı olamayacağı “Türk milli menfaatleri”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri” ve “Atatürk medeniyetçiliği” ibarelerin hukuki kavramlar olarak değerlendirilmesi zor görünüyor. Bunlar tutucu, otoriter ve keyfî yorumlara yol açabilecek niteliğe sahiptir.⁵⁷¹ Ayrıca, bu ifadelerde de görüleceği üzere, Başlangıç kısmının belli bir ideolojiyi Anayasal düzenin temel dayanakları arasında gösterdiği söylenebilir.⁵⁷²

İkinci ve daha önemli mesele ise, başlangıç bölümünden uygulanabilir pozitif hukuk kuralları çıkartmanın zorluğu ve hatta imkansızlığıdır. Sabuncu bu durumu şu şekilde ifade etmektedir. “Ne var ki, daha çok birer “hukuk normu” biçiminde ifade edilmeleri mümkün olmayan “felsefi” görüş ve anlayışların “edebi” bir üslupla açıklanışı biçiminde yazılmış olan “Başlangıç” kısmından uygulanabilir hukuk kuralları türetmek pek

⁵⁷⁰ Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 743-744.

⁵⁷¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 77.

⁵⁷² Erdoğan, **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, s. 119.

kolay değildir”.⁵⁷³

Başlangıç bölümünün bu belirsizliğine rağmen, Gözler’e göre, söz konusu metnin pozitif hukuki değeri mevcuttur. Çünkü, 1982 Anayasasının 176’ncı maddesinin ilk fıkrasına göre, Anayasa’nın Başlangıç bölümü, “Anayasa metnine dahildir”. Dolayısıyla, Başlangıç da, Anayasanın diğer maddeleriyle aynı pozitif hukuki değere sahiptir. Başlangıçta geçen bazı ilkelerin nispeten belirsiz olması onların normatif niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi bu belirsiz olduğu düşünülen kavramların içeriklerini belirginleştirebilir. Ancak, Yazar, Başlangıç bölümünün ölçü norm olarak kullanılmasında ölçülü olunması gerektiğini de vurgulamaktadır. Öyle ki, Anayasa’nın diğer maddelerinde açık hüküm varken, Anayasa Mahkemesi’nin başlangıçta belirtilen hükümleri ölçü norm olarak kullanmasına gerek yoktur. Anayasaya uygunluk denetiminde Başlangıçtaki kavram ve ilkelerin sıkça kullanılması yerindelik denetimine sebep olabilir.⁵⁷⁴

Doktrinde hakim görüş ise, Başlangıç kısmının doğrudan ölçü norm olarak kullanılmayacağı yönündedir. Özbudun, başlangıçta kullanılan “Türk milli menfaatleri”, “Türklüğün tarihi ve manevi değerleri” ve “milli kültür” gibi içeriği belirsiz ve muğlak kavramların ölçü norm olarak kullanılmasının anayasaya uygunluk denetimini yerindelik denetimine dönüştürebileceğine dikkat çekerek, Başlangıç bölümünün ölçü norm olarak kullanılması konusunda olumsuz tavır almaktadır.⁵⁷⁵

Hakyemez de, başlangıç metninin içerdiği soyut ve muğlak ifadelerin, anayasa yargıçlarına, kendi dünya görüşlerine uygun karar verme sürecinde adeta “maymuncuk anahtar” işlevi göreceğine dikkat çekerek, “Anayasa Mahkemesi’nin gerçekleştirdiği denetimin hukuka uygunluk sınırları içerisinde kalması isteniyorsa, başlangıç metninin doğrudan ölçü norm olarak kullanılmaması” gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁷⁶

Yine Sabuncu da, Başlangıç kısmından çıkarılacak ilkelerin herkesçe aynı biçimde anlaşılıp, yorumlanabilecek net bir içeriklerinin olmadığını, dolayısıyla Anayasanın

⁵⁷³ Sabuncu, a.g.e., s. 16.

⁵⁷⁴ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 87- 90.

⁵⁷⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 78.

⁵⁷⁶ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 445.

Başlangıç kısmının hukuk normlarında olması gereken öğelerden büyük ölçüde yoksun olduğu kanaatindedir.⁵⁷⁷

Eğer Anayasa'nın başlangıç kısmı doğrudan ölçü norm olarak kullanılmayacaksa, kurucu irade tarafından anayasa metnine dahil edilen bu kısmın hukuki işlevi ne olacaktır? Bu soruya doktrinde, Başlangıç bölümüne, diğer anayasa kurallarının yorumlanmasında yol gösterici bir işlev tanınarak cevap verilmektedir.

1961 Anayasası döneminde Arsel, Başlangıç bölümünün Anayasa metnine dahil olması sebebiyle anayasal kuvvete sahip olduğunu ifade etmekle beraber, Başlangıç kısmını, uygulamada Anayasa'nın anlamının belirlenmesinde ışık tutacak “manevi bir değer” olarak kabul etmektedir.⁵⁷⁸ Erdoğan da, hukuk kuralı olarak uygulanması imkanı bulunmayan Başlangıç bölümünden, sadece anayasa normlarının yorumunda destekleyici veya yol gösterici olarak yararlanılabileceği görüşündedir.⁵⁷⁹ Yüzbaşıoğlu da, Başlangıç bölümünün, Anayasa'nın içindeki diğer hükümler gibi teknik anlamda bağlayıcılık ve doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip olmadığını, Başlangıç'ın hukuki değerinin, ancak, pozitif Anayasa kurallarının yorumlanmasına katkı sağlamak şeklinde olabileceğini ileri sürmektedir. Ancak, Yüzbaşıoğlu, Başlangıç'ın içinde yeteri derecede açık, doğrudan uygulanabilir nitelikte ilke ve kurallar varsa, bunların doğrudan bağlayıcı hukuki değere sahip olduğunu ifade etmektedir.⁵⁸⁰

Anayasa'nın başlangıç kısmına, diğer anayasa kurallarını yorumlamada yardımcı olacak, ikincil bir rol vermenin pozitif temeli ise, Anayasa'nın 176. maddesinde bu kısmın “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri” belirttiğinin ifade edilmesidir.⁵⁸¹ Gerçekten de, “görüş ve ilkeler”in hukuksal norm niteliğine, özellikle Anayasallık denetiminde ölçü alınacak bir norm niteliğine sahip olduğunu söylemek zor görünüyor. Can'ın da belirttiği gibi, “Tüm hukuksal normlar, normatif önemdedirler, ancak normatif öneme sahip her ifadenin bir hukuk normu ya da onun bir parçası olduğu doğru değildir”.⁵⁸²

⁵⁷⁷ Sabuncu, a.g.e., s. 16.

⁵⁷⁸ Arsel, a.g.e., s. 145.

⁵⁷⁹ Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, s. 182.

⁵⁸⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 118-119.

⁵⁸¹ Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, s. 182.

⁵⁸² Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 80-81.

Diğer taraftan, Başlangıç bölümündeki ilkelerin önemli bir kısmı, anayasanın diğer maddelerinde zaten düzenlenmiştir. Özbudun, Başlangıç bölümünden şu temel ilkeleri çıkarmaktadır: “Atatürk inkılap ve ilkelerine bağlılık, Atatürk milliyetçiliği, Atatürk medeniyetçiliği, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, milli egemenlik, anayasanın ve hukukun üstünlüğü, hürriyetçi demokrasi, kuvvetler ayrılığı, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği, laiklik, her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”.⁵⁸³ Gözler söz konusu ilkelere, “Türk vatandaşlarının milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu”⁵⁸⁴ nu da eklemektedir. Gözübüyük ile Eroğul ise, “Yurtta sulh, cihanda sulh arzu ve inancı içinde yaşama hakkı” ile “Dünya uluslarıyla tüzel eşitlik” ilkelerini de ilave etmektedir.⁵⁸⁵

Yukarıda yer alan ilkelere Atatürk ilke ve inkılapları, Anayasanın pek çok maddesinde geçmektedir. Atatürk milliyetçiliği, hürriyetçi demokrasi, laiklik ilkeleri, m. 2’de Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılmaktadır. Ayrıca, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği ilkesi m. 3’den, milli egemenlik ilkesi m. 6’dan, anayasanın ve hukukun üstünlüğü ilkesi m. 11’den, kuvvetler ayrılığı ilkesi m. 6, 7, 8, 9’dan, her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ilkesi, m. 2, 5 ve 10’dan çıkarılabilecek ilkelere aittir.

Başlangıçtaki ilkelere birinin Anayasa metninde hiç karşılığı görünmemektedir: “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip bir üyesi olmak”. Devletlerarası ilişkilerde eşitlik ilkesini ifade eden bu ibare hukuki bir anlam ifade eder. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yabancılara mülk satışını düzenleyen yasalarda “mütekabiliyet” (karşılıklık) ilkesinin yer almayışını, zorlama bir yorumla bu ilkeye aykırı bulmuş ve iptal kararları vermiştir.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 77.

⁵⁸⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s.90.

⁵⁸⁵ Gözübüyük, a.g.e., s. 148; Eroğul, a.g.e., s. 316-317.

⁵⁸⁶ E.1986/18, K.1986/24, K.T.: 9.10.1986, www.anayasa.gov.tr.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünün hukuki ve anayasal değerinde olduğunu kabul eden Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre, metinde geçen ifadeler hukuki değer bakımından ikiye ayrılabilir. Buna göre; “Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak” olmaları gibi ifadelerin hukuki olmadığını, ancak, diğer bazı ifadelerin ise, “Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten” (md. 176/1) ve bu açıdan hukuki ilke niteliğinde olduklarına işaret etmektedirler. Yazarlara göre, temel ilke niteliğinde olan ifadelerin pek çoğunun Anayasa metninde karşılığı ya da uzantısı olduğundan, söz konusu başlangıç ilkelerinin esas metinle beraber ele alınması gerektiğini kabul etmektedirler.⁵⁸⁷

Özbudun da, başlangıçta yer alan ilkelerin önemli bir bölümünün, Anayasanın çeşitli hükümlerinde somutlaştırıldığını belirterek, “Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimi yaparken, Başlangıçtaki ifadelerden ancak aydınlatıcı nitelikte destek ölçü norm olarak yararlanıp, esas ölçü norm olarak bu ilkelerin anayasa maddelerinde somutlaşmış biçimlerine dayanması daha doğru olur” şeklinde görüş ifade etmektedir.⁵⁸⁸ Sabuncu da benzer biçimde, başlangıç kısmının hukuki etkisinin ikincil olduğunu söyleyerek, “Başlangıç kısmında yer alan “ilkelerin” Anayasanın çeşitli maddelerinde somutlaştırılmış olduğu göz önünde tutulunca, bu ilkelerin Anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ölçü norm olarak kullanılmaları için hiçbir gerekçe kalmayacaktır” demektedir.⁵⁸⁹

Kanaatimizce, her ne kadar, söz konusu ilkelerin önemli bir kısmı Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alsa bile, bu durum, Başlangıç bölümünün otoriter ve devletçi vurgusunu görmezden gelmeye engel değildir. Hakyemez, Başlangıç bölümünün “militan demokrasi” anlayışını yansıttığını şu şekilde ifade etmektedir:

(...) 1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünde vurgu bölünmezlik, ulusal dayanışma ve devletin korunması üzerinde yapılmaktadır. Bu görüşü doğrulayıcı mahiyette başlangıç bölümünün 5. Paragrafında, “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devletin ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi

⁵⁸⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 62.

⁵⁸⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 77-78.

⁵⁸⁹ Sabuncu, a.g.e., s. 16.

değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” belirtilmektedir. Başlangıç kısmında yer alan bu ifade bile tek başına 1982 Anayasası’nda militan demokrasi anlayışı doğrultusunda, üniter devlet, demokratik devlet ve laik devlet ilkelerine aykırı çeşitli akımların ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin sınırı konusunda yeterli ipuçlarını verebilecek düzeydedir.⁵⁹⁰

Kanaatimizce, Başlangıç bölümü Anayasal düzenlemeye göre, diğer maddelerle eşit hukuki değere sahip olsa bile, Başlangıç bölümünün anayasacılık mantığına ters düşen otoriter ve devletçi mantığı ile içerdiği soyut ve muğlak ifadeler dikkate alındığında doğrudan ölçü norm olarak kullanılması isabetli olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, Başlangıç bölümünü ve buradan çıkarılacak ilkeleri doğrudan ölçü norm olarak kullanmak yerine, önüne gelen konuyla ilgili Anayasa’nın somut maddelerine dayanabilir. Fakat, Başlangıç bölümünün, anayasa maddelerinin yorumunda yol gösterici bir etkiye sahip olması da, kanaatimizce, Başlangıç bölümünün, evrensel örneklerinden farklı olarak otoriter ve devletçi bir özü yansıtması sebebiyle insan haklarına saygılı, demokratik bir Cumhuriyet açısından sorun oluşturabilecektir.

2.5.3. Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Başlangıç Bölümü

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyebileceği yönünde verdiği kararlarda, 2. maddede sayılan diğer Cumhuriyet’in nitelikleri ile beraber Başlangıç’ta belirtilen temel ilkeleri de değişmezlik kapsamına almıştır.⁵⁹¹ Ancak, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki kararlarında Başlangıç’ı doğrudan ve bağımsız bir ölçü norm olarak kullanmayıp, Anayasa’nın diğer hükümlerini, özellikle de Cumhuriyet’in niteliklerini belirlemede kullanmıştır.⁵⁹²

Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde Başlangıç ilkelerini doğrudan ölçü norm olarak kullanmamış olsa bile, 1982 Anayasası döneminde de sürdüreceği bir uygulama ile Başlangıç bölümünü temel olarak bir anayasa ideolojisi oluşturmuş ve sivil siyaset alanının

⁵⁹⁰ Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, s. 163.

⁵⁹¹ E.1970/1, K.1970/31, K.T.: 16.6.1970, www.anayasa.gov.tr.

⁵⁹² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 129.

sınırlarını daraltmıştır.⁵⁹³

Milli Nizam Partisi hakkında açılan kapatma davasında Anayasa Mahkemesi şu görüşlere yer vermiştir:

Parti (...) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı bir tutum ve durumun içindedir. Bu aykırılık başlıca, bir yandan Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki "Milletimizi dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak milli birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliği" ilkesi ile (...) doğrudan doğruya çelişkiye ve çatışmaya düşmek biçiminde kendisini göstermektedir.⁵⁹⁴

Bu kararında Mahkeme, Başlangıç bölümünde tanımlandığı şekliyle milliyetçilik ilkesini siyasal alanın sınırlarını belirlemede kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Türkiye İşçi Partisi'nin kapatılması davasında ise, Başlangıç ilkeleri karşısındaki tutumunu bütün açıklığıyla ortaya koymaktadır:

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde Türk milliyetçiliği ideolojisi egemendir ve Anayasamız(Başlangıç) kuralları arasında bunu bildirdiği gibi bütün Anayasa yapısının oturduğu temel dahi budur. Bu; Türk kültürüne dayanan bir milliyetçiliktir ve bundan ırk düşüncesi ve kökence başka görünen toplulukların ayrı tutulması düşüncesi yer almış değildir.⁵⁹⁵

Mahkeme burada bir yandan Başlangıç'ta yer alan Türk Milliyetçiliğinin tanımını yaparken, diğer yandan da buna aykırı olan eylem ve davranışları Anayasa'nın koruduğu siyasal alanın dışına çıkarmıştır.⁵⁹⁶

Nitekim, eski Türk Ceza Kanunu'nun 141. ve 142. maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Mahkeme,

(...) sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflara tahakkümü halinde, milletin bütün fertlerinin kader, kıvanç ve tasa ortaklığının yerini, sınıflara mahsus, ayrı kıvanç ve tasalar alacağından,

⁵⁹³ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 79.

⁵⁹⁴ E.1971/1, K.1971/1, K.T.: 20.5.1971, AYMKD., Sayı 9, s. 67-68.

⁵⁹⁵ E.1971/3, K.1971/3, K.T.: 20.7.1971, AYMKD., Sayı 9, s. 115

⁵⁹⁶ Gülsoy, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", s. 55.

Anayasa'nın bu konularda öngördüğü birlik yıkılacaktır. (...) Sınıf tahakkümünü korumak yolundaki bu çatışmalar, milli mücadele ruhunu, Anayasa'nın millet egemenliği kuralını ve Atatürk devrimlerine bağlılık şuurunu da kökünden sarsacaktır.⁵⁹⁷

ifadeleriyle, Başlangıç'ta yer alan ilkeleri davaya uygulamış ve siyasal alanı bunlarla sınırlamıştır. Mahkeme bu kararıyla, 141. ve 142. maddeleri Anayasaya uygun bulurken, “millet egemenliği” gibi 1961 Anayasası'nın 4. maddesinde somut olarak düzenlenmiş Başlangıç ilkesinin yanı sıra, “milli mücadele ruhu”, “Atatürk devrimlerine bağlılık şuru” gibi sadece Anayasanın Başlangıç bölümünde yer verilen muğlak ifadeleri de kullanmıştır.⁵⁹⁸

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu birçok kararında ise, Başlangıç'taki ilkeleri ya bağımsız ve doğrudan ölçü norm olarak kullanmış ya da temel gerekçeyi bu ilkelere dayandırmıştır. Ayrıca, 1982 Anayasası döneminde, Anayasa'nın diğer norm ve ilkelerinin yorumunda Başlangıç bölümüne sık sık başvurulmuştur.⁵⁹⁹

2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci Maddesi ile 18/3/1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanununun 87 nci Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkındaki 21/6/1984 tarihli ve 3029 sayılı Kanun ile Bakanlar Kurulu'nun uygun göreceği yabancı ülke uyruğu kişilere mütekabiliyet şartı aranmaksızın Türkiye'de mülk edinme imkanı sağlanmıştır. Söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, devlet için ülkenin ne anlam ifade ettiğine şu şekilde değinmiştir:

Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz. Ülke devlet otoritesinin geçerli olacağı alanı belli eder. Devlet sahip olduğu kurucu unsur niteliğini taşıyan üstün kudretine dayanmak suretiyle ülkede yerleşik olan ve devletin diğer asli - maddi unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır. Bu asli görevi nedeniyle ki, ülke üzerinde egemenliğe dayalı üstün bir hakka sahiptir. Toprak ile alakalı konuda insan haklarına saygılı, ölçülü, adil bir sınırlama Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir, böyle bir tedbirden

⁵⁹⁷ E.1963/173, K.1965/40, K.T.: 26.9.1965, www.anayasa.gov.tr.

⁵⁹⁸ Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, s. 52.

⁵⁹⁹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 129.

vazgeçebilmek çoğu kez olası değildir.⁶⁰⁰

Daha sonra Mahkeme, Lozan Andlaşması ve Cumhuriyet'in ilk yıllarında çıkarılan kanunlarda yabancıların Türkiye'de mülk edinmelerinin mütakabiliyet şartına bağlandığını ve bu sayede "ülke topraklarının büyük mikyasta yabancılar eline geçmesi"nin engellendiğini ileri sürmüştür:

Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi Lozan Barış Andlaşmasıdır. Bu andlaşmaya ekli İkamet ve Selahiyeti Adliye Hakkındaki Mukavelenamede; yabancıların ülkede mülk edinmeleri konusunda mütakabiliyet şartı öngörülmüş, bu tarihten sonra düzenlenen konu ile ilgili yasalarda ve yapılan bir çok andlaşmada mütakabiliyet şartı getirilmek suretiyle, karşılıklı muamele esası, gerek andlaşmalar hukuku, gerek mevzuu hukuk olarak Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri haline dönüştürülmüştür. Tapu Kanununun 35. maddesindeki karşılıklılık ilkesi ve Köy Kanununun 87. maddesindeki yasaklayıcı hüküm sayesinde bu güne kadar ülke topraklarının büyük mikyasta yabancılar eline geçmesi önlenebilmiştir.⁶⁰¹

Mahkeme, söz konusu davada ölçü norm olarak kullandığı "Başlangıç bölümünü"nin anayasal ve hukuki değeri hakkında da şu görüşleri ileri sürmüştür:

Anayasa'nın 176. maddesinde, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde ise "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti" kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir.⁶⁰²

Başlangıç bölümünün hukuki niteliğine yönelik bu değerlendirmeden sonra Mahkeme, dava konusu olan Kanun'un denetlenmesinde ölçü alınan Başlangıç'ın 4. ve 7. Paragraflarının anlamını tesbit etmiştir. Buna göre;

⁶⁰⁰ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁰¹ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁰² E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

Başlangıcın 4. paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin "- Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi- olduğu ilkesiyle de devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıcın 7. paragrafında ise "- Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin... karşısında korunma göremeyeceği-" ilkesi ile de Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.⁶⁰³

Ayrıca, Mahkeme'ye göre, yabancıların gayrimenkul edinmesini mülkiyet sorunu olmanın ötesinde, ülkenin "egemenlik ve bağımsızlığı" ile de ilgilidir. Diğer taraftan, mütakabiliyet esasına aykırılık da Mahkeme'ye göre, Türkiye'nin uluslararası ilişkilerde diğer devletlerle eşit olmadığı bir statüye düşmesine sebep olacaktır.⁶⁰⁴

Sonuçta, Mahkeme, Başlangıç'ın 4. ve 7. Paragraflarına aykırı bulduğu düzenlemeyi iptal etmiştir:

Yukarda açıklanan nedenlerle, değişik iktisadi politikalar ve kendi olanaklarımızla gerçekleştirebileceğimiz konut sorununda önemsiz bir kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının yabancı unsurlar eline geçmesine imkan sağlayan 3029 sayılı Kanununun 1. maddesinde "Ancak hangi ülkelere yukardaki fıkradaki mütakabiliyet şartının uygulanmayacağını... tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir." ile aynı Kanununun 2. maddesindeki "Hangi bölge ve illerde bu maddedeki kısıtlamalardan hangi ülkelere istisna tanınacağını... tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir" hükümlerine, Anayasanın 2. maddesi karşısında Başlangıçın 4. ve 7. paragraflarında yer alan Anayasanın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz bulunan temel ilkelere aykırı bulunmuştur.⁶⁰⁵

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, Başlangıç'ta yer alan içeriği soyut ve genel olan kavram ve ilkelere dayanarak yapılacak anayasaya uygunluk denetiminin, kolaylıkla hukukilik denetiminden yerindelik denetimine kayabileceğini göstermektedir. Mahkeme, verdiği kararlar özellikle, Osmanlı'nın son dönemlerinde ve Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki tarihi, sosyal ve siyasi şartların sonucu uygulanan hukuk siyasetini bugüne taşıyarak yabancıların ülkede toprak edinmelerine karşı reaksiyoner bir tepki gösterdiği izlenimini uyandırmaktadır. Ayrıca, yabancıların ülkede gayrimenkul mülkiyetine sahip olması ile bağımsızlık ve mütakabiliyet ilkesi ile devletlerin milletlerarası eşitliği arasında kurulan

⁶⁰³ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁰⁴ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁰⁵ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

ilişkiler de bu izlenimi kuvvetlendirmektedir. Bu durumda, Başlangıçta yer alan, “Türk milli menfaatleri”, “milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” gibi ifadeleri de kullanarak Mahkeme’nin kendi sübjektif değer yargılarına dayanarak karar verdiği söylenebilir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın başlangıcının dördüncü paragrafındaki “dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” ve başlangıcın yedinci paragrafındaki “Türk milli menfaatlerinin üstünlüğü” biçimindeki temel ilkeler, “Anayasanın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmeleri”ni etkisiz bırakmak amacıyla getirilmiştir. Bu yorum tarzına göre, demokratik bir ülkede siyasal kadrolara ve seçimle karar alma mekanizmalarında göreve gelenlerin aldığı kararlara sürekli kuşku ile bakmak gerekir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, “Türk milli menfaatleri” ve “Türk Milletinin bağımsızlığı” gibi kavramların içeriğini belirleyerek, siyasal kadroların değerlendirme ve tercihlerini denetleyebilme imkanını elinde bulundurabilecektir.⁶⁰⁶ Bu yaklaşımın ise, ülkenin genel siyasetini belirleme yetkisinin seçilmişlere ait olmasını gerektiren demokrasiye ve ayrıca kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edeceği aşıkardır.

