

T.C
MUĞLA SITKI KOÇMAN ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ANAYASAL YARGININ SİYASALLAŞMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME:
Türkiye Örneği (2007-2010)**

HAZIRLAYAN

Figen KESKİN

DANIŞMAN

Prof. Dr. Namık Kemal ÖZTÜRK

MUĞLA

AĞUSTOS-2012

T.C.
MUĞLA SITKI KOÇMAN ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

ANAYSAL YARGININ SİYASALLAŞMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME: TÜRKİYE
ÖRNEĞİ (2007-2010)

Figen KESKİN

Sosyal Bilimler Enstitüsünde
“Yüksek Lisans”
Diploması Verilmesi İçin Kabul Edilen Tezdir.

Tezin Enstitüye Verildiği Tarih: 04.09.2012
Tezin Sözlü Savunma Tarihi : 15.08.2012

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Namık Kemal ÖZTÜRK
Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yıldız ÖZSALMANLI
Jüri Üyesi: Doç. Dr. Ercan BALDEMİR

Enstitü Müdürü : Prof. Dr. Namık Kemal ÖZTÜRK

AĞUSTOS, 2012
MUĞLA

TUTANAK

Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün 25/07/2012 tarih ve 561/2 sayılı toplantısında oluşturulan jüri, Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 24/6 maddesine göre, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek lisans öğrencisi Figen KESKİN'in "Anayasal Yargının Siyasallaşması Üzerine Bir İnceleme: Türkiye Örneği (2007-2010) adlı tezini incelemiş ve aday 15/08/2012 tarihinde saat 12.00'da jüri önünde tez savunmasına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini savunmasından sonra 90. dakikalık süre içinde gerek tez konusu, gerekse tezin dayanağı olan anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin kabul edildiğine .04.08.2012 ile karar verildi.

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Namık Kemal ÖZTÜRK



Üye

Yrd. Doç. Dr. Ayşe Yıldız ÖZSALMANLI



Üye

Doç. Dr. Ercan BALDEMİR



YEMİN

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “ANAYSAL YARGININ SİYASALLAŞMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME: TÜRKİYE ÖRNEĞİ (2007-2010)” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Kaynakça’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

15.08.2012

FİGEN KESKİN



YÜKSEKÖĞRETİM KURULU DOKÜMANTASYON MERKEZİ
TEZ VERİ GİRİŞ FORMU

YAZARIN

MERKEZİMİZCE DOLDURULACAKTIR.

Soyadı : KESKİN

Adı : FİGEN

Kayıt No:

TEZİN ADI

Türkçe : ANAYASAL YARGININ SİYASALLAŞMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME: TÜRKİYE ÖRNEĞİ (2007-2010)

Y. Dil : THE EXAMINATION ON POLITIZATION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION: TURKEY EXAMPLE (2007-2010)

TEZİN TÜRÜ: Yüksek Lisans

Doktora

Sanatta Yeterlilik

●

○

○

TEZİN KABUL EDİLDİĞİ

Üniversite :

Fakülte :

Enstitü :

Diğer Kuruluşlar :

Tarih : 15/08/2012

TEZ YAYINLANMIŞSA

Yayınlayan :

Basım Yeri :

Basım Tarihi :

ISBN :

TEZ YÖNETİCİSİNİN

Soyadı, Adı : ÖZTÜRK, NAMIK KEMAL

Ünvanı : PROF. DR.

TEZİN YAZILDIĞI DİL: TÜRKÇE TEZİN SAYFA SAYISI: C - 100

TEZİN KONUSU (KONULARI) :

1. ANAYASA YARGISI
2. ANAYASA YARGISININ ORTAYA ÇIKIŞI VE DÜNYADAN ÖRNEKLER
3. TÜRKİYE ÖRNEĞİ

TÜRKÇE ANAHTAR KELİMELER:

1. ANAYASA YARGISI
2. YARGININ SİYASALLAŞMASI
3. ANAYASA MAHKEMESİ
4. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ
5. YENİ ANAYASACILIK

İNGİLİZCE ANAHTAR KELİMELER:

1. CONSTITUTIONAL JURISDICTION
2. POLITIZATION OF JUDICIARY
3. CONSTITUTIONAL COURT
4. TURKEY'S CONSTITUTIONAL COURT
5. NEW CONSTITUTIONALISM

- 1- Tezinden fotokopi yapılmasına izin vermiyorum
- 2- Tezinden dipnot gösterilmek şartıyla bir bölümünün fotokopisi alınabilir
- 3- Kaynak gösterilmek şartıyla tezin tamamının fotokopisi alınabilir

Yazarın İmzası :



Tarih : 04.09.2012

ÖZET

Bu çalışmada, hukuk ve siyaset arasında kilit bir noktayı oluşturan anayasa yargısı incelenmektedir. Anayasa yargısı, dünya üzerinde özellikle küreselleşme sürecinde güçlenerek yaygınlaşan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk ortaya çıkışı 1803 tarihinde Amerika’da gerçekleşen anayasa yargısının, daha sonra Avrupa’ya uyarlanması ve küresel düzeyde yaygınlaşması birçok siyaset bilimci ve hukukçunun araştırmalarına konu olmakta, anayasa yargısına yönelik tartışmalara ilişkin yeni tezler geliştirilmektedir. Bu çalışmada, anayasa yargısının dünya çapında “siyasallaşması” tartışmaları kapsamında ortaya atılmış tezlere ve bu tezlerin incelendiği ülkelere yer verilmektedir.

Anayasa yargısının yaygınlaşmasını açıklayan tezlerden üç tanesi bu çalışmanın kapsamına girmektedir. Bu tezler: Ran Hirschl “Egemeni Koruma Tezi”, Tom Ginsburg “Siyasal Sigorta Tezi” ve Alec Stone Sweet “Siyasetin Yargısallaşması Tezi”dir. Giriş ve sonuç bölümü dışında 3 bölümden oluşan bu çalışmanın ilk bölümünü, anayasa yargısı kavramı, meşruiyeti ve yukarıda adı geçen tezler oluşturmaktadır. İkinci bölümde ise, anayasa yargısının ülkeler bazında ortaya çıkışı ve yaygınlaşması anlatılmaktadır. Üçüncü bölümde ise, dünya çapında yaygınlaşan anayasa yargısının, Türkiye’de oluşumu ve dünyada olduğu gibi Türkiye’de de gündeme gelen “siyasallaşma” tartışmaları, ele alınan tezler kapsamında incelenmektedir. Araştırmanın Türkiye kapsamında, özellikle son dönemde önemli tartışmalara onu olan 4 gelişmeye yer verilmektedir. Bunlar, 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı Seçimi ve 367 davası, 2008 yılındaki Türban Davası, 2008 yılındaki AKP Kapatma Davası ve 2010 yılında yapılan Anayasal Düzenlemelerdir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Yargının Siyasallaşması, Anayasa Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi, Yeni Anayasacılık

ABSTRACT

This study examines the constitutional jurisdiction which plays a key role between law and politics. The constitutional jurisdiction has become an expanded institution especially during the globalization process. The constitutional jurisdiction, which emerged firstly in 1803 in America then spread to Europe and expanded worldwide, has become a research subject for many political scientists and jurists and many arguments are developed in the context of constitutional jurisdiction. This study argues the arguments of politicization of constitutional jurisdiction in the worldwide and examines the states which discuss these arguments.

Three theses which explain the spread of constitutional law are involved in the context of this study. These theses are: Ran Hirschl's "Hegemonic Preservation Thesis", Tom Ginsburg's "Political Insurance Thesis", Alec Stone Sweet's "Judicialization of Politics Thesis". This study has three parts: the introduction and conclusion parts and the first part of the study examines the concept of constitutional justice and its legitimacy, and the three theses mentioned above. In the second part, the emergence and spread of constitutional jurisdiction on the basis of countries are given. In the third part, the formation of constitutional jurisdiction in Turkey and the discussions of politicization which came on the agenda of Turkey as well as in the world are examined in the context of the theses which are given in the study. The study's Turkey context includes especially 4 developments which are discussed contemporarily. These are the presidential elections in 2007 and 367 cases in 2008, the headscarf case in 2008, the AKP closure case and the constitutional arrangements in 2010.