Bu kararda dikkat çeken bir nokta da, devletlerarası eşitlikle mütakabiliyet şartı arasındaki ilişkinin yanlış kurulmasıdır. Devletlerin milletlerarasında eşitliği, bir devletin başka bir devlet veya uluslararası kuruluş tarafından kendi iradesi dışında bir şeyi yapmaya zorlanmaması anlamına gelir. Yoksa, bir devletin milli menfaatleri gereği mütakabiliyet ilkesinden kendi iradesi ile vazgeçmesi, devletlerin egemen eşitliği ilkesine aykırılık teşkil etmez.⁶⁰⁷ Diğer taraftan, Özbudun’un da belirttiği gibi, mütakabiliyet ilkesi, yabancılar hukukunun genel ilkesi haline gelmiş olsa da, içtihat yoluyla anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılması zor görünüyor.

5.5.1994 tarihli 3987 Sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ve Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanun hakkında verdiği iptal kararında da Anayasa Mahkemesi Başlangıç ilkelerini ölçü norm

⁶⁰⁶ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 135.

⁶⁰⁷ Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, s. 181.

olarak kullanmıştır.

Kalkınmayı hızlandırmak için elbette dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekir. Ancak, özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfusuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez. Bu gerçek, özelleştirme politikası uygulayan gelişmiş kimi ülkeleri bile önlem alma zorunda bırakmıştır... Türk Ulusu'nun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi özelleştirme yabancılaştırılmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür. Uygulamaların karşılıklılık ilkesi gözetilerek yapılması gerekir.

Bu nedenlerle, dava konusu Yasa, herhangi bir sınır getirmeden KİT'lerin müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlayan niteliğiyle, Anayasa'nın Başlangıç'ının yedinci paragrafındaki 'Türk Milli Menfaatleri'nin korunması ve 5. Maddesindeki devletin, 'Türk Milleti'nin Bağımsızlığı'nı ve 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu'nu sağlama ilkelerine aykırıdır.⁶⁰⁸

Anayasa Mahkemesi bu kararını da, Anayasanın başlangıç kısmında yer alan "Türk Milli Menfaatleri" ile Anayasanın 5. Maddesinde yer verilen "Türk Milletinin Bağımsızlığı" ve "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu" gibi sübjektif değerlendirmeye müsait, siyasal hedefleri ortaya koyan, soyut ilkeleri kullanarak vermiştir. Hakyemez'in de işaret ettiği gibi, Mahkeme, bu tür ilkelerden hareketle, özelleştirme gibi çok farklı uygulama tarzı olabilecek olan ve aslında "yasamanın takdiri içerisinde kalan konulara da müdahale ederek, özelleştirme'nin siyasal gereklere uygunluğunu değerlendirdiği ve böylece siyasal iradeyi etkisizleştirmeye çalıştığı görülebilmektedir".⁶⁰⁹

Böylece, Anayasa Mahkemesi Başlangıç'a dayanarak yaptığı denetimle aktivist bir tavır sergilemekte ve siyasi iktidarın belirlediği politikalara müdahale edebilmektedir. Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen her iki kararında da, "siyasi iktidarların ekonomi politikalarındaki temel tercihlerine uygun olarak çıkardıkları kanunları, Anayasada yer alan "Türk milli menfaatleri" ve "milletin bağımsızlığı" gibi soyut kavramlara dayanarak iptal ettiği" görülmektedir.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ E.1994/49, K.1994/45-2, K.T.: 7.7.1994, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁰⁹ Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, s. 144.

⁶¹⁰ Arslan, "Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", s.68.

Esasında, Anayasa Mahkemesi Başlangıç'tan sadece diğer Anayasa maddelerinin yorumlanmasında bir kaynak olarak istifade edebileceğinin farkındadır. Anayasa Mahkemesi, kamuoyunda türban kararı olarak bilinen kararında konuyu Başlangıç Bölümü yönünden incelerken şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasa'nın 176. Maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır”.⁶¹¹ Yine, Anayasa Mahkemesi,

Temel ilkeler, tek başlarına soyut birer kavram olarak ele alınıp bunlara kendiliğinden, öznel tanımlamalar vermek doğru bir Anayasa yorumu olmaz. İster 2. maddede, ister 127. maddede, ister Başlangıçta belirtilmiş olsun, her temel ilke, Anayasa'nın yapısı içinde yer alan başka ilkelere ve kurallardan oluşmaktadır. Birlikte düşünülmesi, birlikte yorumlanması gerekir.”⁶¹²

diyerek, Anayasa'da yer alan temel ilkelerin diğer ilke ve kurallarla birlikte yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Buna rağmen Mahkeme, Anayasanın 176. maddesine dayanarak, Başlangıç bölümünü bazı kararlarında doğrudan doğruya esas ölçü norm, pek çok kararında ise, destek ölçü norm olarak kullanmıştır.⁶¹³

Anayasa Mahkemesi, Başlangıç kısmını diğer maddelerin yorumunda araç olarak kullandığında, “Başlangıcın devlet ve millet gibi kavramları yücelten otoriter niteliği”, Anayasa Mahkemesinin özgürlükçü değil, yasakçı, demokratik değil, vesayetçi bir tutum geliştirmesinde meşrulaştırıcı bir rol oynamıştır”.⁶¹⁴

Nitekim, daha önce ele alınan laiklik ve milliyetçilik ilkelerinin yorumunda, Mahkeme, Başlangıç'ı, söz konusu ilkelerin anlamını özgürlük alanını kısıtlayacak şekilde kullanmıştır. Halbuki, Mahkeme, Anayasa'da yer alan, laiklik, hukuk devleti, demokrasi vb. kavramları, evrensel tasarımlarına uygun anlamları ile kabul etmek suretiyle, Başlangıç kısmının otoriter ve vesayetçi niteliğine rağmen özgürlükçü demokrasiye uygun bir

⁶¹¹ E.1989/1, K.1989/12, K.T.: 7.3.1989, www.anayasa.gov.tr.

⁶¹² E.1990/1, K.1990/21, K.T.: 17.7.1990, www.anayasa.gov.tr.

⁶¹³ Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 745.

⁶¹⁴ Yazıcı, “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, s. 745.

gelişmenin önünü açabilirdi.

2.6. Hukukun Genel İlkeleri

2.6.1. Hukukun Genel İlkelerinin Tanımı ve Hukuksal Dayanağı

Doktrinde bazı yazarlar, pozitif hukukun dışında, yasa-üstü ya da anayasaüstü ilkeler olduğu kanaatindedir.

Erdoğan, “Ulusal ve uluslarüstü yargı içtihatlarında hukukun evrensel ilkelerini anayasa-üstü değerde saymak yolunda genel bir eğilim vardır. Ama böyle olmasa bile, bunların en azından anayasal değerde bağlayıcı oldukları söylenebilir”⁶¹⁵ derken, hukukun genel ilkelerine en azından anayasal değer tanımaktadır.

Arsel de, “...kanun sadece anayasanın muhtevasına değil fakat Anayasanın ruhuna hakim olan ve Anayasanın da fevkinde bir değere sahip hukuk prensiplerine, daha doğrusu tabii hukuka aykırı olamayacaktır”⁶¹⁶ diyerek, anayasanın üzerinde bir değere sahip hukuk prensipleri olduğuna değinmekte ve bunları tabii hukuk ile özdeş görmektedir.

Özçelik ise, “Her memleketin, her devrin anayasa vazı-ı bu yüksek ahlaki ve insani prensiplere uygun hareket eyler yahut eylemek mecburiyetindedir”⁶¹⁷ şeklinde kullandığı ifade ile anayasa koyucuyu da bağlayan, yüksek ahlaki ve insani prensiplerden bahsetmektedir.

Anayasaüstü veya yasaüstü olduğu ileri sürülen, “hukukun evrensel ilkeleri”, “anayasanın da fevkinde bir değere sahip hukuk prensipleri”, “yüksek ahlaki ve insani prensipler” gibi değişik şekillerde isimlendirilen değerlere genel olarak hukukun genel ilkeleri diyebiliriz.

Kaboğlu, hukukun genel ilkelerini şu şekilde tanımlamaktadır: “(...) doğaları, konuları ve ereklilikleri nedeniyle aralarında yakın ilişkiler bulunan bir özel kurallar

⁶¹⁵ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 134.

⁶¹⁶ Arsel, a.g.e., s. 165-166.

⁶¹⁷ Özçelik, a.g.e., s. 176.

topluluğunu açıklayan, sistemleştiren ve düzene koyan ilkeleri ifade eder”. Bu bağlamda genel ilkelerin, hukuksal yapının temelini oluşturduğu ifade edilebilir.⁶¹⁸ Pazarıcı ise, hukukun genel ilkelerini, “Birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalara ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan, devletlerin ortak hukuk değerlerini içeren kurallar”.⁶¹⁹ şeklinde tanımlamaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı da benzer şekilde, hukukun genel ilkelerini, “üye devletlerin hukuklarında ortak ilkeler, hukukun genel ilkeleri” olarak nitelemektedir.⁶²⁰

Bu durumda hukukun genel ilkelerini; birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan, konu veya amaç yönünden aralarında yakınlıklar bulunan belirli bir kurallar topluluğuna temel teşkil eden, pozitif olarak düzenlenmemiş ama yasa ve hatta anayasaüstü kabul edilen yüksek ahlaki prensipler olarak ifade edebiliriz.

Tüm hukuksal yapının temelini oluşturan, pozitif olarak düzenlenmemiş ama anayasal ya da anayasaüstü değerde kabul edilen hukukun genel ilkelerinin kaynağı nedir? sorusuna cevap olarak, Kaboğlu, “Hukuksal değer planında, hukukun genel ilkeleri, emredici hükümlü içtihadî mormlardır”⁶²¹ diyerek, yargıyı işaret etmektedir.

Söz konusu ilkelerin anayasallık denetiminde ölçü norm olabilmesi için yasaların uygunluğunun yazılı olmayan ilke ve kurallara göre değerlendirilmesi imkanını veren bir hukuk anlayışına ihtiyaç vardır. Nitekim, daha önce ifade edilmeye çalışıldığı gibi, referans normlar konusunda iki farklı yaklaşım sergilenmektedir: Yasaların uygunluğunun yalnızca Anayasanın yazılı hükümlerine göre değerlendirilmesini öngören pozitivist anlayış ile başta hak ve özgürlükler olmak üzere hukukun kaynağını pozitif hukukun ötesinde gören ve bu sebeple yazılı olmayan ilke ve kuralların da ölçü norm olabileceğini kabul eden natüralist anlayış.⁶²² Dolayısıyla, özellikle hak ve özgürlüklerin kaynağını pozitif hukukun ötesinde, doğal hukukta gören natüralist anlayış çerçevesinde yargı, yazılı olmayan hukuk ilkelerini ölçü norm olarak kullanabilecektir. Bu yaklaşım, hak ve özgürlüklerin yasal düzenlemeye tabi tutulmasını kurucu değil, sadece beyan edici bir işlem olduğunu kabul

⁶¹⁸ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 295.

⁶¹⁹ Pazarıcı, a.g.e., s. 114.

⁶²⁰ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 295.

⁶²¹ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 292.

⁶²² Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 300.

eden liberal hukuk anlayışı ile açık yakınlık içindedir.⁶²³

Nitekim, benzer bir sonuca Erdoğan da, hukuk devleti kavramından yola çıkarak varmaktadır. Erdoğan'a göre, hukuk devleti ilkesi gereğince, hukuk, devleti öncelikle ve devletten bağımsız olmalıdır. Bu anlayış açısından, önce toplum ve onun amaçlarıyla birlikte evrensel değerler vardır, sonra da toplumun bir enstrümanı olarak devlet. Bu çerçevede hukuk devletin eseri değildir; aksine, toplumsal gerçekliğin bir türevi olarak hukukun varlığı devletten bağımsızdır.⁶²⁴ Devletten bağımsız ve üstün olan ve böylece devleti sınırlandırabilecek bir hukuk anlayışı ise, bizi, hukukun devlet tarafından üretilen normlardan ibaret olmadığı ve pozitif hukukun standartlarını belirleyecek üstün bir hukuk fikrine, doğal hukuk düşüncesine götürmektedir.⁶²⁵ Bu öncüller kabul edildiği takdirde, hukuk devletinin bir gereği olarak, devlet yasama işlemini yerine getirirken, "hukukun evrensel ilkeleri"ne uygun davranmak durumundadır.⁶²⁶

Kaboğlu'na göre de, hukuk devleti ilkesi, özellikle temel haklar açısından geçerli Anayasanın çok belirsiz kavramlarını yorumlamak ve uygulamak için anayasa yargıcına, örtülü olarak hukukun yaratılmasında geniş bir alan öngörmektedir.⁶²⁷

Doktrinde, Gözler, pozitif hukuk anlayışını temsil eden görüşler ileri sürmüştür. Gözler'e göre, hukukun genel ilkelerinin geçerliliği sorunu, hukuk normlarının geçerliliği şartları açısından incelemeyi gerektirir. Bu ilkeler, ancak hukuk normlarının geçerliliği şartlarını taşıyorlarsa geçerlidirler; taşıyorlarsa hukuki değerden yoksundurlar. Hukuk normlarının geçerli olmasının öncelikli şartı ise, herhangi bir hukuki enstrümanda yazılı olarak tesbit edilmesidir. Bu, hukuki geçerlilik için gerekli olan maddi varlık şartıdır. Hukukun genel ilkeleri, herhangi bir yazılı kaynağa sahip olmadığı için, maddi varlık şartını yerine getirememektedir. Bu durumda, madden mevcut olmayan bu ilkelerin, anayasal değeri kabul edilemeyeceği gibi, hukuki geçerliliği de söz konusu değildir.⁶²⁸

⁶²³ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 122-123.

⁶²⁴ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 180-181.

⁶²⁵ Erdoğan, **Anayasa ve Özgürlük**, s. 19.

⁶²⁶ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 133.

⁶²⁷ Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", s. 303.

⁶²⁸ Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", s. 94-95.

Ayrıca, Gözler, hukuk devleti kavramını da pozitif hukuk anlayışına uygun yorumlayarak, hukuk devletinin, yasalara uygun hareket eden devlet olduğunu savunmaktadır. Bu durumda, Gözler'e göre, anayasa yargıcının, hukuk yaratma tekniği ile hukukun genel ilkeleri ya da pozitif temelden mahrum yeni hak ve özgürlükler ortaya koyması ve bunları ölçü norm olarak kullanması mümkün olamayacaktır.

2.6.2. Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Uygulamalarında Hukukun Genel İlkeleri

Avrupa Anayasa Mahkemelerinde genel eğilimin, bir yandan pozitif hukukla çalışırken, diğer taraftan da “genel ilkeleri” uygulamak yönünde olduğu söylenmektedir.⁶²⁹ Söz konusu Mahkemeler, insan haklarına güvence sağlamak için sadece anayasanın metninde sayılan temel hakları kullanmamakta, ayrıca hukukun genel ilkelerinden de istifade etmektedirler.⁶³⁰

Alman Anayasası'nın 25. maddesinde uluslararası hukukun genel ilkelerinin yasalardan üstünlüğü ilkesi açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.⁶³¹ Kaboğlu'na göre, Federal Mahkeme, Anayasa'da geçen bireysel haklar ve özellikle klasik özgürlük haklarından yola çıkarak hukukun genel ilkelerini oluşturmaktadır. Alman hukuk sisteminde anayasal değerlerde genel ilke olarak değerlendirilebilecek orantılılık veya ölçülülük ilkesi, Anayasa Mahkemesi tarafından içtihatla geliştirilmiştir.⁶³²

Fransa'da ise, hukukun genel ilkelerinin en gelişmiş olduğu alan, hukuk normlarının tedvin edilmemiş olması ve idare hukukunun göreceli özerkliğinden dolayı büyük ölçüde idare yargıcının yarattığı idare hukukudur.⁶³³ Çağlar'ın ifadesi ile Devlet Şurası'nın yürütmeyi bağlayan “hukukun genel prensipleri”ni keşfetmesi gibi, aynı kurucu yorum tekniği ile, Anayasa Konseyi de “Anayasal değerlerde genel prensipler” tanımaktadır. Yine Çağlar'ın tesbitine göre, Konsey'in ilk yüz iptal kararının otuzu Anayasa metninde yer almayan kural ya da prensiplerin ihlali gerekçesi ile verilmiştir.⁶³⁴

⁶²⁹ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 231.

⁶³⁰ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 138.

⁶³¹ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 194.

⁶³² Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 304-308.

⁶³³ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 293.

⁶³⁴ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 36.

Kaboğlu da benzer şekilde, Anayasa Konseyi'nin, hukuk boşluklarını doldurarak veya anayasal yetkisini aşarak norm yaratma şeklinde içtihatlarıyla hukukun genel prensiplerini oluşturduğu görüşündedir. Hatta Kaboğlu'na göre, Konsey, hukukun genel ilkelerini yaratırken pozitif hukuk kurallarından nadiren esinlenmiştir. Yazar, Konsey'in oluşturduğu hukukun genel ilkelerine örnek olarak, eşitlik ilkesi, grev hakkı, dernek özgürlüğü ve katılma ilkesini göstermektedir.⁶³⁵

Fakat Gözler'e göre, Fransa'da Anayasa Konseyi Hukukun Genel İlkelerine dayanarak anayasallık denetimi yapmamıştır. Aksinin iddia edilmesi yanlış anlamadan kaynaklanmaktadır. Nitekim, Anayasa Konseyi'nin hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullandığına örnek olarak gösterilen 1979 yılında verdiği iki karardaki “kuvvetler ayrılığı” ve “kamu hizmetinin devamlılığı” ilkelerine, bunların içinde yer aldığı metin kaynağını belirtmeden atıfta bulunmuştur. Bu kararlar ile bazı yorumcular, “anayasal değerde hukukun genel ilkeleri”nin ortaya çıktığını sanmışlardır. Fakat, yazara göre, söz konusu iki genel ilke, anayasal metinlere bağlanabilir. Son olarak Yazar, Fransa'da 1980'lerden itibaren anayasal değerde hukukun genel ilkelerinin anayasallık bloğundan kesin olarak dışlandığını belirtmektedir.⁶³⁶

Çağlar'a göre, pozitivist doktrin sadece Kelsen'in hukuk teorisinden etkilenen Avusturya Anayasa Mahkemesi uygulamalarında görülmektedir.⁶³⁷ Avusturya Anayasa Mahkemesi, pozitivist hukuka üstün temel haklar kavramını kabul etmemektedir.⁶³⁸ Gözler'e göre, Hollanda da, Yüksek Mahkeme, kanunların hukukun genel ilkelerine uygunluğunun sağlanmasını, mahkemelerin değil, yasama organının sorumluluğunda görmektedir.⁶³⁹

Ulusüstü yargı organlarının da hukukun genel ilkelerine atıfta bulunduğu ve yazılı kaynaklarda yer almayan hak ve özgürlükleri içtihat yoluyla oluşturdukları ifade edilmektedir.

⁶³⁵ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 306.

⁶³⁶ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 93.

⁶³⁷ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 170.

⁶³⁸ Çağlar, **Anayasa Bilimi**, s. 137.

⁶³⁹ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 94.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 21 Şubat 1975 tarihli “Golder” kararında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “Başlangıç” ında yer alan “Hukukun üstünlüğü” ilkesi ve “Hukukun genel prensipleri” ne dayanarak “Adaletten yararlanma hakkı” nı madde 6/1 de tanınan hakka bağlı bir unsur saydığı ifade edilmektedir.⁶⁴⁰ Kaboğlu ise, söz konusu yaklaşımı onaylayarak, şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Bu “geleceğe yönelik içtihat” (...) Divanı, yürürlükteki hukuku “beyan etmek”le değil, fakat yarının hukukunu yaratmakla yükümlü olan bir yasakoyucuya yaklaştırmaktadır”.⁶⁴¹ Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın da hukukun genel ilkelerini, Topluluk Hukuku’nun kaynakları arasına dahil ettiği ileri sürülmektedir. Yazıcı’ya göre, Divan, “Topluluk hukukunu andlaşmalar ve Topluluk yasama işlemlerinden ibaret saymayarak hukukun genel ilkelerini Topluluk hukukunun kaynakları arasına katmış ve bu yolla temel hakların korunmasını gerçekleştirmeye başlamıştır”.⁶⁴² Kaboğlu da, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın genel ilkelere dayanarak, temel haklar kataloğu yarattığını ifade etmektedir.⁶⁴³

2.6.3. Türk Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Hukukun Genel İlkeleri

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmuştur. Mahkeme, “...hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa’ya değil, Anayasa’nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”⁶⁴⁴ derken, hukukun genel ilkelerini anayasaüstü bir değerde görerek, kurucu iktidarı da sınırlayan bir hukuki etki gücüne sahip olduklarını iddia etmiştir.

Mahkeme bir başka kararında ise,

Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, (...) Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını ilan (eden) devlettir.⁶⁴⁵

⁶⁴⁰ Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, s. 177.

⁶⁴¹ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 315.

⁶⁴² Serap Yazıcı, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği”, **AÜHFD**, Cilt 54, Sayı 4, 2005, s. 104.

⁶⁴³ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 301.

⁶⁴⁴ E.1999/39, K.2000/23, K.T.: 19.9.2000, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁴⁵ E.1985/31, K.1986/11, K.T.: 27.3.1986, www.anayasa.gov.tr.

diyerek, söz konusu ilkelere yasaüstü bir nitelik tanımıştır.

Cumhuriyet Halk Partisi'nin haksız iktisaplarının iadesi hakkındaki 14/12/1953 günlü ve 6195 sayılı kanunun iptali istemiyle açılan davada ise, Mahkeme,

Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir. Bu bakımdan 6195 sayılı kanun, aşağıda belirtilen sebeplerle her şeyden önce Anayasamızın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu ilkesine aykırılık gösterir.⁶⁴⁶

diyerek, hukukun genel ilkelerine yasaüstü bir değer vermiş, ayrıca, Mahkeme bu kararı ile yasallık ile hukukiliğin aynı olmadığını da ifade etmiş ve yasaların hukuki meşruluğunu hukukun genel prensiplerine dayanmasına bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, pozitif metinlerde yer almayan, bazı hukukun genel ilkelerini kararlarında açıkça ölçü norm olarak kullanmıştır: “Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez”⁶⁴⁷ kararıyla Anayasa Mahkemesi, “kazanılmış haklara saygı” ilkesini anayasal değerde, hatta anayasaüstü değerde kabul etmektedir. Yine, “...temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz”⁶⁴⁸ dediği kararında da, kararın verildiği dönemde, “öze dokunma yasağı” pozitif anayasa ölçütü olmadığı halde, söz konusu ilke anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılmıştır.⁶⁴⁹

Mahkeme, “Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez”⁶⁵⁰ kararında

⁶⁴⁶ E.1999/39, K.2000/23, K.T.: 19.9.2000, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁴⁷ E.1963/106, K.1963/270, K.T.: 11.11.1963, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁴⁸ E.1985/8, K.1986/27, K.T.: 26.11.1986, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁴⁹ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 313.

⁶⁵⁰ E.1990/5, K.1990/28, K.T.: 14.11.1990, www.anayasa.gov.tr.

görüldüğü gibi, eşitlik ilkesi uygulaması konusunda genellikle, “haklı neden” ve “kamu yararı” ölçütlerini geliştirdiği gözlenmekte ise de, bunların ve diğer ölçütlerin bir hukukun genel ilkesi niteliğini hak edecek yoğunlukta olup olmadığı çok açık değildir.⁶⁵¹

Anayasa Mahkemesi’nin kullandığı diğer bazı hukukun genel ilkelerini, Tanör ve Yüzbaşıoğlu şu şekilde tesbit etmektedir: Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi, iyi niyet ilkesi, ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi, kanunların geriye yürümezliği ilkesi, kesin hükme saygı ilkesi, devlete güven ilkesi, yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi ilkesi, özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesi.⁶⁵²

Fakat, Kaboğlu’nun da vurguladığı üzere, Anayasa Mahkemesi’nin, hukukun genel ilkelerini açık ve objektif kriterler kullanarak tespit ettiğini ve bu genel ilkelerin hukuki değerleri ile ilgili istikrarlı bir içtihat belirlediğini söylemek zordur.⁶⁵³ Aliefendioğlu da Anayasa Mahkemesi’nin, birçok kararında hukukun genel ilkelerinden söz etmesine karşın, henüz bunları somutlaştırmadığı ve açıklığa kavuşturmadığı kanaatindedir.⁶⁵⁴

Hukukun genel ilkelerinin pozitif dayanağını Özbudun, 1961 Anayasası’nın 132’inci ve 1982 Anayasasının 138’inci maddeleri ile Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesine dayandırmaktadır. 1982 Anayasası’nın 138’inci maddesinin 1. Fıkrasının getirdiği düzenleme şöyledir: “hakimler ...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.” Özbudun’a göre, maddede, Anayasa ve kanunun dışında “hukuk”tan ayrıca söz edilmiş olması, salt kanuncu bir anlayışın benimsenmemiş olduğuna, anayasa yargısı da dahil olmak üzere her düzeydeki hakimlerin, yazılı hukuk kurallarının yanında, hukukun genel ilkelerini de dikkate almaları gerektiğine işaret etmektedir.⁶⁵⁵

Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, hukukun genel ilkelerinin pozitif dayanağı olarak, özellikle, Anayasa’nın 2. maddesinde geçen hukuk devleti ilkesi gösterilmektedir. Mahkeme bir kararında,

⁶⁵¹ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 314.

⁶⁵² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 479-480.

⁶⁵³ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 322.

⁶⁵⁴ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 106.

⁶⁵⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 131.

Cumhuriyetin niteliklerini belirten Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelerden birisi de "hukuk devleti"dir. Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında başlıca özellikleriyle, içeriği açıklanarak tanımlanan bu ilke, özde Anayasal düzene, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılığı anlatır. Anayasanın egemenliği, bağlayıcılığı yanında, yasakoyucunun uymak zorunda bulunduğu ilkeleri, evrensel hukuk kurallarını, düzenin dayanakları olarak benimseyen hukuk devletinde tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yargı denetimine açık oluşu en güçlü güvencedir.⁶⁵⁶

diyerek, evrensel hukuk kurallarına bağlılığı hukuk devletinin bir gereği olarak kabul etmiştir.

Yukarıdaki kararlarda görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini doğrudan ölçü norm olarak kullanmak yerine, ölçü norm niteliğine sahip olan hukuk devletinin içeriğini oluşturmada destek ölçü norm olarak kullanmaktadır.

Doktrinde genel olarak Mahkeme'nin bu uygulaması olumlu karşılanmaktadır. Nitekim, Atar'a göre, hakimler karar verirken Anayasanın 2'nci maddesinde pozitif bir kural olarak yer alan "hukuk devleti"ne dayanmalıdır ama hukuk devleti ilkesinin anlamını belirlemeye çalışırken hukukun genel ilkelerini kullanabileceklerdir.⁶⁵⁷ Özbudun da, Mahkeme'nin tutumunu isabetli bulmaktadır: "Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar hiçbir kararında bir genel hukuk ilkesini bağımsız ölçü norm olarak kullanmamış, onun yerine, bizzat de yerinde olarak, hukukun genel ilkelerini "hukuk devleti" kavramının ayrılmaz unsurları olarak yorumlamıştır".⁶⁵⁸

Erdoğan da, "Mahkeme bir normun Anayasaya uygunluğunu bu konularda hukukun evrensel ilkelerine ve Anayasanın öngördüğü ölçütlere uyulup uyulmadığına göre değerlendirecektir"⁶⁵⁹ diyerek, hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kabul ediyor görünse de, "(...) hukuk normlarına dönüştürülmedikleri sürece, ilkeler genellikle uygulanabilir nitelikte değildirler ve daha çok hukuk uygulayıcısının yorum faaliyetine kılavuzluk ederler"⁶⁶⁰ diyerek, hukukun genel ilkelerinin bir yorum aracı olarak kullanılabileceğini ifade etmektedir.

⁶⁵⁶ E.1988/32, K.1989/10, K.T.: 28.2.1989, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁵⁷ Atar, a.g.e., s. 93-94

⁶⁵⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 399.

⁶⁵⁹ Erdoğan, **Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset**, s. 228.

⁶⁶⁰ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 135.

Kaboğlu da, muğlak ve belirsiz yasal metinlerin yorumunda ve bir hukuksal boşluğun doldurulması söz konusu olduğu durumlarda genel ilkelere başvurulacağı kanaatindedir.⁶⁶¹ Kaboğlu bir başka çalışmasında da, yargıçların norm yaratma tekniği ile hukukun genel ilkelerini formüle etmede evrimci ve ilerlemeci bir işlev gördüklerini vurguladıktan sonra, geliştirilen ilkelerin demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik gibi eksen kavramlar bağlamında “örülme” olduğunu belirtmektedir.⁶⁶² Bu durumda Kaboğlu’na göre de, esasında anayasada geçen kavramlardan yola çıkılarak oluşturulan ilkeler söz konusudur.

Doktrinde bazı yazarlar ise, hukukun genel ilkelerini bağımsız ölçü norm olarak kabul etmektedir. Mesela, Teziç, Anayasa Mahkemesi’nin anayasada düzenlenmemiş konularla ilgili olarak, yasamanın takdir yetkisinin denetiminde, hukukun genel prensipleri ve kendi içtihatlarıyla oluşturulacağı anayasal ilkelere dayanarak denetim yapabileceği kanaatindedir.⁶⁶³

Aliefendioğlu da, Anayasa Mahkemesi’nin, hukuk devletini tanımlarken “...Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp ... yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozmayacağı, temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden...”⁶⁶⁴ söz etmesine işaret ederek, anayasa üstü kurallar ve hukukun genel ilkeleri ile Anayasal normlar bloğunu oluşturduğunu ifade etmektedir.⁶⁶⁵ Bu durumda Aliefendioğlu’nun da, hukukun genel ilkelerinin ölçü norm vasfını kabul ettiğini söyleyebiliriz.

1961 Anayasası döneminde Arsel de, Anayasa’nın 132’inci maddesinde yer alan ve hakimlerin Anayasaya, Kanuna ve Hukuka göre hüküm vereceklerine dair hükme dayanarak, Anayasa Mahkemesi’nin hukukun genel ilkelerini doğrudan ölçü norm olarak kullanılabileceğini ve söz konusu ilkelere aykırı olan yasama tasarruflarının iptal edilebileceğini savunmaktadır.⁶⁶⁶

⁶⁶¹ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, s. 296.

⁶⁶² Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 132

⁶⁶³ Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, s. 35.

⁶⁶⁴ E.1985/31, K.1986/11, K.T.: 27.3.1986, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁶⁵ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 105-106.

⁶⁶⁶ Arsel, a.g.e., s. 457.

Durumu pozitif hukuk geleneği bağlamında değerlendiren Gözler ise, hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılmasının mümkün olamayacağını savunmaktadır. Gözler'e göre, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer almayan hukukun genel ilkelere dayanarak bir kanunu iptal ederse, meşruluğunu yitirecektir. "Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi sadece yasama iktidarını değil, aynı zamanda kurucu iktidarı da gaspetmiş olacaktır". Ayrıca, Yazara göre, Türk Anayasa Mahkemesi verdiği çeşitli kararlarda hukukun genel ilkesi olarak değindiği ilkelere bazılarını açıkça anayasada bulunmakta, diğer bazılarının ise anayasada bulunan ilkelere, örneğin hukuk devleti ilkesine kolaylıkla bağlanabileceği gözlemlenmektedir.⁶⁶⁷

Kanaatimizce, hukukun genel ilkelerinin tam ve herkesçe kabul edilebilecek bir tanımını yapmak kolay değildir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında belirttiği gibi, "Anayasa'da öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler".⁶⁶⁸ Bir başka deyişle, Anayasanın üstünde ve kamunun vicdanında yer etmiş olan prensiplere aykırı olduğuna kanaat getirilen "norm"ların muteber olarak kalmasını kabul etmek "adalet" hissine uygun düşmeyecektir.⁶⁶⁹ Gerçekten de, kazanılmış haklara saygı, ölçülülük gibi, ilkelere aykırı olan kanunlar yasal olsa bile, kamu vicdanında meşru kabul edilemeyeceklerdir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu ilkeleri bağımsız ölçü norm olarak kullanması da, Gözler'in vurguladığı gibi, Mahkeme'nin kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı anayasal yetki alanını aşarak kurucu iktidar haline gelme riskini taşımaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin özellikle "hukuk devleti" kavramı çerçevesinde kullandığı genel ilkeler yanında, zaman zaman, daha önce ele alınan bir kararında karşılaştığımız mütakabiliyet ilkesi gibi bazı ilkeleri, hukuk devletinden bağımsız olarak anayasal değerde genel prensip kabul ederek ölçü norm olarak kullanmıştır.⁶⁷⁰ Başka bir kararında da, Anayasal değerde gördüğü "istikrar" ilkesine, "Anayasa'nın Başlangıç'ındaki amaçlardan biri de denge ve düzen içinde uygar bir yaşamdır..." gerekçesiyle öncelik

⁶⁶⁷ Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", s. 96.

⁶⁶⁸ E.1997/59, K.1998/71, K.T.18.11.1998, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁶⁹ Servet Armağan, **Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi**, İstanbul: İÜHFY, 1967, s. 121-122.

⁶⁷⁰ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, www.anayasa.gov.tr.

tanımıştır.⁶⁷¹ Yine, çokça tartışılan “367 Kararı”nda, Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili olarak, Anayasa’nın “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder.” (m.104) hükmüne ve ayrıca, Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkilerin niteliği ile Anayasanın Cumhurbaşkanının statüsüne ilişkin diğer hükümlerden yola çıkarak, Cumhurbaşkanı seçiminde “uzlaşma” ilkesini anayasal değerde bir ilke olarak kabul etmiştir. Bu ilke ışığında yorumladığı, Anayasa’nın eski 102. maddesindeki “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu (...) ile seçilir.” hükmünü toplantı yeter sayısını da kapsayacak şekilde yorumlamıştır. Her ne kadar Mahkeme, söz konusu davadaki kararını Anayasa’nın pozitif kurallarına dayandırmışsa da, içtihat ile getirdiği genel ilkeyi yasama için bağlayıcı kabul ettiği karar metninden anlaşılmaktadır.⁶⁷²

Bu tehlikeyi önlemek için, Mahkeme, hukukun genel ilkelerini, hukuk devleti, insan hakları, eşitlik, demokrasi gibi anayasal ilke ve kavramlarla ilişkili olduğu sürece, söz konusu anayasal ilkelerle ilişkisi bağlamında kullanmaya dikkat etmelidir. Yoksa, bağımsız ölçü norm olarak değil.

2.7. Uluslararası Hukuk Kuralları

2.7.1. Uluslararası Hukukun Kaynakları

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38’nci maddesine göre; “genel ya da özel uluslararası andlaşmalar”, “uluslararası teamül” ve “uygar uluslarca tanınmış genel hukuk ilkeleri” asli kaynaklar; “mahkeme kararları” ve “öğreti” ise, uluslararası hukuk kurallarını yaratmayan, ancak onların içeriğinin belirlenmesinde yararlanılan yardımcı kaynaklardır.⁶⁷³

Yüzbaşıoğlu’nun belirttiği üzere, 1982 Anayasası, uluslararası hukukun asli kaynaklarından andlaşmaların iç hukuktaki yerini, 90’ncı maddesinde ayrıntılı olarak düzenlerken; diğer kaynaklar olan uluslararası teamül ve hukukun genel ilkeleri ile ilgili pozitif bir düzenleme yapmamıştır. Ancak, Anayasa’nın 16’ncı maddesinde, “milletlerarası

⁶⁷¹ E.1988/14, K.1988/18, K.T.: 14.6.1988, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁷² E.2007/45, K.2007/54, K.T.: 1.5.2007, www.anayasa.gov.tr.

⁶⁷³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 11.

hukuka uygun” olmaktan, 92’nci maddesinde “milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerden” ve 15’nci maddesinde “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerden” söz etmesiyle, uluslararası hukukun diğer kaynaklarına da dolaylı yoldan göndermede bulunduğu kabul edilebilir.⁶⁷⁴

Asli kaynaklardan hukukun genel ilkeleri ayrı bir başlık altında incelendiği, teamül kurallarına yönelik olarak da Anayasamız genel nitelikli hiçbir hüküm içermediği için, bu başlık altında sadece uluslararası andlaşmalara yer verilecektir. Fakat, doktrinde, insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşmalara, iç hukuk düzeninde, diğer uluslararası andlaşmalardan daha farklı ve daha özel hukuki bir etki tanınması gerektiğine yönelik yaygın görüşlerden dolayı söz konusu nitelikteki uluslararası andlaşmaların ayrıca ele alınması uygun görünmektedir.

2.7.2. Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk Arasındaki Hiyerarşi Sorunu

Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki ve aralarındaki altlık-üstlük ilişkisi konusunda, doktrinde iki görüş ileri sürülmektedir: Tekçi (monist) ve ikici (düalist) görüş.

İkici görüş taraftarları, “birbirinden ayrı ve farklı, başka başka kaynaklardan gelip başka başka alanları düzenleyen iki hukuk düzeni görürler: Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk”.⁶⁷⁵ Söz konusu ayırım iki temel nedene bağlanmaktadır. Birinci neden, her iki hukuk düzeninin düzenledikleri toplumsal ilişkilerin değişik olmasıdır. Şöyle ki, iç hukuk özellikle devletle bağımlılık ilişkisi içinde bulunan kişilere yönelik kuralları kapsamaktadır. Buna karşılık uluslararası hukuk kuralları, ağırlıklı olarak birbirleriyle hukuki açıdan eşit durumdaki birimler olan devletlerin aralarındaki ilişkileri düzenlemektedir. İkinci neden ise, her iki hukuk düzeninin kurallarının büyük ölçüde değişik kaynaklardan doğmalarıdır. İç hukuk bir devletin üstün otoritesine dayanarak açıkladığı tek-tarafli iradenin ürünüdür. Buna karşılık, uluslararası hukuk birden çok devletin katılması sonucu oluşan ortak bir iradenin ürünüdür.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 11.

⁶⁷⁵ Mümtaz Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, **Anayasa Yargısı**, C. 2, 1985, s. 14.

⁶⁷⁶ Pazarıcı, a.g.e., s. 18-19.

İkinci görüş kabul edilirse, bir hukuk düzeninde oluşturulan kuralların ötekinde doğrudan hukuksal etkiler doğurması söz konusu olmayacaktır.⁶⁷⁷ Başka bir deyişle, bir hukuk düzenine ait kural hiçbir zaman kendiliğinden diğer düzende geçerli hale gelemez. Geçerli olması isteniyorsa uygulanacak hukuk düzeninin kural koymaya yetkili organlarınca benimsenmesi ve o hukuk düzeninin hükmü haline getirilmesi gerekir.⁶⁷⁸ Ayrıca, her iki hukuk düzeni de birbirlerinden bağımsız oldukları için iki düzenin kurallarının çatışma olasılığı da yoktur.⁶⁷⁹ Dolayısıyla, özellikle yargı organlarının davranışları bakımından asıl olan ulusal hukuktur; uluslararası hukuk ulusal hukukun yanında zayıf ve bir alt kategori meydana getirir.⁶⁸⁰

Tekçi görüş taraftarlarına göreyse, dünyada var olan hukuk düzeni tek bir düzendir. Uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenleri bu bütünün parçalarıdır. Gerek uluslararası hukukun gerekse iç hukukun nihai sujeleri aynıdır. Bu da fertlerdir.⁶⁸¹ Ayrıca, “halkların hukuk bilincinden doğan” bir tek hukuk vardır ve ulusal hukukla uluslararası hukuk bu tek hukukun değişik görüntüleridir.⁶⁸²

Tekçi görüş kabul edildiğinde, ortaya çıkan temel sorun bu hukuk düzenlerinden hangisinin ötekine hiyerarşik olarak üstün olacağı konusu olmaktadır. Bu görüş taraftarları arasında çoğunlukla uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu savunulmaktadır.⁶⁸³ Bu durumda bir uluslararası hukuk kuralı niteliği ne olursa olsun (anayasa, kanun vs.) bir iç hukuk kuralı ile çatıştığında iç hukuk kuralını ipso facto tadil eder veya ortadan kaldırır.⁶⁸⁴

Uluslararası hukuk normlarının iç hukuka üstün ve anayasaüstü niteliğe sahip olduğu tezini çok açık bir şekilde Hans Kelsen savunmuştur. Hans Kelsen’e göre, anayasa dahil iç hukuk kuralları karşısında andlaşmaların bir üstünlüğü vardır. Andlaşmalar olağan kanuna veya anayasaya aykırı hükümler taşıyabilir. Fakat, uluslararası hukuk kurallarına

⁶⁷⁷ Pazarıcı, a.g.e., s. 19.

⁶⁷⁸ Hasan Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 17, 2000, s. 174-175.

⁶⁷⁹ Pazarıcı, a.g.e., s. 19.

⁶⁸⁰ Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, s. 14.

⁶⁸¹ Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, s. 175.

⁶⁸² Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, s. 14-15.

⁶⁸³ Pazarıcı, a.g.e., s. 19.

⁶⁸⁴ Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, s. 175.

göre, bir kanun, hatta anayasal kanun bir andlaşmaya aykırıysa, o uluslararası hukuka aykırıdır, yani sakattır. Diğer taraftan bir andlaşmaya ancak bir başka andlaşma veya onun tarafından belirlenen bazı olgular tarafından son verilebilir, akid taraflardan birinin yapacağı tek taraflı bir iç hukuk işlemi ile andlaşmaya son verilemez.⁶⁸⁵ İç hukuk karşısında uluslararası hukuk kurallarının üstünlüğü uygulamada da uluslararası yargı kararları ile defalarca teyit edilmiştir.⁶⁸⁶

Ancak, Gözler'in de vurguladığı gibi, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü tezi sadece bir hipotezdir. Aynı şekilde aksi de ileri sürülebilir. Kelsen'e göre de, "bu tezlerden biri veya diğeri birer hipotezden başka bir şey değildir. Bunların arasında tercih, hukuk bilimi zemininde yapılamaz".⁶⁸⁷ Nitekim, yukarıda ifade edildiği gibi, ikici anlayış kabul edilirse, zaten uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında hiyerarşi sorunu ortaya çıkmaz. Çünkü bu anlayışa göre, iç hukuk ve uluslararası hukuk eşit, bağımsız ve ayrı iki sistem oluştururlar.⁶⁸⁸ Bu durumda, uluslararası hukuk ile iç hukuka arasındaki üstünlük sorunu sadece tekçi anlayış da söz konusu olmaktadır. Fakat, tekçi anlayış taraftarlarının azınlıkta da olsa bir kısmı iç hukukun üstünlüğünü kabul etmektedir. Dolayısıyla, Kelsen'in de ifade ettiği gibi, iç hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki üstünlük sorunu bir tercih meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır, hukuk bilimi temelinde sorunun çözümü mümkün görünmemektedir.

Yine Gözler'in ifade ettiği gibi, normlar arasında hiyerarşi ilişkisi kurulacaksa bu normlar arasında bir geçerlilik ilişkisi var demektir. Yani, aralarında hiyerarşi olan normlardan alt normun geçerliliğini üst normdan alması gerekir.⁶⁸⁹ Bu durumda, uluslararası hukukun üstünlüğü söz konusu ise, bir iç hukuk normu uluslararası hukuk normuna aykırı olduğunda, geçersiz sayılarak iptal edilmesi gerekmektedir. Halbuki, uluslararası yargı kurumları, uluslararası hukuk normu ile çatışan iç hukuk normunu iptal etmemekte, sadece onun uluslararası planda dermeyan edilemeyeceğini belirtmektedir.

⁶⁸⁵ Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle*, *Revue du droit public*, 1928, s.211-212'den özetleyen: Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", s. 26.