Key Words: Constitutional Jurisdiction, Politicization of the judiciary, the Constitutional Court, Turkey's Constitutional Court, New Constitutionalism

ÖNSÖZ

Tezin isminin belirlenmesi, içeriğinin hazırlanması ve bölümlerinin yazılmasında bana yol gösteren, akademik bilgi birikimini, ilgisi ve manevi desteğini esirgemeyen Sayın Yrd. Doç.Dr. İlknur TÜRE; tezin son halinin verilmesindeki yardımları için, yüksek lisans tez jürimde de yer alan Sayın Yrd.Doç.Dr. Ayşe YILDIZ ÖZSALMANLI'ya teşekkürü borç bilirim.

Tez Danışmanım, Sayın Prof.Dr. Namık Kemal ÖZTÜRK'e katkılarından ve desteğinden dolayı teşekkürlerimi sunarım.

Tezin oluşumu aşamasında kaynak, bilgi ve fikir alışverişi yaptığım Bölüm hocalarıma, araştırma görevlisi meslektaşlarıma ve bilimsel desteğini hiç esirgemeyen Arş. Gör. Serkan DİRLİK'e ayrıca teşekkür ederim.

Hayatımın her döneminde maddi manevi desteklerini esirgemeyen aileme ve yakın dostlarıma, bu süreçteki güven ve özverileri için özellikle teşekkür ederim.

KISALTMALAR

| | |
|--------------|------------------------------------|
| ABD | Amerika Birleşik Devletleri |
| AİHM | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AKP | Adalet ve Kalkınma Partisi |
| AKPM | Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi |
| AYM | Anayasa Mahkemesi |
| BAP | Büyük Anadolu Partisi |
| CMP | Cumhuriyetçi Millet Partisi |
| CHP | Cumhuriyet Halk Partisi |
| DP | Demokrat Parti |
| DKP | Demokratik Kitle Partisi |
| DDP | Demokrasi ve Değişim Partisi |
| DEP | Demokrasi Partisi |
| DRP | Diriliş Partisi |
| FP | Fazilet Partisi |
| İÇP | İşçi-Çiftçi Partisi |
| HADEP | Halkın Demokrasi Partisi |
| KHK | Kanun Hükmünde Kararnameler |
| HP | Huzur Partisi, Hürriyet Partisi |
| HEP | Halkın Emegi Partisi |
| MNP | Milli Nizam Partisi |

| | |
|--------------|-----------------------------------|
| ÖZDEP | Özgürlük ve Demokrasi Partisi |
| SBP | Sosyalist Birlik Partisi |
| SP | Sosyalist Parti |
| STP | Sosyalist Türkiye Partisi |
| RP | Refah Partisi |
| TBKP | Türkiye Birleşik Komünist Partisi |
| TBMM | Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| TEP | Türkiye Emekçi Partisi |
| TİÜP | Türkiye İleri Ülkü Partisi |
| TİP | Türkiye İşçi Partisi |
| YP | Yurt Partisi |
| YÖK | Yüksek Öğretim Kurumu |

TABLULAR

| | |
|---|----|
| Tablo 1. Anayasa Mahkemesinin 12 Eylül 2010 Referandum'u öncesi ve sonrasının üye seçim tablosu | 70 |
|---|----|

EKLER

| | |
|---|----|
| Ek-1. "367" Davasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Gerekçeli Kararı..... | 86 |
| Ek-2. Türban Davasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Gerekçeli Kararı..... | 89 |
| Ek-3. Adalet ve Kalkınma Partisi'ne Yönelik Kapatma Davasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Gerekçeli Kararı..... | 93 |

İÇİNDEKİLER

İçindekiler Tablosu

| | |
|---|------|
| ANAYASAL YARGININ SİYASALLAŞMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME: Türkiye Örneği (2007-2010) | I |
| ÖZET | vii |
| ABSTRACT..... | viii |
| ÖNSÖZ..... | IX |
| KISALTMALAR..... | X |
| TABLolar | XII |
| İÇİNDEKİLER | XIII |
| GİRİŞ..... | 1 |
| BİRİNCİ BÖLÜM..... | 5 |
| KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVE | 5 |
| 1.1. ANAYASAL YARGI KAVRAMI VE MEŞRUIYETİ | 5 |
| 1.2. ANAYASAL YARGININ SİYASALLAŞMASI KAVRAMI ve ANAYASA YARGISININ SİYASALLAŞMASINA DAİR TEORİLER | 16 |
| 1.3. YENİ ANAYASACILIK VE ANAYASA YARGISI..... | 25 |
| 1.4. PARLAMENTO ÜSTÜNLÜĞÜNDEN ANAYASAL YARGININ ÜSTÜNLÜĞÜNE DOĞRU..... | 28 |
| İKİNCİ BÖLÜM | 31 |
| DÜNYA'DA ANAYASAL YARGI VE SİYASALLAŞMA TARTIŞMALARI | 31 |
| 2.1. ANAYASA YARGISININ DÜNYA ÇAPINDA YAYILMASI | 32 |
| 2.2. SİYASAL ALANA İLK MÜDAHALELER: ABD | 44 |
| ÜÇÜNCÜ BÖLÜM..... | 50 |
| TÜRKİYE'DE ANAYASAL YARGI VE SİYASALLAŞMA TARTIŞMALARI | 50 |
| 3.1. ANAYASAL YARGI VE TÜRKİYE | 50 |
| 3.2. TÜRKİYE'DE ANAYASAL YARGI'NIN SİYASALLAŞMASINA DAİR TARTIŞMALAR (2007 – 2010)..... | 58 |
| SONUÇ..... | 74 |
| KAYNAKÇA..... | 78 |

GİRİŞ

Anayasa yargısı, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir üst mahkeme konumundadır. Anayasa yargısının ilk çıkışı olan Amerika ve orada ortaya çıkan Amerikan modeli, ardından Hans Kelsen tarafından Avrupa'ya uyarlanan ve Kelsen modeli olarak da bilinen Avrupa modeli, dünyanın birçok ülkesinde benimsenmektedir. Anayasa yargısının, tarih boyunca hukuk ve siyaset arasındaki önemli konumu ve Amerika'da ortaya çıktığı ilk tarihten (1803) bu yana küresel düzeyde güçlenerek yaygınlaşması birçok siyaset bilimci ve hukukçunun araştırma konusu olmaktadır. Anayasa yargısının, yeni kurulan demokrasilerde ve yeni oluşturulan anayasalarda, hukuk devleti ile anayasal demokrasinin önemli yapı taşlarından biri ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasının bir gereği olarak açıklanmaktadır.

Tezin konusu, “anayasa yargısı”dır. Anayasa yargısı “siyasallaşma” tartışmaları çerçevesinde incelenmektedir. Anayasa yargısının “siyasallaşması” kavramsal olarak anayasa yargısının politize olmasını ifade etmektedir. Siyasal alandaki problemlerin yargıya aktarılarak yargı yoluyla çözülmesi ve mahkemenin siyasal eğilimli kararlar vermesi anlamına gelmektedir. Anayasa yargısının siyasallaşması, dünya üzerinde birçok ülkede gündeme gelen bir olgudur. Dünyadaki örnekleri üzerine çeşitli araştırmalar yapılmış ve bazı tezler ortaya atılmıştır. Bu çalışmada, anayasa yargısının, küresel düzeyde yaygınlaşması, güçlendirilmesi ve siyasal alandan kendisine yetki devrinin yapılması üzerinde durulmaktadır. Burada temel aldığımız üç adet tez vardır. Bunlar, Ran Hirschl “Egemeni Koruma Tezi”, Tom Ginsburg “Siyasal Sigorta Tezi” ve Alec Stone Sweet “Siyasetin Yargısallaşması Tezi”dir. Bu tezler, anayasa yargısının küresel bir eğilim olarak yaygınlaşmasını ve bunun altından yatan siyasal nedenleri, anayasa yargısının değişen ve güçlendirilen meşruiyet algısını açıklamaya çalışan tezler olduğu gerekçesiyle seçilmişlerdir.