⁶⁸⁶ Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", s.27 vd. örnek kararlar

⁶⁸⁷ Hans Kelsen, "Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Academie de droit international*, 1926, IV, s. 313'den özetleyen: Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", s. 30.

⁶⁸⁸ Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", s. 29-30.

⁶⁸⁹ Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", s. 33.

Mesela, Enka davasında Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, “ne milli hukuk kurallarını yorumlamaya, ne de onların topluluk hukukuna aykırılıkları üzerine karar vermeye yetkisi olmadığını” beyan etmiştir.⁶⁹⁰ Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı iç hukuk normunu iptal edememektedir. (AİHS m. 53) Marckx davasında Avrupa İnsan Hakları Divanı şu kararı vermiştir: “Bizatihi Divan kararı dava konusu hükümleri iptal veya ilga edemez. Esas itibarıyla bildirici nitelikte olan karar, 53’üncü maddeden kaynaklanan yükümlülükten kurtulmak için iç hukukunda alacağı tedbirlerin seçimini devlete bırakmaktadır.”⁶⁹¹

Yüzbaşıoğlu da, “uluslararası hukuk düzeninin en önemli kaynağı olan andlaşmaların, ulusal hukuk kurallarına üstün olduğuna şüphe yoktur” tezini ileri sürdükten sonra, bir devletin andlaşmalara aykırı davranmasının bir uluslararası hukuk sorunu olduğu için, çözüm yerinin de uluslararası platformlar ya da uluslararası yargı yerleri olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, yazara göre, sorun bu düzeyde ulusal hukuk düzeninin ve ulusal yargı yerlerinin konusu değildir. Ancak, Yüzbaşıoğlu’na göre, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere akid devletlerde yaşayan bireylere doğrudan uygulanabilir haklar tanıyan andlaşmaların iç hukuktaki normlar hiyerarşisinde özellikli bir konumu vardır.⁶⁹²

Kanaatimizce de, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü bir teori olmaktan öteye geçemez. Bu teori ancak iç hukukta yapılacak bir düzenlemeyle pozitif bir temele oturtulursa, hukuki gerçekliğe dönüşebilir. Nitekim, Çek Anayasa Mahkemesi insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaları ölçü norm olarak kullanma yetkisine sahiptir.⁶⁹³ Macaristan Anayasa Mahkemesi de, resen veya başvuru üzerine bir iç hukuk kuralının uluslararası bir antlaşmaya uygunluğunu denetleyebilmektedir.⁶⁹⁴ Almanya’da uluslararası hukuk kuralları yasanın üstünde kabul edilmektedir. Fransa ise, karşılıklılık şartıyla uluslararası andlaşmalara yasalardan üstün bir konum vermektedir.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu”, s. 31.

⁶⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Divanının 13 Haziran 1979 tarihli Marckx Kararı, Cour pleniere, Serie A, No 31, s. 25’den aktaran: Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu”, s. 31-32.

⁶⁹² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 53-54

⁶⁹³ Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir”, s. 14.

⁶⁹⁴ Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir”, s. 7.

⁶⁹⁵ Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, s. 14-15.

2.7.3. Türk Anayasa Düzeninde Uluslararası Andlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Türk Anayasa Hukuku doktrininde, gerek 1961 gerekse 1982 Anayasası'nın düzenlemelerinden yola çıkılarak uluslararası andlaşmaların Türk hukuk düzenindeki yeri ile ilgili farklı sonuçlara ulaşılmıştır.

1982 Anayasası'nda, uluslararası andlaşmaları düzenleyen 90. maddeye göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Teziç'e göre, söz konusu m.90/f.5'in birinci cümlesinde geçen “kanun hükmündedir” ifadesi, sadece, ulusal mahkemelere yönelik olarak usulüne uygun yürürlüğe girmiş andlaşmaların, kanunlar gibi iç hukukun bir parçası olarak doğrudan uygulanabileceğini işaret etmektedir. Yoksa, andlaşmaların iç hukuktaki değeri konusunda bir ölçü vermemektedir. Teziç'e göre, ikinci cümlede belirtilen, “Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” ifadesinin lafzı esas alınır, antlaşmalar kanunlarla eşdeğerde sayılacaktır. Ancak, yazara göre, devlet, antlaşmayı onaylanarak yürürlüğe koyarken bunun iç hukukta doğuracağı sonuçları, yani, uluslararası antlaşmanın Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini bilmektedir. Bu durumda, antlaşmanın Anayasa ile birlikte yorumlanması gerekecektir. Ancak, antlaşma ile Anayasanın açıkça çatıştığı durumlarda, Anayasa'ya üstünlük tanınacaktır.⁶⁹⁶ Bu durumda, Teziç'e göre, andlaşmalar, yasaların üstünde ama Anayasa'nın altında bir değere sahiptir.

Yüzbaşıoğlu da, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” düzenlemesinin, andlaşmaların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yerinin kanunlarla eş-değer olduğunu göstermediğini, fakat, andlaşmaların Türk hukuk düzeninde başkaca işleme gerek kalmaksızın uygulanabilirliğine

⁶⁹⁶ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 11

işaret ettiği kanaatindedir.⁶⁹⁷ Yüzbaşıoğlu, Andlaşma-Anayasa çatışması varsa, uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, Anayasa'nın andlaşmaya uygun yorumlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Fakat, andlaşma-Anayasa çatışması uygun yorum yöntemi ile de çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta ise, Anayasa'nın şekli ve maddi üstünlüğü dikkate alınmalıdır. Ayrıca, “Katı Anayasa sisteminde, Anayasa'yı ihmal edip, Meclisin basit çoğunluğunun iradesi ile yürürlüğe giren andlaşmayı uygulamak, Anayasa'nın şekli üstünlüğü ile bağdaşmaz”.⁶⁹⁸ Yüzbaşıoğlu'nun da, andlaşmalara, Anayasa'ya yakın ama yasaların üzerinde bir hukuki değer atfettiğini söyleyebiliriz.

Gözübüyük ise, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine yönelik Anayasal düzenlemeden yola çıkarak, andlaşmanın yasaya üstünlüğünü kabul etmektedir. Hatta, Gözübüyük'e göre, andlaşmalarda, sadece yasa ile değil, anayasal düzenlemelerle de değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu durumda, andlaşmalar ulusal hukuk kurallarına üstündür, yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerekir. Yani, andlaşmalar anayasaüstü bir değerdedir.⁶⁹⁹

Turhan da, ne Anayasanın ne de yasanın antlaşmalarda değişiklik yapmasının söz konusu olamayacağını ve antlaşmaların ulusal hukuk normlarından üstün olduğunu ifade ederek, andlaşmaları anayasaüstü değerde kabul etmektedir.⁷⁰⁰

Sonuçta, Türk Anayasa Hukuku doktrininde, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesindeki, andlaşmalar aleyhine “Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz” ifadesine ağırlık veren yazarlar, Anayasa'nın açıkça olmasa da zımnen uluslararası hukukun üstünlüğünü kabul ettiğini ileri sürmüşlerdir.

Özbudun ise, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların “kanun hükmünde” olduğunu belirten 90'ncı maddenin son fıkrasının lafzi anlamını esas alarak, andlaşmaların kanunlarla eşdeğerli olduklarını belirtmektedir.⁷⁰¹

⁶⁹⁷ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 17.

⁶⁹⁸ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 60.

⁶⁹⁹ Gözübüyük, a.g.e., s. 292.

⁷⁰⁰ Turhan, **Anayasal Devlet**, s. 198-199.

⁷⁰¹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 397.

Tunç da, Türk hukuk düzeninde andlaşmaların, kural olarak kanunlara eşit bir şekilde düzenlendiğini ifade etmektedir. Tunç, “ (...) Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmünün varlık gerekçesini de, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararıyla devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasını engellemek şeklinde izah etmektedir.⁷⁰²

Atar da, uluslararası andlaşmaları kanunlarla eş değerde görmekte, andlaşmalarla kanunların çatışması halinde, ikisini bağdaştıracak bir yorumun yapılması imkanı yoksa, iç hukuk düzeninde kanunlar çatışmasında geçerli olan ilkelerin uygulanması gerektiği düşüncesini benimsemiştir.⁷⁰³

Gözler’e göre, andlaşmaların yasa üstü olabilmesi, andlaşmaların yasama organının adi çoğunluğundan daha yüksek bir çoğunluğu tarafından kabulünü öngören bir düzenleme ile mümkün olabilir.⁷⁰⁴ Halbuki, andlaşmalar da, yasalar gibi Meclis’in basit çoğunlukla açıkladığı iradesi ile yürürlüğe girdiğine göre, andlaşmaların yasa değerinde olması mantıklıdır. Andlaşmaların anayasaüstülüğü ile ilgili olarak da Gözler, anayasanın katılığı ve üstünlüğü ilkelerinin zedeleneceğini belirtmektedir. Çünkü bu durumda Meclis’in basit çoğunluk ile iradesini açıklayarak çıkardığı onay kanunu ile iç hukukta hüküm doğurabilecek andlaşma sayesinde, anayasanın hükümleri değiştirilebilecektir.⁷⁰⁵

Can da, hukuk normları arasında üstünlüğün ancak geçerlilik ilişkisine bağlanabileceğini, halbuki, m.90’da yasa ile andlaşmalar arasında bu tarz bir ilişki öngörülmediğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, 90. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinin açık lafzi hükmü andlaşmaların iç hukukta kanun hükmünde olduğunu göstermektedir. Ayrıca, Can’a göre, 1982 Anayasası’nın 90. maddesine 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasayla eklenen ifade ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların kanunlara nazaran öncelikle uygulanacağını hükme bağlanması, diğer andlaşmaların kanunlardan üstün olmadığını kanıtlamaktadır.⁷⁰⁶

⁷⁰² Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, s. 180.

⁷⁰³ Atar, a.g.e., s. 334.

⁷⁰⁴ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 279.

⁷⁰⁵ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 91.

⁷⁰⁶ Can, **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, s. 185.

Sonuçta, Türk Anayasa Hukuku doktrinde, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde ifade edilen, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" düzenlemesinin açık lafzi hükmüne öncelik tanıyan yazarlar, Türk hukuk düzeninde andlaşmaları yasa ile eşdeğerde görmektedir.

Kanaatimizce, 90. maddede andlaşmaların "kanun hükmünde" olduğunu belirten açık ifade karşısında, iç hukukta andlaşmalara daha üstün bir değer atfetmek zor görünüyor. Ayrıca, normlar arasında kurulacak hiyerarşik bir ilişki normların geçerliliğinden bağımsız olarak ele alınamayacaktır. Bu durumda, andlaşmaların kanunların üstünde yer aldığı kabul edilirse, kanunların andlaşmalara uygun olması gerekecektir. Halbuki, 1982 Anayasası'nın hukuk düzeninde kanunların sadece Anayasa'ya uygun olmasını sağlayacak kurumsal bir mekanizma olarak Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Eğer, kanunların andlaşmalara da uygunluğu şart koşulursa, Anayasa Mahkemesi, kanunların andlaşmalara uygunluğunu da denetleyecektir ki, bunun Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetki kullanımı olacağı aşikardır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, insan hakları aleyhine olmamak ve yorum yoluyla Anayasa'nın anlam sınırlarını zorlamamak şartıyla, ülkenin uluslararası sorumluluğunu da dikkate alarak, Anayasa'yı andlaşmalar ile uyumlu olacak şekilde yorumlaması kabul edilebilir.

1982 Anayasası'nın milletlerarası hukuka atıf yaptığı hususlarda (m.42,15,16) milletlerarası hukuk kurallarının ölçü norm olarak kullanılması ise doğaldır ve doktrinde yazarlar arasında bu konuda bir uyuşmazlık mevcut değildir.

2.7.4. İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Andlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Gözler'in de ifade ettiği gibi, "Türkiye'deki uluslararası hukuk normlarının anayasallık bloğuna dahil olup olmadığı yolundaki tartışma genel uluslararası hukuk normlarının değil, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda olmaktadır".⁷⁰⁷ Gerçekten de doktrinde, uluslararası hukuk kurallarının anayasaüstü veya yasaüstü nitelikte olduğunu savunan birçok yazar, özellikle, insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşma veya sözleşmelere ve bilhassa da Avrupa İnsan Hakları

⁷⁰⁷ Gözler, "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?", s. 89.

Sözleşmesine özel bir vurgu yapmaktadır.

Yukarıda, genel olarak uluslararası hukuk kurallarının iç hukuktaki kurallar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili olarak ileri sürülen görüşler şüphesiz insan hakları ile ilgili belgeler için öncelikli olarak söz konusu edilebilir. Bu altbaşlıkta, sadece insan hakları ile ilgili uluslararası normların iç hukukta yeri ile ilgili konular değinilecektir.

2.7.4.1. İnsan Haklarının Ulusüstü Nitelik Kazanması

Gözübüyük ve Gölcüklü'nün de ifade ettiği gibi, insan haklarının korunması ve güvence altına alınması, İkinci Dünya Savaşına kadar, esas itibariyle bir iç hukuk meselesi olarak görülmüştür.⁷⁰⁸ Ancak, 2. Dünya Savaşı öncesinde ve Savaş zamanında; insanın insan olarak değerini, eşitliğini reddeden “üstün ırk” anlayışına dayalı Nazi Almanya'sının resmi felsefesinin uygulamaya geçirilmesi ile milyonlarca insanın ölümüyle sonuçlanan bir insanlık faciası yaşanmıştır.⁷⁰⁹ Bu gelişmelerin sonucunda, insanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği reddeden görüşün yeniden ortaya çıkmaması için, insan haklarına saygılı bir uluslararası düzenin kurulması zorunlu görülmüştür.⁷¹⁰

Böylece, iktidarın sınırlanması ve kişi özgürlüklerinin korunması yönündeki girişimler iç hukuk alanından uluslararası hukuk alanına taşınmıştır.⁷¹¹ Bu bağlamda, bir taraftan birey ulusal hukuk öznesi olmasının yanında uluslararası hukukun öznesi durumuna gelmeye başlamış,⁷¹² diğer taraftan insan haklarını koruyacak uluslararası mekanizmaların kurulması yönünde girişimlerin önü açılmıştır.

Nitekim, 26 Haziran 1945'de San Francisco'da imzalanan Andlaşma ile Birleşmiş Milletler örgütünün kurulması ve bu örgüt bünyesinde insan haklarını korumak amacıyla çeşitli andlaşmaların kabul edilmesi, demokrasi ve insan haklarının uluslararası örgütler ve mekanizmalar yoluyla korunmasına yönelik önemli bir girişimi ifade etmektedir.⁷¹³

⁷⁰⁸ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 4.

⁷⁰⁹ Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, s. 11.

⁷¹⁰ Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s. 4.

⁷¹¹ Yazıcı, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği”, s. 78.

⁷¹² Gözübüyük ve Gölcüklü, a.g.e., s.4.

⁷¹³ Yazıcı, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen

Birleşmiş Milletler Andlaşması, insan haklarına inanç, saygı ve bağlılık ilan ederek insan hak ve hürriyetlerini ilk defa olarak resmen milletlerarası hukuk alanına çıkarmış ve onlara resmi olarak evrensel bir değer tanımış oluyordu.⁷¹⁴

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 10 Aralık 1948 günü İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni kabul ve ilan etmiştir. Bildiri, hukuken bağlayıcılığı olmasa da, dünya ülkelerinin insan haklarını yüksek ahlaki idealler olarak benimsemesini sağlayarak, insan haklarının yaygınlaşmasında önemli bir rol oynamıştır.⁷¹⁵

Fakat, insan hakları kavramının, gerçek anlamda ulusüstü hukuk disiplini haline gelmesini sağlayan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmuştur. “Çünkü doğrudan uygulanabilir, ayrıntılı kurallar içeren, ideal haklara değil, gerçekleştirilmesi zorunlu hak ve özgürlük metinlerine yer veren Sözleşme; aynı zamanda bu hakları koruyan “yargısal kurumlar” ve “ortak bir güvence sistemi” de getirmektedir”. 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanan ve on devletin onaylamasından sonra 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren, tam adıyla, “İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” (kısa adı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) ni, Türkiye, 10 Mart 1954’de kabul edilen bir kanunla onaylamış ve onay belgesini 18 Mayıs 1954’de vererek Sözleşme’ye taraf olmuştur.⁷¹⁶

2.7.4.2. Türk Anayasa Düzeninde İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Andlaşmaların Hukuki Değeri

İnsan haklarının, ulusalüstü sözleşmelerin konusu haline gelmesi, anayasa hukukunda da söz konusu sözleşmelerin iç hukuktaki yeri ile ilgili tartışmaları gündeme getirmiştir. Aliefendioğlu’na göre, 20. yüzyılın ortasında, Anayasa yanında “ulusalüstü hukuk” ve “ulusalüstü hukuka bağlılık” kuralları ile yeni bir dönem başlamış, Anayasa, anayasaya uygunluk denetiminde tek ölçü norm olmaktan çıkmıştır.⁷¹⁷

İçeriği”, s. 78.

⁷¹⁴ Kapani, a.g.e., s. 61.

⁷¹⁵ Kapani, a.g.e., s. 62-63.

⁷¹⁶ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 37.

⁷¹⁷ Aliefendioğlu, a.g.e., s.62.

Akad ve Dinçkol da, uluslararası kurumlar tarafından (Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi) hazırlanan ve insan haklarını düzenleyen belgelerin ulusal üstü nitelik taşıdıklarını, bu belgelerin, üye ülkelerin onayı ile yürürlüğe girdiklerinde iç hukuk düzeninin bir parçasını oluşturarak yasalar ve anayasanın üstünde bağlayıcı nitelik kazandıklarını ileri sürmektedirler.⁷¹⁸

1961 ve 1982 Anayasalarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nden ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden birçok alıntı yapılarak ya da göndermede bulunularak, birçok uluslararası normun iç hukuk kuralı (pozitif hukuk kuralı) haline dönüşümü sağlanmıştır. Anayasada yer verilerek iç hukuk düzenlemesi haline getirilen bu kuralların referans norm olarak kullanılması doğaldır. Ancak, Aliefendioğlu ile Yüzbaşıoğlu, Anayasa'da yer almayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kurallarının da sözleşmenin bağlayıcı niteliği nedeniyle referans norm olarak kullanılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Yazarlar en azından Anayasa metninin Sözleşme'ye uygun yorumlanmasını savunmaktadırlar.⁷¹⁹

Kanaatimizce, Anayasa'nın hazırlanmasında, söz konusu Sözleşmelerin kaynak olarak kullanılması, bu sözleşmelerin ölçü norm niteliği kazanmasını sağlamaz. Sözleşmelere bu niteliğin kazandırılması ancak kurucu iktidarın yapacağı pozitif anayasal düzenleme ile mümkün olabilir. Fakat, anayasanın insan haklarını genişletici yönde yorumlanmasına imkan verecek şekilde insan hakları ile ilgili uluslararası belgelerden istifade edilebilir.

Uluslararası hukuk kurallarının ölçü norm olarak kabul edilebileceğine pozitif bir dayanak olarak bazı yazarlarca Anayasa'nın 15. maddesi gösterilmektedir. Anayasa'nın 15'nci maddesine göre, olağanüstü dönemlerde “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir”. Bu hükmün uluslararası hukuk kurallarının ölçü norm olmasının pozitif dayanağı olduğunu iddia edenlere göre, madem ki, anayasal düzenleme olağanüstü dönemlerde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında

⁷¹⁸ Mehmet Akad ve Bihterin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, 5. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2009, s. 230.

⁷¹⁹ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 99-100, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 52.

uluslararası hukuk kurallarının dikkate alınmasını istiyor, bu düzenlemenin olağan dönemler için öncelikli olarak geçerli olması gerekir.⁷²⁰ Atar'a göre de, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında ihlal edilemeyecek milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler deyimi, insan hakları sözleşmeleriyle taahhüt edilen yükümlülükleri ifade etmektedir. Bu çerçevede Türkiye'nin kabul ettiği insan hakları sözleşmelerinin getirdiği yükümlülükler, iç hukukta hak ve hürriyetler sınırlanırken tıpkı Anayasa hükümleri gibi dikkate alınacaktır. Sonuçta, bu yorum kabul edilirse, insan hakları sözleşmeleri iç hukukta anayasal değere sahip kılınmış olacaktır.⁷²¹

İnsan hakları belgelerinin ölçü norm olduğuna dair iddiaların pozitif dayanağı olarak bazı yazarlarca da, Anayasa'nın 2. maddesinde geçen "insan haklarına saygılı olma" ibaresi gösterilmektedir. Nitekim, Kaboğlu, insan haklarına saygı ilkesinin sadece iç hukuktaki insan haklarını koruyan hukuk kurallarını değil, Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerini de kapsadığı kanaatindedir. Bu durum, söz konusu sözleşmelerin anayasaya uygunluk denetiminde anayasal değerde metinler olarak kullanılmasını gerektirmektedir.⁷²²

Yüzbaşıoğlu da, Anayasa'nın 2. maddesi ile 15. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, insan hakları sözleşmelerinin Türk hukuk düzeninde en üstte, anayasa-üstü değer de olduğunun iddia edilebileceğini ileri sürmektedir.⁷²³ Fakat, Yüzbaşıoğlu, daha sonra Tanör ile hazırladığı ortak çalışmada insan hakları sözleşmelerinin anayasa-üstü olmadığını ifade etmiştir. Buna göre, insan hakları antlaşmalarının üstünlüğü, sadece Anayasayı antlaşmaya uygun yorumlamak anlamına gelmektedir. Fakat, antlaşma-Anayasa çatışması, uygun yorum yöntemiyle de çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta ise ne olacaktır? Bu durumda, Anayasa'nın maddi ve şekli üstünlüğü gereği anayasa hükümleri uygulanacaktır.⁷²⁴

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi, m.2'de geçen "insan haklarına saygı" ifadesinin içeriğini belirlerken insan hakları sözleşmelerini "açıklayıcı ve yol gösterici" kaynak olarak kullanabilir. Yoksa bu ilkeye dayanarak, insan hakları sözleşmelerini

⁷²⁰ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 3-4.

⁷²¹ Atar, a.g.e., s. 359.

⁷²² Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 128-129.

⁷²³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 58.

⁷²⁴ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 488-489.

bağımsız ölçü norm olarak kabul etmeye imkan yoktur. Atar'ın da belirttiği gibi, “insan haklarına saygı” ilkesi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerine saygıyı da içerdiği kabul edilebilir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetimi yaparken “insan haklarına saygı” ilkesinin içeriğini belirlemede insan hakları sözleşmelerinden yararlanması düşünülebilir.⁷²⁵

7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 90'ıncı maddesinin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir: ”Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşmaların hükümleri esas alınır”.