Temel aldığımız ilk tez olan Hirschl’ün “Egemeni Koruma Tezi”, siyasal alanda egemenliklerini kaybetme tehlikesi yaşayan elit sınıfın, kendisine karşı bir tehdit olarak algıladığı gruplara karşı anayasal düzenlemeler yoluna giderek anayasa

mahkemelerinin oluşturulduğu iddiasını ortaya koymaktadır. Buna göre, anayasa yargısı egemen elitlerin çıkarlarını koruyan ve onların egemenliğini muhafaza eden bir kuruma dönüşmektedir. İkinci olarak ele aldığımız tez ise, Alec Stone Sweet'in "Siyaset'in Yargısallaşması Tezi" yeni anayasacılık hareketleri ile birlikte, birçok ülkede anayasal denetim bir gereklilik haline dönüşmektedir. Siyasal alandaki problemler, anayasal bir dayanak ile oluşturulan yargı merciine aktarılarak siyasi problemlerin çözümünün yargı aracılığıyla yapılmasının, yani siyasetin yargısallaşmasının gerçekleştiğini öngörmektedir. Üçüncü olarak Tom Ginsburg'un "Siyasal Sigorta Tezi" yeni oluşturulan demokrasilerde ve yeni anayasalarda, siyasi iktidarı kaybetme olasılığı bulunan kesimin, siyasal açıdan kendilerini garanti altına alma istediği ve bunun sonucu olarak anayasa yargısını oluşturmalarını anlatmaktadır. Buna göre, Seçimleri kaybettikleri takdirde, anayasa yargısı yoluyla siyasi etkinliklerini sürdürme amacını gütmektedirler. Bahsedilen bu tezler, dünyanın değişen siyasal sistemleri bazında, anayasa yargısının oluşturulması, güçlendirilmesi ve yaygınlaştırılmasının temelini oluşturan siyasi gelişmeleri de açıklamaya yardımcı olmaktadır.

Dünya üzerinde, siyasal sistemlerin değişimi açısından baktığımızda, 1789 Fransız İhtilali ile birlikte "halk egemenliği" kavramı birçok siyasi yönetimin referans noktasını oluşturmaktadır. Halk egemenliği kavramının bir getirisi olarak, meclis üstünlüğü ilkesi ve parlamenter demokrasi anlayışı, başta Avrupa'daki bazı ülkeler olmak üzere dünya üzerinde birçok ülkenin yönetimi tarafından benimsenmiştir. Parlamenter sistemler, gücünü halk iradesinden alan ve meclisin mutlak egemenliğini tanıyan sistemlerdir. Yasama, yürütme ve yargı organları arasında meclis üstünlüğü esastır. Parlamentonun karşısında, onun gücünü sınırlayacak hiçbir kurum yoktur. Ancak, parlamentonun yetkilerini sınırlandırma ihtiyacının doğması ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin ortaya çıkışıyla birlikte, yasama, yürütme ve yargı arasında bir denge oluşturulmaya çalışılmakta, parlamentonun üstünlüğü sona ermekte, meclis üstünlüğü ilkesinin yerini kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hukuk devleti ilkesi almaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin yaygınlaşması, parlamentonun güç ve yetkilerini sınırlayıcı bir sistemi öngörmektedir. Bunun sonucu olarak, parlamenter sistemlerden hukuk devleti sistemine doğru bir geçiş yaşanmaktadır. Bu noktada anayasa yargısı, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı

ilkesinin bir gerekliliği olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, önceki döneme ait faşist yönetimlerin etkisi sebebiyle, temel hak ve özgürlüklerin korunması anlayışı ön plana çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, yeni anayasaların yapılması ve hukuk devletinin sağlanabilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Ülkelerin siyasal sistemlerinin değişmesi, yeni demokrasilerin ortaya çıkması ve yeni anayasaların oluşturulması, küresel düzeyde bir eğilim olarak siyaset bilimciler tarafından incelenmektedir. Bu eğilim “yeni anayasacılık” kavramıyla açıklanmaktadır. Dünyadaki birçok ülkenin, demokratikleşmenin bir gereği olarak yeni anayasalar yapması ve anayasal düzenlemelere gitmesi, tüm bunların bir çıktısı anlamında açıklayabileceğimiz, anayasal güvencenin sağlanması ve kaçınılmaz olarak anayasa yargısını gerektirmektedir. Anayasa yargısı, parlamenter sistemden hukuk devletine dönüşümün, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve yeni anayasacılık eğilimin bir getirisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki dönemde, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla küresel düzeyde yaygınlaşmaya başlayan anayasal yargı, uygulamada verdiği kararlarla “siyasallaştığı” ve parlamento üstünlüğünü zayıflattığı yönünde literatürde önemli tartışmalara yol açmıştır. Dünyadaki tartışmalara paralel olarak, Türkiye'de de son dönemde “yargıda siyasallaşma” tartışmaları gündemdeki yerini korumaktadır. Özellikle Avrupa ülkelerinde bu konudaki davalarla kıyaslandığında Türkiye'de davaların sayıca fazlalığı dikkat çekicidir. Bu bakımdan, Türkiye'deki yargı tartışmalarının incelenmesi konusu siyaset bilimi ve hukuk açısından önem teşkil etmektedir. Dünya literatüründe tartışılan tezler ve kavramların Türkiye'deki örnek olaylar ekseninde tartışılması, olayların bu kavramlar açısından değerlendirilmesi bu çalışmanın amacıdır.