Söz konusu Anayasa değişikliği ile bazı yazarlara göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar, Türk hukuk düzeninde artık yasaların üzerinde yer almaktadır. Teziç'e göre, “bu hükümden çıkan ikinci sonuç, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanunların üstünde değer taşıdıkları ve bunların Anayasa ile birlikte yorumlanması gerektiğidir”.⁷²⁶ Gözler de, “...Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son fıkrasının yeni şekli, kanunlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar arasında hiyerarşi ihdas etmektedir. Artık bu tür milletlerarası andlaşmalar Türk normlar hiyerarşisinde daha üstündür”.⁷²⁷ Özbudun da, “2004 anayasa değişikliği ile 90'ıncı maddeye eklenen fıkra, “temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmaları, Anayasa ile kanunlar arasında bir konuma yerleştirmiştir.”⁷²⁸ şeklinde görüş bildirmektedir. Turhan'a göre de, Anayasanın 15. Maddesi ve 2004 yılında m. 90'a eklenen son fıkra birlikte değerlendirildiğinde, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar açıkça yasa üstü bir hukuksal statüye sahiptirler. Bu sözleşmeler anayasal kurallar niteliğindedir”.⁷²⁹ Pazarıcı da, “anılan değişiklik hükmü temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların yasalarla çatışması durumunda bu andlaşmaların esas alınacağını belirtmek suretiyle yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların yasalara üstün tutulacağını” kabul etmektedir.⁷³⁰

⁷²⁵ Atar, a.g.e., s. 359-360.

⁷²⁶ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 11-12.

⁷²⁷ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 280.

⁷²⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 225.

⁷²⁹ Turhan, **Anayasal Devlet**, s. 55.

⁷³⁰ Pazarıcı, a.g.e., s.27.

Kanaatimizce, 22.5.2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunla Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan değişiklik ile insan hakları sözleşmelerine kanunlar karşısında tanınan üstünlük sadece hüküm çatışması durumunda sözleşme hükümlerinin uygulanmasına imkan vermektedir. Yoksa, uluslararası andlaşmaların anayasallık bloğuna dahil edilerek, anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılması ve andlaşmaya aykırılık sebebiyle kanunların iptaline imkan vermemektedir.⁷³¹

2.7.4.3. Türk Anayasa Düzeninde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Hukuki Değeri

Doktrinde bazı yazarlar uluslararası insan hakları belgelerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne özel bir önem ve nitelik atfetmektedir. Bu durum öncelikle Sözleşme'nin taraf devletlerde yaşayan bireylere doğrudan kullanılabilir haklar tanınması sebebiyle taraf devletler için doğrudan iç hukukta uygulanma zorunluluğu getirmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, Sözleşme'nin birinci maddesinde, “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, kendi yargı yetkileri içindeki herkes için, bu Sözleşme'nin Birinci Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri tanırlar”, hükmü yer almaktadır. Burada, kesin bir zorunluluğu içeren “tanırlar” teriminin yer alması, Sözleşme'nin amacının sadece taraf devletleri bağlamak değil, kişilere doğrudan haklar tanımak olduğunu göstermektedir.⁷³² Diğer taraftan Turhan'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin, Sözleşme'ye ve Sözleşme'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yorumuna aykırı içtihatları Türkiye'nin uluslararası sorumluluğuna yol açacağından dolayı, Anayasa Mahkemesi, Sözleşme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda karar vermelidir.⁷³³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, anayasa dahil olmak üzere bütün iç hukuk normlarına üstün olduğu prensibi Avrupa İnsan Hakları Divanı (Mahkemesi) tarafından teyid edilmiştir.⁷³⁴ Nitekim, “Belilos Kararı”nda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne getirilen genel nitelikte “çekinceler”i geçersiz sayarak, İsviçre'nin koşulsuz bağlı olduğu sonucuna varmıştır.⁷³⁵

⁷³¹ Benzer yönde: Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 397; Atar, a.g.e., s. 335.

⁷³² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 39-40

⁷³³ Turhan, **Anayasal Devlet**, s. 219.

⁷³⁴ Gözler, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, s. 28 vd. örnek kararlar.

⁷³⁵ Bakır Çağlar ve Naz Çavuşoğlu, “Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaiik İkilemi”, **Anayasa Yargısı**, C.16, 1999, s. 145-146.

Ancak, Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği gibi, Mahkeme, taraf devletlerin iç hukukuna doğrudan müdahale edememektedir.⁷³⁶ Dolayısıyla, Sözleşme'ye aykırı olan bir iç hukuk normunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından iptali söz konusu değildir. Bu durumda, Sözleşme'nin doğrudan anayasallık bloğunun bir parçası olduğu düşünülemez.

Nitekim, Çağlar'a göre, "Avrupa Konvansiyonu, tarafları hukuken bağladığına göre taraflar yasamalarının Konvansiyon normlarına uygunluğunu sağlama yükümlülüğü altındadırlar".⁷³⁷ Fakat, buradaki yükümlülük, ülkenin uluslararası sorumluluktan kurtulmasına yönelik bir yükümlülüktür ve ulusal yasama organı tarafından yerine getirilecektir. Yoksa, Mahkeme tarafından Sözleşme'ye aykırı bir normun iptali söz konusu değildir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletler, anayasalarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kendi iç hukuklarındaki değerini farklı şekillerde belirlemiştir. Gözler'in tesbitine göre, üye devletler, "genelde uluslararası andlaşmalara, özelde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, ya anayasa ile eşit, ya kanun ile eşit, ya da anayasanın altında ama kanun üstünde değer vermektedir".⁷³⁸

Federal Alman Anayasası, uluslararası andlaşmaların, Alman hukuku içindeki değerini ve yerini belirtmemiştir. Anayasa Mahkemesi uygulamalarında ise, andlaşmalara kanunlarla eşdeğer bir yer verilmektedir.⁷³⁹ Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni temel hakların yorumunda kullanmaktadır. Çağlar'ın belirttiğine göre, Alman doktrininde bazı yazarlar bu uygulamaya dayanarak Sözleşme'nin anayasal değerde olduğunu ileri sürmüş, ancak bu görüş doktrininde genel kabul görmemiştir.⁷⁴⁰

İspanya ve Portekiz de ise, anayasanın tanıdığı temel hak ve hürriyetlerle ilgili normların, insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşma ve sözleşmelere uygun yorumlanması gerektiği anayasal olarak düzenlenmiştir.⁷⁴¹

⁷³⁶ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 43.

⁷³⁷ Çağlar, "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", s. 34.

⁷³⁸ Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", s.34.

⁷³⁹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 49.

⁷⁴⁰ Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", s. 180.

⁷⁴¹ Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", s. 179.

Hollanda, ancak, Meclis'in 2/3 çoğunlukla onayladığı insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşmaları anayasal değerde kabul etmektedir.⁷⁴²

Kanaatimizce, bizim anayasal sistemimizde, Sözleşme'nin anayasallık bloğunun bir parçası olarak değerlendirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin anayasallık denetiminde yetkisini genişletecek bu tür bir uygulamanın, yargı ya da doktrin içtihatları ile oluşturulması kurucu iktidarın iradesine müdahale edilerek kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali olacağı gibi, anayasanın üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Sözleşme'nin iç hukukta ölçü norm olması yönündeki taleplerin önemli bir sebebi, ülkemizde mevcut Anayasa'nın insan hakları konusunda yeterince güvence içermemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin geçmişte bu konuda yeterli hassasiyeti göstermemesi karşısında, bazı yazarların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan hakları için daha güvenli şartlar oluşturacağına yönelik beklentileri olabilir.

Nitekim, Turhan, “Demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan (...) bu sözleşmenin hükümlerinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda anlaşılacak Anayasa Mahkemesi'nce ve diğer mahkemelerce uygulanması ve ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir”⁷⁴³ derken, kanaatimizce, Türkiye'deki demokrasi standartlarının düşük olmasına duyulan güvensizliği yansıtmaktadır. Arslan da Strasbourg hukuku ile Türk hukuku arasındaki uyumsuzluk bulunduğunu ifade ettikten sonra, “Anayasa Mahkemesi de bu uyumsuzluğu gidermede “hak eksenli” bir yaklaşım benimseyerek Sözleşmeye “bağımsız ölçü norm” statüsünü kazandırmalıdır”⁷⁴⁴ diyerek, benzer bir yaklaşımı sergilemektedir.

Dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anayasallık bloğuna dahil olduğunun savunulmasını, Sözleşmenin “insan haklarına” ilişkin olması ile bir “Avrupa” sözleşmesi olmasına bağlayan⁷⁴⁵ tesbitte haklılık payı olabilir. Ancak, “Bu iki sebep de hukuk mantığı ile alakasız, siyasi ve ideolojik sebeplerdir”.⁷⁴⁶

⁷⁴² Fendoğlu, a.g.e., s. 371-372.

⁷⁴³ Mehmet Turhan, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 20, 2003, s. 226.

⁷⁴⁴ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 236.

⁷⁴⁵ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 89.

⁷⁴⁶ Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, s. 89.

2.7.4.4. Türk Anayasa Mahkemesi Uygulamalarında Uluslararası Andlaşmalar

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda şu ifadeleri kullanmıştır:

Milletlerarası hukuku, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı andlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai içtihatlar oluşturmaktadır.⁷⁴⁷

Bu karara dayanarak, Yüzbaşıoğlu, Mahkeme'nin, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü görüşünde olduğunu ileri sürmüştür. Halbuki, Özbudun'un da belirttiği gibi, "Mahkeme, milletlerarası hukukun milli hukuka üstünlüğü ilkesini, Türk hukuku bakımından geçerli bir ilke olarak ilan etmemiş, bu ilkeye sadece milletlerarası hukukun kaynaklarını sayarken değinmiştir". Ayrıca, milletlerarası hukukla iç hukukun ilişkisi gibi son derece temel bir sorun, Anayasa Mahkemesi tarafından değil, doğrudan doğruya Anayasa koyucu tarafından çözülmesi gerektiğine kuşku yoktur.⁷⁴⁸

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, muhtelif uluslararası belgelere atıfta bulunmuştur. Mahkeme, 3005 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde savunmanın hazırlanması için sanığa üç günlük süre verilmesini öngören kanun hükmünün iptali davasında öncelikle söz konusu düzenlemenin ilgili olduğu Anayasa maddesini tespit etmiştir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, 3005 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin Anayasa'ya aykırılık gerekçesini, "... sanığa savunmasını hazırlamak için verilen üç günlük sürenin, kutsal savunma hakkını kısıtladığı ... " savıyla Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayandırmaktadır. Ancak, savunma hakkına ilişkin özel kural, Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu nedenle, itiraz gerekçesi, Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerindeki ilkeleri de kapsayacak biçimde, 36. maddesi çerçevesinde irdelenecektir.⁷⁴⁹

⁷⁴⁷ E.1984/14, K.1985/7, K.T.: 13.6.1985, AMKD., Sayı 21, s. 168.

⁷⁴⁸ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 397-398.

⁷⁴⁹ E.1992/8, K.1992/39, K.T.: 16.6.1992, www.anayasa.gov.tr.

Daha sonra, insan hak ve özgürlüklerinin evrensel niteliğine vurgu yaparak, Anayasa'nın Başlangıç ve 2. maddesine dayanarak, uluslararası belgelere atıf yapmıştır:

İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak "insan Hakları Evrensel Demeci" ile "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme"yi de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.⁷⁵⁰

Kararın devamında, savunma hakkının temel haklardan olduğu ve yapılacak sınırlamada Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mahkeme, savunmanın üç gün ile sınırlanmasını Anayasa'nın 13. Maddesinde geçen "demokratik toplum düzeninin gereklerine" aykırı olduğu sonucuna varırken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını da dikkate almıştır.

3005 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 12. maddesine bu çerçevede bakıldığında, savunma hakkına getirdiği üç günlük süre sınırlamasının, Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı "... demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı. . ." olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, daha önce de adından söz edilen, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca, her sanığın "Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak, . . ." hakkı vardır. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi (Adalet Divanı), baktığı davalarda, "Makul ya da yeterli zamanın ne olması gerektiği, doğal olarak söz konusu davanın niteliğine ve davanın yer aldığı koşullara bağlıdır." kanısına varmıştır (Golder, Silver, Campbell ve Fell-Birleşik Krallık; Can-Avusturya davaları). Verileri incelemek için yeterli zaman verilmez ya da dava gereksiz bir ivediliğe getirilirse davaya ilişkin tüm bilgilerin savunmanın önüne konulması olanağının bir anlam taşımayacağı açıktır". Sonuçta, Mahkeme, söz konusu düzenlemeyi iptal ederken doğrudan Anayasa'nın ilgili maddelerine dayanmıştır. "Yine Anayasanın 2. maddesinin öngördüğü "hukuk devleti" ilkesinin gereği de budur. Açıklanan nedenlerle, 3005 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 12. maddesi, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası ile 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır, iptal edilmesi gerekmektedir."⁷⁵¹

⁷⁵⁰ E.1992/8, K.1992/39, K.T.: 16.6.1992, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁵¹ E.1992/8, K.1992/39, K.T. : 16.6.1992, www.anayasa.gov.tr.

Sonuçta, söz konusu kararda, kanunun iptali Anayasa'nın konuyla ilgili maddelerine dayandırılmış ve uluslararası belgeler sadece Anayasa metninin yorumlanmasında yardımcı bir kaynak olarak kullanılmış, bağımsız ölçü norm olarak değerlendirilmemiştir.

1961 Anayasası döneminde, eski Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'na 1696 sayılı Kanun ile getirilen Ek 2 nci maddeye göre, eğer sanık maddede sayılan bazı eylemleri yapmadığını ispat edemezse, kanun dışı kuruluşlara üye olma suçunu işlemiş sayılacaktır. Söz konusu düzenleme, masumiyet karinesini tersine çevirerek, suçsuz olduğunu ispat etmediği sürece sanığın suçlu olduğunu ifade etmekteydi. Düzenlemenin iptali için açılan davada Mahkeme, konuya öncelikle Anayasa'nın Başlangıç ve 2. maddesine uygunluk açısından yaklaşmıştır.

Anayasa'nın Başlangıç'ında, bu Anayasanın "... insan hak ve hürriyetlerini; milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için..." kabul edildiği belirtilmekte ve 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmü yer almaktadır.⁷⁵²

Daha sonra Başlangıçta yer alan "insan hak ve hürriyetlerini; ... gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için..." ibaresi ile 2. maddede geçen "insan haklarına ... dayanan" ifadesinin gereği olarak uluslararası belgelerin de dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

İnsanın, içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasa'nın Başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi" ile "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi" ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.⁷⁵³

⁷⁵² E.1979/38, K.1980/11, K.T.: 29.1.1980, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁵³ E.1979/38, K.1980/11, K.T.: 29.1.1980, www.anayasa.gov.tr.

Devamında Mahkeme, “buyurucu ve bağlayıcı içeriği, sanıklar için bir hak olduğu kadar, insan hak ve özgürlükleri yönünden de bir güvence olarak hukuk düzenimizde kurumlaşan "masumluk karinesi" ilkesini güçlendiren üstün ve evrensel hukuk kuralı niteliğini taşımaktadır” diyerek, söz konusu bildiri ve sözleşmenin, pozitif hukukta dayanağı olan ilkenin yorumlanmasında bir kaynak olarak kullanıldığını ifade etmiştir. Sonuçta, Mahkeme,

Böylece öğreti alanında da belirtildiği üzere, ispat bakımından genel kurallara aykırı bir içerik taşıyan ve "ispat külfeti"ni sanığa yükleyerek bir tür suçluluk karinesi öngören, başka bir deyişle, belli bir olayın gerçekleştiği durumlarda suçu oluşturan öteki bir olayın sabit olduğunu kabule zorlayan bağlayıcı bir kuralla, kesin hükme kadar sanığın suçsuz sayılması doğrultusundaki genel kuralı tersine çeviren, böylece belirli eylemleri yasa dışı örgütlere üye olmanın, dolayısıyla suçluluğun kesin belirtileri sayan; genel kural ve suçsuzluk karinesi gereği, savunmanın kanıtlanması zorunluluğu olmadığı halde sanığı savunmasını kanıtlama yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakan itiraz konusu Ek 2. madde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile buna göndermede bulunan 2. maddesinde yazılı "insan hak ve özgürlüklerine bağlılık" ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.⁷⁵⁴

diyerek, kanunu Anayasa'nın pozitif düzenlemelerine dayanarak iptal etmiştir.

Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi, genellikle, Anayasa'nın “insan haklarına dayanma/saygı” ve “hukuk devleti” ilkelerine dayanarak uluslararası belgelere atıfta bulunsa da, diğer bazı kararlarında ise kararına dayanak teşkil eden Anayasa'nın farklı hükümlerinin yorumunda da uluslararası belgelerden istifade etmektedir. Mesela, eski Medeni Kanunu'nun "evli erkek ve kadının zinasından doğan çocuk tanınmaz" (m.292) hükmünün iptali için açılan davada Mahkeme, “Çocuğun ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi hakları, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarından” olduğunu belirterek, söz konusu kanun hükmünün Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, sadece, insan ve çocuk haklarının evrensel önemini göstermek için, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası gibi uluslararası belgelere atıfta bulunmuştur. Fakat, Mahkeme söz konusu düzenlemeyi, Anayasa'nın 5., 10., 12. ve

⁷⁵⁴ E.1979/38, K.1980/11, K.T.: 29.1.1980, www.anayasa.gov.tr.

41. maddelerine dayanarak iptal etmiştir.⁷⁵⁵

Yine, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen, sağlık yardımının "...18 aya kadar..." olmasını öngören düzenlemeyi denetlerken Mahkeme,

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk tümcesi "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir..." biçimindedir. ... Bu konuda düzenlenen uluslararası kurallar da aynı amaca yönelik hükümler taşımaktadır. 16.6.1989 günlü, 3581 sayılı Yasa'yla onaylanan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 13. maddesi de hastalık durumunda gerekli olan tüm bakımların sağlanmasını öngörmektedir. 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen "...18 aya kadar..." sınırlaması, sağlık yardımı sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişinin gerek yaşama hakkının gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından Anayasa'nın 17. maddesine aykırı görülmüştür.⁷⁵⁶

diyerek, iptal kararını Anayasa'nın 17. maddesine dayandırmış, ancak, kararına destek olmak üzere Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 13. maddesinden yararlanmışır.

Gerçekten de, doktrinde belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi, uluslararası belgeleri, anayasa veya yasa normunu yorumlarken yardımcı kaynak olarak kullanmakta, fakat doğrudan, tek başına ölçü norm olarak kullanma yoluna gitmemektedir.⁷⁵⁷

Nitekim, Anayasa'nın 90. maddesinde 2004'te yapılan değişiklikten önce verdiği bir kararda Mahkeme, açıkça andlaşmaların yasa hükmünde olduğunu kabul etmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hatta anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın,

⁷⁵⁵ E.1990/15, K.1991/5, K.T.: 28.2.1991, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁵⁶ E.1990/27, K.1991/2, K.T.: 17.1.1991, AMKD., Sayı 27, C. 1, s. 138.

⁷⁵⁷ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 102, Teziç, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun "Esas" Açısından Denetimi", s.28, Fendoğlu, a.g.e., s. 381.

uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir.⁷⁵⁸

Daha önce ifade edildiği gibi, doktrinde bazı yazarlar, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, insan haklarına yönelik uluslararası belgelerin ölçü norm olmasını savunurken, esasında ülkemizdeki demokrasi açığının söz konusu belgelerin öngördüğü özgürlükçü demokrasi anlayışı ile geliştirilebileceği düşüncesindedir. Anayasa Mahkemesi ise, özel hukuk alanındaki hak ve özgürlüklerle ilgili denetiminde, uluslararası andlaşmalara daha fazla yollama yapmaktadır. Siyasal özgürlüklerle ilgili kararlarda ise Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası sözleşmeler karşısındaki tutumunu Arslan'ın ifadesi ile 'gözetmek'ten ziyade 'göz atmak' olarak değerlendirmek daha isabetli olacaktır.⁷⁵⁹

Nitekim, 27 Mayıs İhtilali'nin eleştirilmesini yasaklayan ve düşünce özgürlüğüne açıkça aykırı olan 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile bu bendi de ilgilendiren 3 üncü maddesinin iptali talebini reddederken, Mahkeme, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'ni kararını destekleyecek şekilde kullanmıştır.

38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendine göre düzenlenen suçun maddi unsurları şöyledir: “ 27 Mayıs 1960 devrimini zedeleyebilecek şekilde: Bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanıca veya sair kaza mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümleri, söz yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle kötöleyenler, veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde kötölemeye çalışanlar veya mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerini, yahut şahıslarını övenler veya neticelenmiş hazırlık, ilk, son tahkikat veya infaz safhalarıyla ilgili resim, hatırat, röportaj yapanlar veya beyanat verenler.”

Söz konusu düzenlemenin, özgürlükçü demokratik bir rejimde olması gereken ve Anayasa'nın 20. Maddesi ile anayasal güvenceye kavuşturula düşünce özgürlüğü ile bağdaşması mümkün görünmemektedir. Ancak, Mahkeme, söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'ne aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Demokratik hukuk devleti ilkesi hukuka bağlı, istikrarlı ve gerçekçi bir hürriyet rejimini ifade eder; bu rejim, hiç bir suretle anarşi anlamına alınmaz. Bu esasta hareket edilince ve

⁷⁵⁸ E.1996/55, K.1997/33, K.T.: 27.2.1997, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁵⁹ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 226-227.

yukarda yapılan açıklamalar da nazara alınınca, düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasanın dayandığı insan hakları, millî dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dâhil bulunduğunu kabule İmkân tasavvur olunamaz. Nasıl ki Milletlerarası bir hukuk vesikası olan ve düşünce ve kanaat hürriyetini de kapsayan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, bu beyannamenin hiçbir hükmünün, içinde ilân olunan hak ve hürriyetlerin bir devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya fiilen bunu işlemeye herhangi bir hak verdiği şekilde yorumlanamayacağı belirtilmek suretiyle bu esas açıkça ilân edilmiştir.