Türkiye'de, Cumhuriyet'in kurulmasıyla birlikte halk egemenliği ve meclis üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir. 1961 Anayasasına kadar parlamento üstünlüğünün geçerli olduğu bir sisteme sahip olan Türkiye'de, 1961 Anayasasıyla birlikte kuvvetler ayrılığı sistemi benimsenmekte ve Anayasa Mahkemesi kurulmaktadır. Oldukça özgür bir anayasayla kurulan Türk Anayasa Mahkemesi, 1971 düzenlemeleriyle bazı kısıtlamalara uğramaktadır. 1981 Anayasasıyla birlikte yetki ve görevleri tekrar düzenlenen Anayasa Mahkemesi, en son 2010

düzenlemeleriyle birlikte değişime uğramıştır. Anayasa Mahkemesi, uluslararası platformda olduğu gibi Türkiye’de de birçok araştırmanın ve tartışmanın konusu olmaktadır.

Bu çalışmada 2007-2010 yılları arasında en çok tartışılan üç dava ve 2010 düzenlemelerini ele almaktayız. 2007 yılında 11.Cumhurbaşkanlığı seçiminde ortaya çıkan 367 tartışmaları, 2008 yılında ise, Türban davası ve AKP kapatma davasının, Anayasa Mahkemesi’ni siyasal tartışmaların odak noktası haline getirmekte olduğu için bu davaya değinilmektedir. 2010 yılındaki anayasal düzenlemeleriyle birlikte Anayasa Mahkemesine yönelik “siyasallaşma” iddialarının artması bu araştırmanın temel konularını oluşturmaktadır.

Ele alınan üç dava ve 2010 Anayasal düzenlemeleri üzerinden temel alınan tezlerden hareketle ülkemizdeki Anayasa Mahkemesi sorgulanacaktır. Bu sorgulamada Anayasa Mahkemesine ilişkin yapılan akademik, hukuki, basın yönlü eleştiriler dikkate alınmakta ve adı geçen eleştiri ve tezlerden bir değerlendirmeye gitmek istenmektedir.

Araştırmanın ilk bölümünde, anayasa yargısı kavramı, meşruiyeti ve anayasa yargısının siyasallaşması olgusu üzerinde durulacaktır. Bu bölümde ayrıca, anayasa yargısının yaygınlaşmasını açıklayan tezlere ve siyasal süreçlere yer verilecektir. İkinci bölümünde ise, anayasa yargısının ortaya çıkışı, üzerindeki diğer ülkelerde hukuk ve siyasal açıdan konumu hakkında bilgi verilecektir. Araştırmanın üçüncü bölümünde ise, anayasa yargısının Türkiye’de ortaya çıkışı, siyasallaşma tartışmaları ve buna konu olan 2007-2010 yılları arasındaki üç dava ile bir anayasal düzenleme üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL VE KURAMSAL ÇERÇEVE