Anayasa'nın 11 ve 20 nci maddelerine aykırılığı ileri sürülen 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasaklanmış olan fiiller, 27 Mayıs Devrimini zedeleyecek şekilde bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanı'na ve diğer yargı mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümlerin sözlü, yazı resim veya diğer yayın vasıtalarıyla kötülenmesi, adı geçen divan tarafından mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesidir ve 1 inci maddenin (B) bendi sadece bu bakımdan düşünce ve kanaat hürriyetini sınırlamaktadır.⁷⁶⁰

Halkın Emek Partisi'nin, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 101/b ve 103/1 madde ve fıkraları gereğince kapatılması istemiyle açılan davada ise, davalı Parti, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan iddianamenin içerik yönünden Türkiye'nin imza koyduğu "Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi", "Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Temel Özgürlüklerini Koruma Sözleşmesi", "Helsinki Nihai Senedi", "Paris Şartı" gibi uluslararası sözleşmelere aykırılığını ileri sürmüştür. Bu iddia üzerine Mahkeme,

Ulusal ve tekil devletin, etnik farklılıklara göre tartışılmasına uluslararası hukuksal belgeler olarak tanımamıştır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunmuştur. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır. HEP'in kapatma nedeni sayılan dava konusu etkinliklerinin bu sözleşmede belirlenen kurallara da aykırı olduğu kuşkusuzdur.⁷⁶¹

diyerek, söz konusu belgelerin kendi kapatma kararını desteklediğini savunmuştur. Söz konusu, karara muhalif kalan Yılmaz Aliefendioğlu ise, karşı oy yazısında, kapatma kararının uluslararası

⁷⁶⁰ E.1963/16, K.1963/83, K.T.: 8.4.1963, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁶¹ E.1992/1, K.1993/1, K.T.: 14.7.1993, www.anayasa.gov.tr.

belgelere aykırı olduğunu ifade etmiştir.⁷⁶² Anayasa Mahkemesi'nin özellikle siyasi parti davalarında verdiği kapatma kararlarının insan hakları sözleşmelerince de desteklediğini savunmasındaki esas sorun, Mahkeme'nin söz konusu uluslararası belgelerde geçen sınırlama sebeplerinin eyleme yönelik olduğunu görmezden gelmesidir.

Ancak, Mahkeme, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması için açılan davada, 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında yasama organını kısıtlayan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” deyimini Sözleşme’ye uygun yorumlayarak özgürlükçü bir karar vermiştir. Bu karara göre,

Siyasî Partiler Yasası'nın 89. maddesinde öngörülen parti kapatma nedeni, örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü kullanılamaz duruma getiren bir sınırlama içermektedir. Bu sınırlama Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz...” kuralına açıkça aykırıdır. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağına öngörülmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yapılan açık bir yollamadır. Başka bir anlatımla, Sözleşme'ye 13. madde kapsamında anayasal bir düzey kazandırılmıştır. Sözleşme, demokratik devletlerin hak ve özgürlük konusunda ortaklaşa saptadıkları referans normları içermektedir. Bu nedenle, 13. madde ile demokratik toplum düzeninin gereklerine yapılan yollama, Sözleşme'nin uygulanmasını zorunlu kılar. Ayrıca, birbiriyle çelişen iki yasa arasında özel-genel ya da önceki-sonraki yasa ayrımları yapılarak Anayasa'ya açıkça aykırı bir yasaya öncelik tanımak Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, Anayasa'nın 13. maddesiyle uyum içinde olan Sözleşme'nin 10. ve 11. maddeleri gereğince şiddete başvurmadan bir düşünceyi açıklamaktan başka eylemi bulunmayan Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması için yapılan başvurunun reddi gerekir.⁷⁶³

Mahkeme, istisnai olarak bu tür kararlar vermiş olsa bile parti kapatma davalarındaki genel yaklaşımının, uluslararası insan hakları belgelerine başvurduğunda belgelerin özgürlükleri sınırlayıcı hükümlerini kullandığı ve zaman zaman insan hakları lehine olduğu söylenemeyecek kararlarına ek meşruluk sağlama çabasında olduğu da söylenebilir.⁷⁶⁴

⁷⁶² E.1992/1, K.1993/1, K.T.: 14.7.1993, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁶³ E.1996/3, K.1997/3, K.T.: 22.5.1997, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁶⁴ Turhan, **Anayasal Devlet**, s. 213-214.

Kanaatimizce, insan haklarını koruyan ve güvence altına uluslararası sözleşmeler lehe bir düzenleme getirmişse, anayasa normları bu sözleşmelerle uyum sağlayacak şekilde yorumlanabilir. Buradan da uluslararası hukukun üstünlüğünü iç hukuk kurallarını geçersiz kılıcı değil, belki iç hukuk düzeninin yorum yoluyla toplumsal gelişmelere ayak uydurmasını ve özgürlükçü bir açılımın yapılmasında yol gösterici olarak anlaşılabilir. Özellikle, insan haklarına saygı, hukuk devleti gibi kavramlar ile tekil hak ve özgürlüklerin içeriğinin oluşturulmasında insan haklarına ilişkin andlaşmalardan yararlanılabilir. Fakat, söz konusu sözleşmelerin, -ister bağımsız bir şekilde, isterse hukuk devleti, insan haklarına saygı gibi genel nitelikli ilkelerin içeriğinin sözleşmelere uyum sağlanması adı altında dolaylı bir şekilde olsun- doğrudan ölçü norm olarak kullanılması isabetli bir yaklaşım olarak görülmemektedir.

2.8. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına göre: "Anayasa Mahkemesi kararları ... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar". Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmasını nasıl anlamak gerekir? Öncelikle, yasama organı iptal kararından sonra, aynı konuda iptal edilen yasanın aynısı ya da benzeri olan yeni bir düzenleme yapabilir mi? İkinci bir husus, 153. maddede adı geçen kurum ve kişiler, Mahkeme'nin karar verirken yaptığı anayasa ya da yasa yorumlarını olduğu gibi kabul etmek zorunda mıdır? Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve yasaları yorumlama tekeline sahip midir? Bu konuyla bağlantılı bir diğer sorun da, Anayasa Mahkemesi hüküm verirken, kararına dayanak yapacağı anayasa ve yasa maddesinin anlamını belirlediği gerekçe kısmı da bağlayıcılık kapsamına dahil midir?

2.8.1. Anayasa Mahkemesi Tarafından İptal Edilen Kanun Tekrar Çıkarılabilir mi?

Doktrinde bazı yazarlar Anayasa Mahkemesi'nin daha önce Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği yasanın, yasama organı tarafından tekrar çıkarılmasını, 153. Maddede öngörülen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu yönündeki kuralın ihlali olarak kabul etmektedir. Mesela, Kanadoğlu'na göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olması yasama organının Anayasa Mahkemesi

tarafından iptal edilen yasayı tekrar çıkarmasını engellemektedir. Ancak, yasanın çıkarılmasına zemin hazırlayan sosyal, ekonomik, siyasi ve teknik şartlardaki değişikliklere dayanarak, yasama organı, aynı konuda iptal edilen yasayı veya benzerini çıkarabilir. Fakat, değişikliklerin var olmaması halinde ise Mahkeme, yinelenen yasayı sadece bağlayıcılık ilkesini (Anayasa md. 153/son) ölçü norm olarak kullanarak iptal edecektir. Dolayısıyla, “AYM’nin ilk yasayı iptal ederken dayandığı anayasaya aykırılık sebeplerini ikinci yasayı iptal ederken bir kez daha göstermesine gerek yoktur”.⁷⁶⁵ Bu durumda, iptal edilen kanunun tekrar çıkarılabilmesi için gerekli olan sosyal ve ekonomik değişikliklerin olup olmadığını belirleyecek olan Anayasa Mahkemesi’dir.

Aliefendioğlu da, Anayasa Mahkemesi’nin daha önce iptal ettiği bir yasanın yasama organı tarafından tekrar yasalaştırılmasının mümkün olmadığı kanaatindedir. Yazar, bu durumda Mahkemenin yokluk kararı verebileceğini ileri sürmektedir. Bu karar için, iptal edilerek Anayasaya aykırılığı belirlenen bir kurala özdeş ya da benzer nitelikte başka bir kuralın yasalaştırılması ve böylece, Mahkeme kararının etkisiz duruma düşürülmesi ve bu durumun Anayasanın 153. Maddesinin son fıkrasına ağır aykırılık (ya da ihlal) oluşturduğunun Anayasa Mahkemesince belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu nedenle verdiği iptal kararına karşın, daha önce iptal edilen kuralın düzenlediği konuda aynı ya da benzer nitelikte yeni bir yasama işlemi yapılması durumunda Anayasaya “ağır aykırılık”, “açıkça” oluşur ve yasama işleminin “yok”luğu söz konusu olur.⁷⁶⁶

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının bağlayıcılığı, aynı konuda yeni bir yasama işlemine engel olacak şekilde anlaşılırsa, Anayasa Mahkemesi kararlarının, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde anayasa ile aynı basamakta yer aldığının kabulü gerekir.⁷⁶⁷

Hatta, Kanadoğlu’na göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi, Mahkeme’nin kararlarını yasa koyucu için mutlak anlamda bağlayıcı kılmanın ötesinde, anayasa koyucu tarafından da dikkate alınmasını gerektirmektedir.⁷⁶⁸ Tanör’e göre de,

⁷⁶⁵ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 278-279.

⁷⁶⁶ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 340.

⁷⁶⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 494.

⁷⁶⁸ Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, s. 88.

kurucu iradenin, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir yasayı, yapacağı düzenleme ile anayasa hükmü haline getirmesi de anayasaya karşı hile teşkil etmektedir. Çünkü bu durumda, Yazar'a göre, Anayasanın üstünlüğünü ve anayasa yargısını etkisizleştirmek için, "yasaların anayasaya değil, anayasanın yasalara uydurulması anlamına gelmektedir."⁷⁶⁹ Bu bakış açısı ile Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi kurucu iktidarın bile üzerinde görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne yasama alanında son sözü söyleme imkanı sağlayan doktrindeki bu yaklaşımın karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığını yasama organının kısıtlanması şeklinde anlaşılması gerektiğini savunan görüş yer almaktadır. Nitekim, Arslan, Anayasa'nın 87. maddesinde yasama organına "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" şeklinde verilen yetki gereği, Mahkeme'nin iptal kararlarından sonra da, yasama organının aynı konuda yeni yasal veya anayasal düzenleme yapabileceğini belirtmektedir. Arslan'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına yukarıda ileri sürüldüğü gibi, yasama organını mutlak olarak bağlayıcı bir nitelik tanımak, "Mahkemenin yanılmazlığı" gibi bir sonucu doğuracaktır.⁷⁷⁰

Halbuki, Hakyemez'in de ifade ettiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yorumunu diğer tüm kamusal organların ve özel kişilerin yorumundan daha etkili kılan, "onun diğerlerinden daha doğru ve daha tutarlı argümanlara dayanması ve daha fazla hukuksal dayanaklara sahip olması değil; bu yorumun sonucunda verilen kararın hukuken bağlayıcı olmasıdır".⁷⁷¹

Gözler'e göre de, iptal edilen kanun ile aynı içerikte çıkarılan yeni kanun birbirinin aynı değildir. Sonradan çıkarılan kanun hukuken yeni bir kanundur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcı olmasından, yasama meclisinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanunla aynı içerikte kanun çıkaramayacağı sonucu çıkarılamaz.⁷⁷²

Özbudun da, sosyal şartlardaki değişime hukukun uyum sağlaması ve Mahkeme'nin içtihat değiştirme imkanına sahip olmasından yola çıkarak, yasama organına

⁷⁶⁹ Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, s. 415.

⁷⁷⁰ Arslan, "Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", s. 66-67.

⁷⁷¹ Yusuf Şevki Hakyemez, "Anayasa Mahkemesi Karar Gereçeklerinin Bağlayıcılığı Sorunu", **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, 2.Cilt, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 369.

⁷⁷² Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 434.

iptal edilen kanunun aynısı ya da benzerini çıkarma yetkisinin yasaklanmasını mantıklı bulmamaktadır.⁷⁷³

2.8.2. Anayasa Mahkemesi Anayasanın Yorumunda Yetki Tekeline Sahip midir?

Özbudun'un, Anayasa Mahkemesi'ne içtihat değiştirme yetkisi varken, yasama organının da Mahkeme'nin kararı hilafına yeni bir yasama işlemi yapmasının mümkün olması gerektiği yolundaki düşüncelerine karşı, Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi'nin yorum tekeline sahip olduğu iddiasını ileri sürmektedir. Buna göre, Mahkeme, Anayasanın en üstün yorumlayıcısıdır. Dolayısıyla, anayasayı yorumlama yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi, hatalı yorumunu bırakarak daha doğru gördüğü yorumu benimseyebilir.⁷⁷⁴

Sağlam da, Kanadoğlu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yorumların, diğer tüm kamusal kurum, organ ve kişilerin yorumunun üstünde ve bağlayıcı olduğunu savunmaktadır. Sağlam, m.138'deki mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili hükümden ayrı olarak, Anayasa'nın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararları için yargı organları ile gerçek ve tüzel kişileri kapsayacak şekilde, ayrıca bağlayıcı olduğunu ifade etmesinden yola çıkarak, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasanın yorumunda yetki tekelinin korunması istendiği sonucuna ulaşmaktadır. Bu nedenle diğer yüksek mahkemelerin bu tekele uymaları zorunludur.⁷⁷⁵

Her ne kadar, Sağlam, Anayasa'nın 153. Maddesinin son fıkrasına dayanarak aksini ileri sürse de, Anayasa mahkemesinin "yorum tekeli"ne sahip olduğuna dair görüşü pozitif hukuk temelinde savunmak zordur. Öncelikle, Anayasanın hiçbir hükmü Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir tekel vermiyor. Ayrıca, Mahkeme anayasayı yorumlama yetkisini sadece kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme görevini yerine getirirken kullanabileceği genel bir yetkidir. "Bu genel yetkinin dışında, ne Anayasa ne de Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş kanunu Mahkemeye özel olarak "Anayasayı yorum" yetkisi

⁷⁷³ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 427-428.

⁷⁷⁴ Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, s. 279.

⁷⁷⁵ Sağlam, "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", s. 57-58.

vermemektedir”⁷⁷⁶.

Nitekim karşılaştırmalı hukukta bazı ülkelerin anayasası açıkça anayasa mahkemesine yorum tekeli vermiştir. Rusya Anayasası'nın 126. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği yorum kararları resmi nitelik taşımakta ve herkes için bağlayıcılık taşımaktadır.⁷⁷⁷ Macaristan Anayasa Mahkemesi de, talep üzerine, Anayasanın bir hükmü hakkında soyut olarak bağlayıcı bir yorum kararı verebilmektedir.⁷⁷⁸ Halbuki, 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne bu şekilde özel bir yetki vermiş değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin yorum tekeli olduğu görüşü beraberinde, Mahkeme'nin yorumlu ret kararı verip veremeyeceği tartışmalarını getirmektedir.

Arslan'a göre, Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla yetki alanını genişletememelidir. Dolayısıyla, anayasallık denetiminde Mahkeme, Anayasa'da öngörüldüğü şekilde denetime tabi bir normun iptaline veya iptal talebinin reddine karar verebilir. Bu durumda, Mahkemenin bu iki karar dışında, yorum yoluyla “yürürlüğü durdurma”, “yorumlu ret” ve “yokluk” gibi kararlar verebilme yetkisini kendisine tanınması anayasal sınırların aşılması olarak kabul etmek gerekecektir.⁷⁷⁹ Ayrıca, yorumlu ret kararının, Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık oluşturulacağı belirtilmektedir. Söz konusu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa uygunluk denetimi yaparken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm vermesini yasaklamaktadır. Yorumlu ret kararı verirken Mahkemenin bu normun nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiği konusundaki yorumları, kanun koyucunun amaçlamadığı bir hükmün dava konusu maddeye eklenmesi anlamına gelecektir. Bu da Arslan'a göre, Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasına açıkça aykırıdır.⁷⁸⁰

Nitekim, Özbudun'a göre de, yorumlu ret kararının bizim hukuk sistemimizde pozitif bir dayanağı mevcut değildir. Ayrıca, Anayasa'nın 153. maddesinin 2. Fıkrasının amacının, Anayasa Mahkemesinin “kanun koyucu gibi hareket” etmesini önlemek olduğu aşikardır. “Yorumlu red kararlarının ise, diğer mahkemeleri, idare makamlarını, gerçek ve

⁷⁷⁶ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 61.

⁷⁷⁷ Feldbrugge, a.g.e., s. 257.

⁷⁷⁸ Erdoğan, “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir”, s. 8.

⁷⁷⁹ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 62.

⁷⁸⁰ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 63.

tüzel kişileri bağlaması itibariyle, bir çeşit pozitif kanun koyuculuk anlamına geldiğine şüphe yoktur”.⁷⁸¹

Gözler de, yorumlu ret kararının, demokratik sistemle anayasa yargısı arasındaki uyumsuzluğu daha da derinleştirdiği kanaatindedir. Yazara göre, “Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı verebileceği ve bu tür kararların diğer mahkemeleri de bağlayacağı kabul edilirse, Anayasa Mahkemesi sadece “negatif kanun koyucu” olmakla kalmaz, aynı zamanda “pozitif kanun koyucu” haline de gelir”. Halbuki, “demokratik bir sistemde kanunlar, anayasa mahkemeleri tarafından değil, halkın temsilcisi olan parlamentolar tarafından yapılır”. Sonuçta yazara göre, yorumlu ret kararı ile normal ret kararı arasında hiçbir fark yoktur. Hakkında yorumlu ret kararı verilen bir kanun maddesi, yürürlükte kalmaya devam eder.⁷⁸²

Ancak bu noktada, Anayasa Mahkemesi, yapacağı yorumu kararının gerekçe kısmında açıklığa kavuşturduğuna göre, gerekçenin bağlayıcı olup olmadığı konusu da önem arz etmektedir.

2.8.3. Anayasa Mahkemesi’nin Karar Gerekçeleri Bağlayıcı mıdır?

1982 Anayasası’nın Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı şu şekilde düzenlenmiştir: “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar” (m.153/son). Doktrinde bazı yazarlar bu düzenlemeden yola çıkarak, Mahkemenin karar gerekçelerini de bağlayıcı kabul etmektedirler. Bu yazarlara göre, Anayasa, bir ayırım yapmadan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Bir mahkeme kararı da gerekçe ve hüküm fıkrasıyla bir bütün olduğuna göre, gerekçenin de bağlayıcı olması gerekir.⁷⁸³

Sağlam ise, Anayasa’da yer alan “Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” (m.153/1) hükmüne dayanarak, madem ki

⁷⁸¹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 426.

⁷⁸² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 439.

⁷⁸³ Aliefendioğlu, a.g.e., s. 29; Armağan, a.g.e., s.149; Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama - Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, s. 136.

Mahkeme kararı ancak gerekçesi yazıldıktan sonra resmi gazetede yayımlanmakta ve böylece iptal edilen kararın yürürlükten kalkmasını sağlayarak bağlayıcılık kazanmaktadır, o halde Mahkeme kararlarının gerekçesi –en azından hükme dayanak teşkil eden bölümüyle- ile bağlayıcı olması gerektiğini ileri sürmektedir.⁷⁸⁴

Kaboğlu da, Anayasa Mahkemesi kararlarının etkili olması için, bağlayıcılığın yalnızca kararın hüküm fıkrasıyla sınırlı kalmayıp, gerekçelerine ve belli kayıtlarla verilen uygunluk kararlarında yer alan yorumlara kadar uzanması gerektiği görüşündedir.⁷⁸⁵

Doktrinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını savunan yazarlardan Hakyemez'e göre, yasama organı için Anayasa Mahkemesi karar gerekçeleri sadece yol gösterici olabilir. Fakat yasama organı, karar gerekçesindeki yorumla bağlı olmadan, başka bir yorumu benimseyerek yeni bir düzenleme yapabilir ve böylece Anayasa'ya uygun yeni bir norm ihdas edebilir. Karar gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu kabul edilirse, Mahkeme, hukuk düzeninin nasıl olacağına karar veren tek otorite konumuna gelebilir.⁷⁸⁶ Yine Hakyemez'e göre, karar gerekçeleri ile kendisi dışında yasama, yürütme, idare, diğer yargı organları gibi tüm kamu otoriteleri bağlı olacağından, Anayasa Mahkemesi hukukun evrimleşmesinin yegane belirleyicisi olacaktır. Böylece Anayasa Mahkemesi, “negatif yasa koyucu” olmaktan çıkıp, “aktif kural koyucu” haline gelecektir ki, bu durumda, “demokratik hukuk devletinde asli kural koyucu yasama organının siyasi sistem içerisindeki konumu erozyona uğramış olacaktır”.⁷⁸⁷

Arslan da, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinin bağlayıcı olmaması gerektiğini iki sebebe dayandırmaktadır: Birincisi, Anayasa Mahkemesinin kararlarında – bazen birbiriyle çelişen- birden fazla gerekçe olabilir. Gerekçelerdeki farklılıklar kararın uygulanmasına engel olabilecektir. İkincisi, gerekçelerin de bağlayıcı olduğunu kabul etmek, Anayasa Mahkemesinin yorum ve görüşlerinin dışında Anayasanın yorumlanamayacağı anlamına gelecektir. Özellikle Parlatentonun Anayasa Mahkemesinin yorumlarıyla bağlı olması, Mahkemenin yasa-koyucu konuma geçmesi demektir ki, bu

⁷⁸⁴ Sağlam, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, s. 58.

⁷⁸⁵ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 151.

⁷⁸⁶ Hakyemez, “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, s. 383.

⁷⁸⁷ Hakyemez, “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, s. 387-388.

egemenliğin Anayasa Mahkemesine devri olacaktır.⁷⁸⁸

Özbudun ise, yukarıdaki görüşlere ilave olarak, gerekçelerin bağlayıcılığı, kararların gerçek kişileri de bağladığı ve gerekçe kısmında, felsefi, sosyolojik, tarihsel ve siyasi değerlendirmelerinde yer aldığı hesap edildiğın de fikir hayatı ve bireysel özgürlükler açısından sorun doğuracağına işaret etmektedir.⁷⁸⁹

Gözler ve Duran'a göre de, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri bağlayıcı değildir.⁷⁹⁰

Sonuçta, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, yasama organının aynı konuda, aynı ya da benzer içeriğe sahip yeni bir kanun çıkarmasına engel teşkil edeceği görüşünü savunan yazarlar, Mahkeme'nin yorum tekeli ve kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu ileri sürmektedir. Aksine, Mahkemenin iptal kararının parlamentonun yasama yetkisine sınır getirmeyeceği kanaatinde olan yazarlar ise, Mahkeme'nin Anayasayı yorumlamada tekel sahibi olmadığı ve Mahkeme'nin kararının sadece hüküm kısmının bağlayıcı olabileceğini kabul etmektedirler.

2.8.4. Anayasa Mahkemesi'nin Uygulaması

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, kararlarının bağlayıcılığı, iptal edilen yasa ile aynı konuda ve aynı içerikte yeni bir düzenleme yapılmasına engeldir.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, "Anayasa mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayınlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" hükmünü öngörmüştür. Anayasa, böylece başta yasama organı olmak üzere, Anayasa'da sayılan organ, kuruluş ve kişiler yönünden Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümünü getirmiştir. Bu bağlılık, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda aynı içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmamasını da gerekli kılar. Anayasa'nın bu hükmü gereğince, yasama organı Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı görerek iptal ettiği bir

⁷⁸⁸ Arslan, "Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", s. 64.

⁷⁸⁹ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 427.

⁷⁹⁰ Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 440; Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", s. 82.

kuralın aynı ya da değişik ifadelerle benzerini yasalaştırmaması gerekir.⁷⁹¹

Nitekim Anayasa Mahkemesi, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na 4104 sayılı Yasa ile eklenen geçici 201. Maddesinin Anayasa'ya aykırılığına, sadece, daha önce benzer bir düzenlemeyi iptal ettiği gerekçesine dayanarak hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarının etkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu kuşkusuz olan itiraz konusu kural, iptal edilen kurullarla teknik, içerik ve kapsam yönünden özdeştir. Bu nedenlerle, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na 4104 sayılı Yasa ile eklenen geçici 201. madde Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. Anayasa'nın 153. maddesine göre incelenen itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.⁷⁹²

Mahkeme, kararlarının mutlak bağlayıcı olduğu içtihadına paralel olarak, yasama organının yasama yetkisini Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı anayasa yorumuna uygun kullanması gerektiği kanaatindedir.

Anayasa'nın 11. ve 153. maddelerinde öngörülen "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ile "Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı" ilkeleri göz önüne alındığında, bir yetki yasasının Anayasa'ya uygun görülebilmesi, Anayasa'daki öge ve ölçütlere Anayasa Mahkemesi kararlarıyla getirilen yorumlar çerçevesinde olanaklıdır.⁷⁹³

Nitekim, Mahkeme, yorum yolu ile Kanun Hükmünde Kararname çıkartılması için Anayasa'da yer almayan ve kararının gerekçe kısmıyla getirdiği ek şartları da denetimde ölçü almıştır.

KHK çıkartılmasına yetki verilmesi, Anayasa'da öngörülen koşullar ve sınırlar içinde kalmak kaydıyla yasama yetkisinin devri anlamına gelmez. Bu yetki yasasının Anayasa'ya aykırı olmaması için Anayasa'daki öge ve ölçütlere, Anayasa Mahkemesi kararları ile getirilen yorumlara uygun olması gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi kararlarda açıklanan gerekçelerin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılar. Yetki yasalarına kullanma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve her konuda KHK'lerle

⁷⁹¹ E.1988/11, K.1988/11, K.T.: 24.5.1988, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁹² E.1996/51, K.1998/17, K.T.: 13.5.1998, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁹³ E.1994/50, K.1994/44-2, K.T.: 5.7.1994, www.anayasa.gov.tr.

düzenlemelere gidilmesi, “önemli, zorunlu ve ivedi durumlar” dışında bu yetkinin verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelir.⁷⁹⁴

Anayasa Mahkemesi, yaptığı yorumun diğer yargı organlarını da bağladığı görüşündedir.

Burada şu hususa değinmek de yerinde olacaktır: Anayasa Mahkemesinin bir kararında da açıklandığı üzere “Anayasa Mahkemesi gerek iptal davası gerekse itiraz yoluyla açılan davalarda bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuki görüş ve anlayışına göre yorumlayarak bir sonuca varmakta...” ve bu sonuç bilindiği üzere Anayasa’nın 153. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Ancak, az da olsa kimi yargı yerleri bu yorumla kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadır. Şu kadar ki, Anayasa Mahkemesi, bir yasanın Anayasa’ya uygunluk denetimini, bu yasanın ne yolda uygulandığına bakarak yapmak durumunda değildir.⁷⁹⁵

Ancak, diğer mahkemelerin farklı yorum ve uygulamaları karşısında hukuksal herhangi bir yaptırım söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, sadece yasamanın kararın gereğini yerine getirmesi gerektiğini ifade ederek, karar gerekçesine uyma zorunluluğu öngörmemiştir.

Bu kural, kararların hemen yayımlama zorunluluğunu, tüm devlet organlarının, yönetim yerlerinin, gerçek ve tüzel kişilerin Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun davranma ve karar gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü duraksamaya yer vermeyecek biçimde ortaya koymaktadır. Bu organlar, gerekçesi ve sonuç bölümleriyle ayrı ayrı ya da tümüyle içeriğine katılmasalar, bilimsel yöntemlerle eleştirse de kararı gereğini savsaklamadan yerine getirmek, karar uygun düzenlemeleri gerçekleştirmek ve tersine işlem ve eylemlerden kaçınmak zorundadırlar. Anayasa’nın 153. Maddesinin son fıkrasıyla öngörülen bu durum, hukuk devleti olmanın, güçler ayrılığı ilkesinin, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün, hukukun üstünlüğü ilkesinin doğal gereğidir.⁷⁹⁶

Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin yaygın uygulamasına göre, kararlarının bağlayıcılığı gerekçeleri de kapsamaktadır.

⁷⁹⁴ E.2000/45, K.2000/27, K.T.: 5.10.2000, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁹⁵ E.1986/19, K.1987/3, K.T.: 27.1.1987, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁹⁶ E.1995/56, K.1995/60, K. T.: 1.12.1995, www.anayasa.gov.tr.

Yasama organı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde gösterilen iptal nedenlerini dikkate almalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağıllık, özellikle yasama organı yönünden, Anayasa mahkemesinin kararlarındaki iptal gerekçesiyle de bağıllığı içerir.⁷⁹⁷

Gerekçelerin de bağlayıcı olduğuna dair bir kararında, Mahkeme, gerekçelerin yasamayı yönlendirme işlevi olduğunu da ifade etmiştir.

Üstelik Yasama organı kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağıllıdır. Çünkü kararlar; gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçülerini içerirler ve Yasama organının etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu yüzden yasama organı yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmaya zorundadır. 153. madde uyarınca, iptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarmaması gerekir.⁷⁹⁸

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin, "Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırılmasına Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir"⁷⁹⁹ şeklindeki yorumu isabetli değildir. Çünkü, Anayasaya göre, "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" şeklinde yasama yetkilerine yasama organı sahiptir (m.87). Anayasa'nın bu açık hükmüne göre, Mahkemenin iptal kararına rağmen, yasama organı aynı konuda yeni yasal veya anayasal düzenleme yapabilmelidir. Şüphesiz ki, yasama organı yeni kanunun iptal edilmemesi için Mahkeme'nin iptal kararını göz önünde bulundurabilir. Ve Mahkeme de yeni kanunu anayasaya aykırı bularak iptal edebilir. Fakat, Mahkeme'nin, kendi kararını gerekçe göstererek ya da kendi kararını ölçü norm olarak kullanmak suretiyle yeni düzenlemeyi iptal etmesi kuvvetler ayrılığı ilkesine pek de uygun düşmeyecektir.⁸⁰⁰

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin sadece hüküm fıkraları bağlayıcı olabilir. Gerçekten de, mahkeme kararlarındaki gerekçenin amacı davanın taraflarını verilen hükmün hukuk mantığına uygun olduğuna ikna etmek ve bazı durumlarda da pozitif hukuk düzenlemeleri yapacak kurum ve organlara fikir vermek, yol göstermektir. Bu bağlamda,

⁷⁹⁷ E.1988/11, K.1988/11, K.T.: 24.5.1988, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁹⁸ E.1993/26, K.1993/28, K.T.: 16.9.1993, www.anayasa.gov.tr.

⁷⁹⁹ E.1998/58, K.1999/19, K.T.: 27.5.1999, www.anayasa.gov.tr.

⁸⁰⁰ Arslan, "Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli", Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", s. 66.

kural olarak kararların hüküm fıkralarının bağlayıcı güçte olmasına karşın, çoğu kez gerekçelerinin de yasama organı tarafından dikkate alınması söz konusu olabilir.⁸⁰¹ Çünkü, Anayasanın üstünlüğünü sağlama misyonu olan anayasa yargısının mantığı gereğince, yasamanın iptal edilen bir kanuna yönelik yeni düzenlemesinde iptal kararının gerekçelerinin yol göstericiliği önemlidir.⁸⁰² Ancak, gerekçe kısmının yol gösterici olmanın ötesinde, bağlayıcı olması mümkün olmamalıdır.

Anayasa mahkemelerinin, karar gerekçelerini mantıklı ve kusursuz hazırlanması büyük önem taşımaktadır. Çünkü, Mahkeme, kanun koyucusuna hangi noktalarda açıkça Anayasa'ya aykırı hareket ettiğini gösterirse, kendisine yönelik aktivist davranarak siyasete müdahale ettiği yolundaki siyasi eleştirileri de azaltabilir.⁸⁰³

Kanaatimizce, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına göre “Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayınlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.” maddesindeki bağlayıcılıktan kasıt, mahkemenin iptal veya ret kararlarının sonuçlarının dikkate alınması mecburiyetidir.⁸⁰⁴ Aksi takdirde 1982 Anayasası'nın “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” (m.153/2) yolundaki düzenlemenin ihlali gerçekleşebilir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 25.10.1990 günlü, 3670 sayılı kanunla, yine 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle eklenen Ek Madde 17'de, “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir” hükmünün, laiklik ilkesine aykırılığı iddiasıyla açılan davada verdiği yorumlu ret kararında söz konusu ihlal gerçekleşmiştir. Mahkeme, iptali istenen maddenin Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiş ve böylece anılan madde yürürlükte kalmıştır. Buna karşılık, aynı kararında Anayasa Mahkemesi, maddede geçen “serbestliğin”, “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak” şartına bağlandığını, yürürlükteki kanunlar

⁸⁰¹ Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, s. 82.

⁸⁰² Hakyemez, “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, s. 382.

⁸⁰³ Rudolf Machacek, “Temel Hak Temini ile Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, C. 9, 1992, s. 58.

⁸⁰⁴ Arslan, “Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi”, s. 63.

arasında Anayasa'nın da yer aldığını, Anayasa'nın da bu konu ile ilgili olarak 1989/1 esas ve 1989/12 karar sayılı, 7. 3. 1989 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlandığını ve dolayısıyla buradaki serbestlik düzenlemesinin “dini sebeplerle örtünme”yi kapsamadığını söylemiştir. Yorumlu ret biçimindeki bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun hükmü ile Anayasa düzeni arasında var olduğu iddia edilen uyumsuzluğu gidermek üzere verebileceği “iptal” veya “iptal isteminin reddi” biçimindeki iki karardan farklı olarak, düzenleyici nitelikte bir kural koyması sonucunu doğurmuştur.⁸⁰⁵

Diğer taraftan, yukarıdaki kararda da görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu ret kararları hukuki belirsizliğe yol açmaktadır. Çünkü, anayasa mahkemelerinin yorum tekeli ve yorumlu ret kararları, pozitif düzenlemelerin mahkemeler tarafından yorumlandığı gibi anlaşılması gerektiği sonucunu doğurmaktadır ki, mahkemelerin hukuki metni nasıl anlamlandıracağı, “hem belirsiz olduğundan ve hem de ancak sonradan (dava açıldıktan sonra) bilinebileceğinden, hukuki kesinlik ve dolayısıyla yuttaşların davranışlarını hukuka göre tanzim etmeleri imkanından yoksun bir “hukuki olmayan” durum yaratmaktadır”.⁸⁰⁶

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin yorum tekeline sahip olması ve hele gerekçe kısmının bağlayıcı olması durumunda, demokratik sistem açısından yaşanabilecek sıkıntılara örnek olarak, daha önce başörtüsü davasında verdiği karara ve gerekçe kısmında yaptığı yorumlara aykırı görüş belirtilmesini parti kapatma sebebi olarak kabul etmesini verebiliriz.

Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi'nin kapatılması davasında, “kamusal kuruluşlarda ve öğretim kurumlarında başörtüsü kullanma”yla ilgili kararının bağlayıcılığına karşın, davalı Parti yetkililerinin aksi yöndeki söz ve davranışlarını kapatma nedenlerinden biri saymıştır.⁸⁰⁷

Mahkeme'nin bu yaklaşımına göre, Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının bütün kurumları bağladığına dair düzenlemeye siyasi partiler de dahil olmakta ve siyasi partiler, Mahkeme'nin kararlarına uymanın ötesinde, görüşlerini de

⁸⁰⁵ Levent Köker, “Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar”, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, 1.Cilt, Ankara: Yetkin Yay., 2008, s. 343.

⁸⁰⁶ Köker, “Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar”, s. 343-344.

⁸⁰⁷ E.1997/1, K.1998/1, K.T.: 16.1.1998, www.anayasa.gov.tr.

“benimsemek” durumunda bırakılmaktadır. “Anayasa Mahkemesi, kararlarına uyulmasını beklemekte haklıdır, ancak ortaya koyduğu “laiklik yorumu”nu bütün partilerin benimsemesini beklemesi söz konusu olamaz.⁸⁰⁸

⁸⁰⁸ Arslan, **Anayasa Teorisi**, s. 246.

SONUÇ

Genellikle anayasa mahkemelerinin, siyasal iktidarı sınırlayarak bireysel hak ve özgürlüklere güvence sağladığı, anayasal demokrasinin sağlıklı işlemesine katkı yaptığı, azınlıkta kalanların sığınağı olarak hukuk devleti ilkesinin en önemli enstrümanlarından biri olduğu ya da olması gerektiği iddia edilmektedir.

Kanaatimizce, bu iddialara en azından şüpheyle bakılması gerekiyor. Öncelikle, demokratik bir sistemde halkın tercihiyle oluşan ve en üst siyasal karar alma organı olan parlamento işlemlerine müdahale yetkisine anayasallık denetimi yoluyla sahip olması ve bu yetkinin sınırlarının belirsizliği, anayasa yargısının demokratik meşruluğunu ve dolayısıyla kararlarının siyasete olan etkisini tartışmalı kılmaya devam etmektedir.

Anayasa yargısının, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan anayasayı yorumlama ve hatta anayasanın genel ve soyut ifadelerinden yola çıkarak hukuk yaratma kabiliyetine sahip olması kendisine siyasal sistem içinde önemli bir güç kazandırmaktadır. Öyle ki, anayasayı yorumlamak suretiyle anayasa mahkemesi, kendisinin de içinde yer aldığı siyasal sistemin anayasada düzenlenmiş olan oyun kurallarını uygulamanın ötesinde oyunun kurallarını da belirleyebilme imkanına sahip olabilmektedir. Bu durum, kuralların halkın iradesine dayanan meclis tarafından konulmasını gerektiren demokrasiye ters düşeceği gibi, kuvvetler ayrılığı prensibinin de aşılması olarak görülebilir.

Nitekim, yargının anayasa metnini zaman zaman kurucu iradenin kastetmediği şekilde yorumlayarak uygulaması yargısal aktivizm tartışmalarını beraberinde getirmektedir. (Bkz. 2.3.4. altbaşlık) Bu durumda, her ne kadar, anayasa mahkemesinin yasama organı gibi yazılı bir hukuk kuralı yarattığı söylenemese de, yasaya, yasama iradesinin öngörmediği bir anlamın kazandırılması da benzer bir sonuç doğurmaktadır. “Yargının kendi kendisini sınırlaması”, “politik sorun teorisi” gibi, anayasa mahkemesinin yetkilerini yasama organının yetkilerine saygı çerçevesinde kullanmasını sağlamaya

yönelik tezler de, nihai aşamada karar verme yetkisini mahkemeye verdiği için yargısal aktivizmi önlemede yeterince işlevsel olamayabilir.

Yargısal aktivizmi tetikleyen faktörlerden bazıları; anayasallık denetiminin laiklik, eşitlik, sosyal devlet gibi değer içerikli siyasi ilkelere dayalı olarak yapılması, yasama ve yürütme kuvvetlerinin etkin olamadığı siyasi şartların oluşması, diğer siyasi aktörlerin kendi siyasi hedefleri için stratejik amaçlarla anayasa mahkemesine başvurması, anayasa mahkemesi yargıçlarının anayasallık denetiminde aktif ya da pasif davranma konusundaki kişisel tutumları olarak sıralanabilir. Söz konusu faktörlerin etkili olduğu anayasaya uygunluk denetiminin, anayasa mahkemesi yargıçlarını hukuki bir işlev görmenin ötesinde siyasi bir aktör gibi davranmaya sevk edebileceği düşünülebilir.

Yargısal aktivizme yol açan ve anayasa yargısının doğasına bağlı olarak her ülkede görülebilecek genel sebeplerin yanında, Türkiye'nin kendine özgü tarihsel ve toplumsal şartlarından kaynaklanan kendine özgü sebeplerin de olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, Cumhuriyet'in kuruluşunda bürokratik/elit bir kesim tarafından toplumun modernleştirilmesine yönelik reformların sonunda, iktidar seçkinleri tarafından benimsenen merkez değerler ile iktidar merkezinde yer almayan toplumsal kesimlerin çevresel değerleri arasında bir fay hattının oluşması Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tavrı geliştirmesinde önem arz etmektedir. (Bkz. 1.6. altbaşlık) Hatta, kanaatimizce, 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi'nin kurulması, asker-sivil bürokrasi ağırlıklı devlet elitlerinin, demokratik seçimlerle işbaşına gelebilecek olan çevre güçlerinin Kuruluş döneminde oluşturulmuş “devletin temel değerleri”ni aşındırmasını önlemeye yönelik amaçlarıyla ilgilidir. Nitekim, askeri-bürokratik elitlerin, tek parti sayesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde çoğunluğu sağladıkları sürece, anayasa yargısının yokluğunu sorun etmemeleri, ancak 1950 seçimleriyle Demokrat Parti şemsiyesi altında toplanan çevresel güçlerin iktidara gelmesi ile beraber askeri ve bürokratik elitlerin temsilcisi olan Cumhuriyet Halk Partisi'nin, anayasa yargısının kabulü yönünde ısrarlı taleplerde bulunmaya başlaması bu görüşü destekler mahiyettedir. (Bkz. 1. 6. 7 altbaşlık)

Anayasa Mahkemesi'nin de kuruluşunda kendisine biçilen misyon bağlamında hareket ettiği söylenebilir. Mahkeme'nin bu tavrını, özellikle laiklik ve bölünmez bütünlük ilkeleri ile ilgili içtihatlarında gözlemlemek mümkündür. Mahkeme, söz konusu ilkeleri

özgürlükçü ve evrensel anlamlarına uygun bir şekilde yorumlamak ve uygulamak yerine, Cumhuriyet'in kuruluş döneminde bu ilkelere verilen anlam bağlamında hareket etmiştir. Mesela, Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesini din ve vicdan özgürlüğünün güvencesi olan bir araç değer olarak kabul edip, özgürlüklerin alanını genişletmekte kullanabilirdi. Fakat, yakın zamanlara kadar, kuruluş dönemindeki dinin kamusal hayattan uzaklaştırılmasını ve toplumun laikleştirilmesini öngören dayatmacı laiklik anlayışı Mahkeme'nin kararlarına yön verebilmiştir. (Bkz. 2.4.5 altbaşlık)

Yine, Mahkeme'nin, milliyetçilik ilkesi ve bu ilke bağlamında bölünmez bütünlük prensibini, Cumhuriyet'in kuruluş ve sonraki dönemlerindeki, imparatorluktan ulus devlete geçiş evresinde yaşanan tarihsel ve toplumsal şartlar bağlamında oluşmuş tarihsel anlamına bağlı kalarak uyguladığı söylenebilir. (Bkz. 2.4.6 altbaşlık) Bu durumda Mahkeme, Türkiye'deki toplumsal ve siyasal gelişmelerin gerisinde kalan ve hatta gelişmeleri engelleyici bir yaklaşımın sahibi olarak algılanmaktadır. Halbuki Mahkeme, değişen toplumsal ve siyasal şartlara uyum sağlayarak daha kuşatıcı bir milliyetçilik anlayışı ile azınlık haklarının ve özgürlüklerin güvence altına alındığı, gerçekten milli birliği sağlayıcı bir yaklaşım sergileyebilirdi.

Sonuçta, Türkiye'de laiklik ve milliyetçilik ilkelerinin özgürlükçü açılımı kendisinden beklenebileceği gibi Anayasa Mahkemesi tarafından değil, siyasal aktörler tarafından gerçekleştirilmiştir.

Yargısal aktivizme etki edebilecek önemli bir olgu da anayasallık denetiminde ölçü olarak kullanılan normların niteliğidir. Doğal olarak anayasa uygunluk denetiminde kullanılacak ölçü norm "Anayasa'nın bizzat kendisidir. Fakat doktrinde, anayasanın haricinde de ölçü normların olduğu ve söz konusu ölçü normların tamamının anayasallık bloğunu oluşturduğu ifade edilmektedir. Türk Anayasa Hukuku doktrininde; "anayasa", "Atatürk ilke ve inkılapları", "anayasanın başlangıç bölümü", "hukukun genel ilkeleri", "uluslararası hukuk kuralları" ile "anayasa mahkemesi kararları" anayasallık bloğuna dahil edilmektedir.

Anayasanın bizzat kendisinin anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılması anayasallık denetiminin doğası gereği olağan bir olgu olarak kabul edilebilir.

Türk Anayasa Mahkemesi ise, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde anayasa değişikliklerini her iki Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyet'in niteliklerine dayanarak denetleyebileceğini kabul etmiştir. Söz konusu uygulama ile anayasa normları arasında bir hiyerarşi kurulmuş ve anayasanın yeni normları diğer anayasa normlarının ölçü alınması sayesinde denetime tabi tutulabilmiştir. Bu uygulamanın, gerek hukuk mantığı, gerekse diğer demokratik ülkelerdeki anayasa yargısı uygulamalarıyla bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmüyor. (Bkz. 2.3. altbaşlık)

Mahkeme, kurucu iktidar ile açık bir çatışma pahasına anayasa değişikliklerini denetleme konusunda ısrarcı bir tavır sergilemiştir. Şöyle ki, 1961 Anayasasını hazırlayan kurucu iktidar açıkça Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddeyi değişmezlik kapsamında öngörmediği halde, Mahkeme içtihat yolu ile söz konusu maddeyi değişmezlik kapsamına dahil etmiştir. Yine, kurucu iktidar 20 Eylül 1971 Anayasa değişikliği ile anayasa değişikliklerinin sadece şekil açısından denetlenebileceğini hüküm altına aldığı halde Anayasa Mahkemesi zorlama bir yorum ile bu değişiklikten önceki içtihadını devam ettirmiştir. Daha sonra, 1982 Anayasası, anayasa değişikliklerinde şekil denetimini “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği” şartları ile sınırladığı halde Mahkeme, 2008 tarihli kararı ile tekrar 1961 Anayasası dönemindeki içtihadına dönüş yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tavrının, ülkenin genel siyasetini belirleme yetkisinin seçilmişlere ait olduğu yolundaki demokrasinin temel ilkesine ve kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı olduğu aşikardır.