1.1. ANAYASAL YARGI KAVRAMI VE MEŞRUIYETİ

1.1.1. ANAYASAL YARGI KAVRAMI

Anayasa yargısı anlam olarak, devlet hukukunun yargısal denetimi ve anayasal kurallara uygunluğu gerçekleştirme yoludur (Roesler, 2007: 546). Bir diğer ifadeyle, Anayasa yargısı, normlar hiyerarşisine göre, “anayasanın üstünlüğü” ilkesi bağlamında, kanunların anayasaya aykırı olamayacağından yola çıkılarak, kanunların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesidir (Gözler, 2005: 361). Anayasaya uygunluk denetimi, “bir devlette her hukuk kuralının anayasaya uygun olması gerektiği” anlamına gelmektedir (Tanilli, 2007: 127). Hukukun üstünlüğünün benimsenmesinin bir getirisi olarak anayasanın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanması, işlemlerin hukuki olarak teminat altına alınması amacıyla anayasal yargı mercii oluşturulmuştur (Derdiman, 2006: 548). Anayasa yargısının normlar hiyerarşisinden kaynaklanan özelliğinin yanı sıra, genel olarak yazılı ve katı anayasalarda uygulama alanı bulmaktadır. Katı anayasalar, değiştirilmesi zor ve belirli şekli kurallara bağlanmış anayasalardır. Hem anayasanın üstünlüğü ilkesi hem de anayasanın katılığı “yasama organının, anayasaya aykırı kanun yapmamasını gerektirir” (Gözler, 2003: 20). Anayasa yargısı, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alır ve normlar hiyerarşisinin gerçekleşmesini sağlar.

Anayasal yargı kavramına dair, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki ayrı tanımlamanın yapılması mümkündür. Anayasal yargı kavramı dar anlamda, Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla, yasama organının faaliyetlerinin anayasal çerçevede sınırlandırılması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargı tarafından denetlenmesidir (Hekimoğlu, 2004: 13). Geniş anlamda ise, doğrudan doğruya anayasaya uyulmasının sağlanması, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, otorite karşısında temel hak ve özgürlüklerin korunması, devlet organlarının işlemlerinin hukuk anlayışı çerçevesinde sınırlandırılması demektir (Hekimoğlu, 2004: 13–14).

Anayasa yargısının ortaya çıkışı, ilk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde Marbury V. Madison davasında (1803) Federal Yüksek Mahkemenin, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemeye başlamasına dayandırılmaktadır. 1787 Amerikan Anayasasında belirtilmemiş olmasına rağmen, Yüksek mahkemenin inisiyatif olarak, kanunların anayasaya aykırı olamayacağına dair verdiği karar ile Anayasa yargısının temelleri atılmıştır. Anayasaya uygunluk denetiminin özel bir mahkemeye verilmek yerine, tüm mahkemelerce yapıldığı bu sisteme Amerikan modeli denmektedir (Kaboğlu, 1994: 9-10)

Diğer bir Anayasa yargısı modeli olan Avrupa modelinde ise, Amerikan modelinin Hans Kelsen tarafından Kıta Avrupa'sına uyarlanması sonucu oluşmuş, özellikle 20.Y.Y.da yaygınlaşarak kanunların Anayasaya uygunluğu denetiminin tüm mahkemelerce yapılması yerine, Anayasa Mahkemesinin kurulması gerektiği ön görülmüştür. Özel mahkeme statüsündeki Anayasa Mahkemesinin ilk örneği, 1920'de Avusturya'da kurulan Yüksek Anayasa Divanı olarak bilinmektedir (Kaboğlu, 1994: 10-11). Anayasa Mahkemesi özellikle İkinci Dünya Savaşından sonraki dönemde (faşizm ve nazizm sonrası) temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla Avrupa başta olmak üzere dünya çapında yaygınlaşmıştır. İtalya, Almanya, Türkiye, Portekiz ve İspanya gibi ülkeler İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde Anayasa Mahkemesini kuran ülkelerdendir. Sosyalist rejimlerin yıkılması sonrasında da Doğu Avrupa ülkelerinin birçoğunda Anayasa Mahkemesi kurulmuştur (Gözler, 2003: 23).

1.1.2. ANAYASAL YARGININ MEŞRUIYETİ

Anayasa yargısı meşruiyetini, normlar hiyerarşisinden almaktadır. Kanunların, tüzük ve yönetmeliklerin, hiyerarşinin en üstünde yer alan anayasaya aykırı olamayacağı ilkesi, anayasa yargısının varlık nedenidir. Liberal hukuk düzeninde siyasi otoriteye ve çoğunluğun baskısına karşı temel hak ve özgürlüklerin korunması hukuk devletinin gerçekleşmesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir. Anayasa yargısı, anayasanın normlar hiyerarşisindeki üstünlüğünün sağlamasının önemli bir aracıdır. Anayasacılık ve anayasal demokrasinin bir gereği olarak görülen