Mahkeme, anayasa değişikliklerini denetlerken, hukuki bir niteliği olmayan ama anayasanın da üzerinde olduğunu düşündüğü “devletin temel değerleri”ni koruma kaygısıyla hareket ettiğini düşündürmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin, “Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümlere bağlanması düzenin bütününe sarsabilir”⁸⁰⁹ derken, Cumhuriyet kavramını, hukuki bir kavram olmanın ötesinde, çağdaşlık gibi ideolojik okumaya müsait bir sıfatla vasıflandırılan anayasal düzen ile özdeş gördüğü söylenebilir.

⁸⁰⁹ E.1970/41, K.1971/37, K.T.: 13.4.1971, www.anayasa.gov.tr.

1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümü dahil bir çok maddesinde yer verilen "Atatürk ilke ve inkılapları" ifadesinin anayasal değerde olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak, Atatürk ilke ve inkılapları ifadesinin içeriğinin belirlenmesi çok kolay görünmemektedir. Söz konusu ifadenin, Atatürk döneminde gerçekleştirilen tüm devrimleri içine alacak şekilde kabul edilmesi "Atatürk döneminin şartları içinde oluşturulmuş bazı politikaları, o şartların artık mevcut olmadığı günümüzde de bağlayıcı kabul etmek gibi" olumsuz bir sonuca götüreceği için benimsenmesi mümkün değildir. Bu durumda, sadece Anayasa'da yer alan ilke ve inkılaplar ölçü olarak kullanılabilir. Ancak, Anayasa'nın 174. maddesinde yer alan inkılap kanunlarının da ölçü norm olması kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Çünkü, 174. maddede, söz konusu inkılap kanunlarının "Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz" diyerek, sadece anayasaya aykırılık denetiminden muaf tutulması öngörülmüştür. Bu durumda, sadece Anayasa'da yer alan "laiklik, cumhuriyetçilik ve milliyetçilik" ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılması düşünülebilir.

Anayasa Mahkemesi de, inkılap kanunlarını ve Anayasa'da yer almayan ilkeleri genellikle, doğrudan ölçü norm olarak kullanmamıştır. (Bkz. 2.4.3 altbaşlık) "Atatürk ilke ve inkılaplarının (...) 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesini oluşturduğunu" kabul eden Mahkeme, inkılap kanunlarını başta laiklik ilkesi olmak üzere diğer anayasal düzenlemeleri yorumlarken kullanmaktadır. Fakat, söz konusu ilke ve inkılaplar doğrudan ölçü norm olarak kullanılmasa bile, zaman zaman Anayasa Mahkemesi'nin aktivist ve özgürlük karşıtı yorumlarını meşrulaştırma işlevi gördükleri söylenebilir.

Anayasaların Başlangıç bölümlerinin hukuki değeri konusunda, doktrindeki genel kanaat, normatif değerden yoksun olduğu ama anayasanın yorumlanmasında yol gösterici bir değere sahip olabileceği şeklindedir. (bkz. 2.7.1. altbaşlık) Ancak, 1961 ve 1982 Anayasalarının, Başlangıç bölümlerini anayasa metnine dahil etmesi bu bölümlerin hukuki niteliğini Türk Anayasa Düzeni açısından tartışmalı hale getirmiştir. Buna rağmen doktrindeki hakim görüş, Başlangıç bölümlerinin, uygulanabilir hukuk kuralı çıkarmanın zor olduğu soyut ve muğlak ifadeler içermesi sebebiyle doğrudan ölçü norm olarak kullanılmayacağı yönündedir. (bkz. 2.7.2. altbaşlık) Ayrıca, Başlangıç bölümünden çıkarılabilecek ilkelerin önemli bir kısmı anayasanın diğer maddelerinde zaten somut olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan, Anayasa'nın 176. maddesinde Başlangıç bölümünün

“Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri” belirttiğinin ifade edilmesi de bu görüşün pozitif dayanağını teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası döneminde isabetli olarak Başlangıç bölümünü doğrudan ölçü norm olarak kullanmaktan kaçınmıştır. (bkz. 2.7.3. altbaşlık) Ancak, Mahkeme'nin bu dönemde Başlangıçta geçen “milli mücadele ruhu”, “Atatürk devrimlerine bağlılık” gibi ifadeleri kullanarak sivil siyaset alanını sınırladığı söylenebilir. 1982 Anayasası döneminde ise, Başlangıçta yer alan “Türk Milli Menfaatleri”, “Türk Milletinin Bağımsızlığı” ve “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu” gibi subjektif değerlendirmeye müsait ifadelerle dayanarak yasamanın çıkarttığı kanunları iptal etmiştir. Özellikle, 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünün devletçi ve ideolojik bir niteliğe sahip olması da Anayasa Mahkemesi'nin bu Anayasayı ideolojik bir okumaya tabi tutmasını kolaylaştırmış olabilir.

Doktrinde uluslararası hukuk kuralları ile hukukun genel prensiplerinin ölçü norm olarak değer ifade edip etmeyecekleri hakkında bir görüş birliği olduğu söylenemez. (bkz. 2.8.2. ve 2.9.3. altbaşlıklar) Kanaatimizce, anayasa metninde yer almayan genel prensiplerin doğrudan ölçü norm olarak kullanılması mümkün olmamalıdır. Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan uygulanabilir hukuk kuralı yaratmasının kapısı açılmış olur ki, bu durum, Mahkeme'nin kurucu iktidar haline gelmesi sonucunu doğurabilir. Nitekim, kanaatimizce, insan haklarına ilişkin olanlar da dahil uluslararası hukuk kurallarının, -uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ifade eden Anayasa'nın açık düzenlemesi karşısında- anayasal değerde kabul edilerek anayasallık bloğuna dahil edilmesi isabetli olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına ve hukukun genel prensiplerine verdiği çeşitli kararların gerekçelerinde atıf yapmıştır. (bkz. 2.8.3. ve 2.9.3.4 altbaşlık) Ancak bu tür ilke ve kuralları kanaatimizce yerinde bir tutumla doğrudan ölçü norm olarak kullanmamıştır. Anayasa Mahkemesi her iki norm çeşidini de anayasanın belirsiz kavramlarını yorumlarken araç olarak kullanabilir. İnsanlığın ortak değerleri olarak görebileceğimiz hukukun genel prensipleri ve insan hakları ile ilgili uluslararası belge ve anlaşmalardan Anayasanın, hukuk devleti, sosyal devlet, laiklik vb. kavramlarının anlamını belirlerken istifade edilmesi, anayasanın evrensel değerlerle

uyumlu bir hale gelmesini sağlayabilir. Ancak, anayasada yer almayan bir genel ilkenin ölçü norm olarak kullanılması kuvvetler dengesini bozarak Anayasa Mahkemesi'nin tali kurucu iktidar gibi görünmesine sebep olabilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, anayasallık denetimi yaparken, hukuk yaratma fonksiyonunun yasama iktidarına ait olduğunu dikkate alarak hassas davranmalıdır.

Anayasa Mahkemesi her ne kadar, uluslararası hukuk kurallarını ve hukukun genel prensiplerini doğrudan ölçü norm olarak kullanmayarak isabetli davranmışsa da, söz konusu kural ve ilkelere dayanarak, anayasanın özgürlükçü bir yorumunu yapmaktan ziyade, zaman zaman insan hakları lehine olduğu söylenemeyecek kararlarına ek meşruluk sağlamak üzere kullandığı söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri ile birlikte bağlayıcı olduğu ve aynı zamanda Mahkeme'nin anayasa yorumuna yasama organı ile diğer yargı organlarınca uyulması gerektiği ifade edilmektedir. Diğer taraftan iptal edilen bir kanunun ya da benzerinin tekrar yasalaşması durumunda, Mahkeme'nin eski kararına dayanarak, yeni kanunu iptal edebileceği ileri sürülmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları da bu yönde gelişmiştir (bkz. 2.9. altbaşlık). Kanaatimizce, bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi ve kararlarına demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması zor bir nitelik ve değer vermek olacaktır. Şüphesiz ki, başta yasama organı olmak üzere, bütün kamu kurum ve organları Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçesi ve bu gerekçede ortaya koyduğu yorumu işlevlerini yerine getirirken dikkate alabilirler ve almalıdırlar. Fakat, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinin ve yaptığı yorumların bağlayıcı olması için açık bir pozitif düzenlemeye ihtiyaç vardır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin eski kararına dayanarak, yeni bir kanunu iptal etmesi için de aynı şekilde pozitif bir düzenleme gereklidir. Aksi takdirde, kurucu iradenin öngörmediği bir ölçü norm Mahkeme içtihadı ile ihdas edilmiş demektir.

Sonuç itibari ile, kanunların anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak sadece Anayasa'nın pozitif ve somut düzenlemelerine dayanılabilir. Şüphesiz ki, hukukun genel prensipleri ve insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemeler başta olmak üzere, diğer norm ve ilkeler ancak Anayasa'nın yorumlanmasında göz önünde tutulabilir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Ahmad, Feroz (1995), **Modern Türkiye'nin Oluşumu**, (Çev. Yavuz Alogan), İstanbul: Sarmal Yayınevi.
- Akad, Mehmet ve Dinçkol Bihterin Vural (2009), **Genel Kamu Hukuku**, 5. Basım, İstanbul: Der Yayınları.
- Akyol, Taha (2012), **Atatürk'ün İhtilal Hukuku**, İstanbul: Doğan Kitap.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (1996), **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Armağan, Servet (1967), **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi**, İstanbul: İÜHFY.
- Arsel, İlhan (1965), **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları**, Ankara: Mars Matbaası.
- Arslan, Zühtü (2008), "Anayasa Mahkemesinin "Yorum Tekeli" , Yargısal Üstünlük ve Demokrasi", **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, 2.Cilt, (59-89), Ankara: Yetkin Yayınları.
- (2008), **Anayasa Teorisi**, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Atar, Yavuz (2009), **Türk Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları.
- Balta, Tahsin Bekir ve Kubalı, Hüseyin Nail (1960), "Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı", **AÜSBFD**, 15(3), 1-10.
- Balta, Tahsin Bekir (1961), "Türkiye'de Anayasa Yargısı (1)", **AÜHFD**, 18/1-4.
- Can, Osman (2005), **Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- (2007), "Anayasayı Değişirme İktidarı ve Denetim Sorun", **AÜSBFD**, 62(3), 101-139.
- (2010), **Darbe Yargısının Sonu**, 3. Baskı, İstanbul: Timaş Yayınları.

- (2010), **Gülyüzlü Frankoculuğun Dramı**, İstanbul: Agora Kitaplığı.
- Clayton, Cornell (2005), “ABD’de Mahkemeler, Demokrasi ve Anayasal Değişim: 2004 Seçimlerine Yansımalar”, Ozan Ergül (Ed.), **Demokrasi ve Yargı**, (159-183), Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Çağlar, Bakır (1985), “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, 2, 163-195.
- (1986), “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, **Anayasa Yargısı**, 3, 137-187.
- (1989), **Anayasa Bilimi**, İstanbul: BFS Yayınları.
- (1991), “Anayasanın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, 8, 13-62.
- (1993), “Hukuk”la Kavranan Demokrasi ya da “Anayasal Demokrasi”, **Anayasa Yargısı**, 10, 233-276.
- (1994), “Türkiye’de Laikliğin Büyük Problemi Laiklik ve Farklı Anlamları Üzerine”, **Cogito**, 1, 111-117.
- (1998), “Anayasa Yargısı’nın Güncelliği: “Yargıçlar Zamanı” ”, **Anayasa Yargısı**, 15, 51-69.
- Çağlar, Bakır ve Çavuşoğlu, Naz (1999), “Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi”, Ankara: **Anayasa Yargısı**, 16, 143-187.
- Çeçen, Anıl (2010), “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Temel Normu”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Daver, Bülent (1955), **Türkiye Cumhuriyetinde Layiklik**, Ankara: AÜSBF Yayını.
- (1985), “Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay”, **Anayasa Yargısı**, 2, 93-140.
- Deener, David (1969), “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu), **AÜHFD**, 26(3-4), 179-206.
- Doehring, Karl (2002), **Genel Devlet Kuramı**, (Çev. Ahmet Mumcu), 3. Baskı, İstanbul: İnkılap Kitabevi.

- Duran, Lütfi (1984), “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, 1, 57-87.
- (1986), “Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni (2)”, **Amme İdaresi Dergisi**, 19(2), 3-28.
- Erdoğan, Mustafa (2002), **Anayasa ve Özgürlük**, Ankara: Yetkin Yayınları
- (2005), “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir”, **AÜHFD**, 54(3), 1-22.
- (2009), **Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset**, 6. Baskı, Ankara: Liberte Yayınları.
- (2010), **Anayasal Demokrasi**, 8. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- (2010), **Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Orion Yayınları.
- Ergül, Ozan (2007), **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Erkut, Celal (1996), **Hukuka Uygunluk Bloku**, İstanbul: Kavram Yayınları.
- Eroğul, Cem (2005), **Anatüzeeye Giriş**, 8. Baskı, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Feldbrugge, Ferdinand J. M. (2005), “Rus Anayasa Mahkemesi ve Demokrasinin Pekişmesi”, (Ed. Ergül Ozan), **Demokrasi ve Yargı** içinde: (234-271), Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- Fendoğlu, H.Tahsin (2000), “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, 17, 363-384.
- Gören, Zafer (1996), “Anayasa Yargısı ve Yasama - Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, **Anayasa Yargısı**, 13, 81-145.
- (2008), “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 14(2), 1-24.
- Gözler, Kemal (1998), “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, **Anayasa Yargısı**, 15, 207-242.
- (1999), **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa: Ekin Kitabevi.

- (2000), “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, Ankara: TODAİE Yayını.
- (2000), “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, **AÜSBFD**, 55/3, 81-101
- (2006), “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **AÜSBFD**, 61(3), 131-166
- (2010), **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 9. Baskı, Bursa: Ekin Basım.
- Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü Feyyaz (2009), **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gözübüyük, A. Şeref (2000), **Anayasa Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Gülener, Serdar (2012), **Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, İstanbul: XII Levha Yayınları.
- Gülsoy, Mehmet Tevfik (2001), “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, **Liberal Düşünce**, 22, 46-58.
- (2007), **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2000), **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- (2003), “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı-Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, **AÜHFD**, 52(4), 69-92.
- (2009), **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Hanioğlu, M. Şükrü (2006), **Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Zihniyet, Siyaset ve Tarih**, İstanbul: Bağlam Yayınları.
- Heper, Metin (2006), **Türkiye’de Devlet Geleneği**, (Çev. Nalan Soyarık), 2. Baskı, İstanbul: Doğu Batı Yayınları.
- Heywood, Andrew (2007), Buğra Akın (Ed.), **Siyaset**, Ankara: Adres Yayınları

- Kaboğlu, İbrahim Ö. (1991), “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, 8, 291-322.
- (2007), **Anayasa Yargısı**, 4. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi.
- (1993), “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, **Anayasa Yargısı**, 10,
- Kanadoğlu, Korkut (2004), **Anayasa Mahkemesi**, İstanbul: Beta Basım.
- Kanadoğlu, Osman Korkut (2008), “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, 25, 61-89.
- Kapani, Münci (1993), **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Karpat, Kemal H. (2012), **Türk Siyasi Tarihi-Siyasal Sistemin Evrimi**, 2. Baskı, İstanbul: Timaş Yayınları.
- Kıratlı, Metin (1982), “Anayasa Mahkemeleri ve Siyasi Polemikler”, **AÜSBFD**, 37(3), 125-130.
- Kili, Suna (2008), **Atatürk Devrimi-Bir Çağdaşlaşma Modeli**, 11. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.
- Köker, Levent (2008), “Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültürüne Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, 1. Cilt, Ankara: Yetkin Yayınları.
- (2009), **Modernleşme Kemalizm ve Demokrasi**, 11. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları
- Lewis, Bernard (1993), **Modern Türkiye’nin Doğuşu**, (Çev. Metin Kıratlı), 5. Baskı, Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları.
- Machacek, Rudolf (1992), “Temel Hak Temini ile Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, 9, 47-61.
- Murphy, Walter F.(1974), “Amerikan Yüksek Mahkemesine Düşen Görevlerde Değişmeler”, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu), **AÜHFD**, 31(1-4), 55-61.
- Oktay, Cemil (1984), “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, **Anayasa Yargısı**, 1, 215-242.

- Okutan, Cevat (2006), **Cumhuriyetçi Paradigma Paradigmatik Cumhuriyet**, İstanbul: Paradigma Yayınları
- Onar, Erdal (1993), **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara: AÜHFY.
- (2003), **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara: AÜHFY.
- Oran, Baskın (2003), “Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye”, **Anayasa Yargısı**, 20, 61-93.
- Öktem, Niyazi (2007), “Düşmanlık ya da Zenginlik Kaynağı Olarak Farklılıklarımız; Farklılıklara Tahammül Kültürünün Yasalarda ve İçtihatlarda Gelişmesi ve Korunması”, **Anayasa Yargısı**, 24, 585-607.
- Özay, İl Han (1989), “Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle ‘İtalyan Anayasa Mahkemesi’ ”, **Anayasa Yargısı**, 6, 213-232.
- (1997), “Günahıyla Sevabıyla Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, 14, 337-344.
- Özbudun, Ergun (2005), “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu Sorunu, ?”, Ozan Ergül (Ed.), **Demokrasi ve Yargı**, (336-351), Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- (2007), “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **AÜHFD: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan**, 62(3), 257-268.
- (2007), **Çağdaş Türk Politikası**, (Çev. Ali Resul Usul), 2. Baskı, İstanbul: Doğan Yayıncılık
- (2008), **Türk Anayasa Hukuku**, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Özçelik, Selçuk (1978), **Esas Teşkilat Hukuku Dersleri (Birinci Cilt)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Öztürk, Fatih (2012), **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, İstanbul: Beta Basım.
- Pazarıcı, Hüseyin (2010), **Uluslararası Hukuk**, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi

- Rawls, John (2007), **Siyasal Liberalizm**, (Çev. Mehmet Fevzi Bilgin), İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Sabuncu, Yavuz (1996), **Anayasa'ya Giriş**, 4. Baskı, Ankara: İmaj Yayıncılık.
- Sağlam, Fazıl (1996), “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, **Anayasa Yargısı**, 13, 43-76
- (2010), “Anayasa ve Değişmez Kurallar”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Sancar, Mithat (2005), “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, Ozan Ergül (Ed.), **Demokrasi ve Yargı**, (44-57), Ankara: Türkiye Barolar Birliği.
- (2010), “**Devlet Aklı**” **Kıskacında Hukuk Devleti**, 5. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Savcı, Bahri (1962), “Yeni Bir Anayasa Rejimine Doğru Gelişmeler”, **AÜSBFD**, 16(1), 62-101.
- (1965), “Öncü ve Zinde Kuvvetlerin Rahatsızlığı”, **AÜSBFD**, 20(1), 359-363.
- (1980), “Ulusal ve Laik Bir Toplum Kurmaya Yönelmiş Demokrasinin Kuruluşu”, **AÜSBFD**, 29(1), 19-32.
- Selçuk, Sami (2008), “Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM'nin 367 Kararı”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan**, 2. Cilt, (579-633), Ankara: Yetkin Yayınları.
- (1999), **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, 5. Baskı, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.
- Soysal, Mümtaz (1979), **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 5. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- (1985), “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, **Anayasa Yargısı**, 2, 7-18.
- Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi (2009), **Türk Anayasa Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- Tanör, Bülent (2009), **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 18. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

- (2010), **Anayasal Gelişme Tezleri**, 2. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Teziç, Erdoğan (1985), “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun “Esas” Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, 2, 21-38.
- (2006), **Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- Timur, Taner (2008), **Türk Devrimi ve Sonrası**, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi
- Troper, Michel (1997), “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, (Çev. E. Ethem Atay), **GÜHFD**, 1(2), 293-309.
- Tunç, Hasan ve Bilir, Faruk (1998), “Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımızda Milliyetçilik Anlayışı ve Atatürk Milliyetçiliği”, **GÜHFD**, C.2/1-2.
- Tunç, Hasan (2000), “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, **Anayasa Yargısı**, 17, 174-192.
- Tunçay, Mete (1999), **Türkiye Cumhuriyeti’nde Tek-Parti Yönetimi’nin Kurulması**, 3. Basım, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Turhan, Mehmet (1976), “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, **AÜHFD**, 33(1-4), 63-104.
- (1995), **Siyaset ve Anayasa**, Ankara: Gündoğan Yayınları.
- (2003), “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi”, **Anayasa Yargısı**, 20, 215-248.
- (2007), “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, **AÜSBFD**, 62(3), 379-404.
- Türkmen, Füsun (2008), “Türkiye’de Milliyetçiliğin Yükselişi: Diyalektik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, 1.Cilt, (459-476) Ankara: Yetkin Yayınları.
- Uygun, Oktay (2002), **Federal Devlet**, 2. Basım, Ankara: İtalik Yayınları.
- (2003), “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, **Anayasa Yargısı**, 20, 250-284.

————— (2010), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından Anayasaların Değiştirilemez Hükümleri”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan**, Ankara: Adalet Yayınevi.

Ünsal, Artun (1980), **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara: AÜSBFY.

—————, “Konuya Göre Yaklaşım Seçimi, Yaklaşımına Göre Konu Değil: Türk Anayasa Mahkemesine “Siyasal Alt-Sistem” Açısından Bir Yaklaşım Denemesi”, **AÜSBFD**, 37(1-2), 157-184.

Von Beyme, Klaus (2005), “Alman Anayasa Mahkemesi-Yeni Demokrasiler İçin Bir Model mi?”, Dr. Ozan Ergül (Ed.), **Demokrasi ve Yargı**, (77-116), Ankara: Türkiye Barolar Birliği.

Wheare, K. C. (1984), **Modern Anayasalar**, (Çev. Mehmet Turhan), İstanbul: Değişim Yayınları

Yazıcı, Serap (2008), “Yeni Bir Anayasanın Yapımı Sürecinde Türkiye: Yasakçılıktan Özgürlükçülüğe, Otoritarizmden Demokrasiye, Vesayetçilikten Demokratik Temsile”, **Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan**, 2.Cilt, (739-810), Ankara: Yetkin Yayınları.

Yüzbaşıoğlu, Necmi (1993), **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul: İÜHFY.

ÖZGEÇMİŞ

1973 yılında Giresun'da doğdu. Orta öğrenimini İstanbul-BayrampaŐa Fetihtepe Ortaokulu ve Tuna Lisesi'nde 1989 yılında tamamladı. 2002 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Halen Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Yüksek Lisans öğrencisi olarak devam etmektedir. 2009 yılından beri Artvin Çoruh Üniversitesi'nde öğretim görevlisi ve rektör danışmanı olarak çalışmaktadır.