anayasa yargısı, “hukuk devleti” ilkesinin gerçekleştirilmesi konusunda odak noktası konumundadır (Erdoğan, 2004: 47). Anayasa yargısının öneminin artmasında hukuk devleti ilkesinin ön plana çıkması etkili olmuştur. Selçuk’a göre, Hukuk devleti ilkesi, yürütmenin tüm eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organı tarafından denetlenmesiyle gerçekleşebilecektir (Selçuk, 2007: 67). Anayasayı değiştirmenin zor olduğu sert anayasalarda, yargıçlar sürekli olarak bir hakim konumundadırlar (Ergül, 2007: 134).

Anayasa yargısının meşruiyeti konusu üç noktada değerlendirilebilir. İlki, Kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak Anayasal yargı ve yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, ikincisi, Anayasa yargıçlarının, kanunları denetlerken, kanunları yorumlamaları ve bunun bir sonucu olarak yorum sorunu, üçüncüsü, anayasa yargısının demokrasi ile ilişkisi bağlamında takibeden başlıklarda her bir nokta irdelenmiştir.

1.1.2.1. YASALARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU DENETLEME VE KUVVETLER AYRILIĞI

Yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, normlar hiyerarşisinin bir gereği olarak kabul edilmesinin yanı sıra, kuvvetler ayrılığının bir getirisi olarak devlet yönetiminin önemli bir gücünü oluşturmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi bugün parlamenter sistemlerin olmazsa olmaz koşuludur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin önemli ismi Montesquieu, “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı eserinde, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere, devletin üç ayrı yetkisinden bahseder. Her bir yetkiyi özgürlüklerin korunması bağlamında tanımlayan Montesquieu, yargı organının olmaması durumunda özgürlüklerin var olamayacağından bahsetmektedir (Montesquieu, 1963: 234-235). Kuvvetler ayrılığı, Devlet iktidarının farklı organlar arasında paylaşılarak, devletin sınırlandırılmasını ve devletin iyi işleyişinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Anayasa yargısı, bu erkler arasında, anayasal kurullarla belirlenmiş karşılıklı dengeyi sağlama görevini üstlenmektedir (Kaboğlu, 2007: 171). Montesquieu’nun ortaya attığı savdan yola çıkılarak, birçok Parlamenter sistemde, özgürlüklerin korunması amacıyla, kuvvetler ayrılığı sistemi kabul

edilmektedir ve anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığının önemli ve etkin bir parçası olarak görülmektedir.

Anayasa yargısının varlığını gerektiren bir husus olan anayasacılığın ortaya çıkışı ve iktidarın sınırlanması bağlamında kuvvetler ayrılığını değerlendiren Locke ve Montesquieu'ya baktığımızda, John Locke, iktidarların doğal haklara uyması gerekliliği üzerinde dururken, Montesquieu ise, kuvvetler ayrılığını anayasacılığın bir parçası olarak belirtmiş ve kuvvetler ayrılığının önemine dikkat çekmiştir. Anayasacılık, iktidarın temel haklar ve bireysel özgürlükler konusunda bir tehdit oluşturmasının önlenmesi gerektiğine dikkati çekmektedir. “Kuvvetler ayrılığının ahlaki ilkesi veya sosyal amacı özgürlüktür”. Bu yüzden, kuvvetler ayrılığı özgürlüklerin korunması ve iktidarın kötüye kullanılmasının engellenmesinde önemli bir rol oynamaktadır (Erdoğan, 2004: 34). Kuvvetler ayrılığı teorisini ilk ortaya atan Locke'tur, ancak günümüzde bilinen klasik anlamdaki kuvvetler ayrılığı sistemini Montesquieu geliştirmiştir. Locke'un kuvvetler ayrılığı teorisinde, yargıya yer yoktur. Yasama, yürütme ve federatif iktidardan oluşan kuvvetler ayrılığı sisteminde, yargı görevi yürütme tarafından yapılmaktadır. Ancak Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığında, bugünkü anlamda yasama, yürütme ve yargı şeklinde üçlü bir ayrıma gidilmiştir (Öztürk, 2011: 87-88).

Kuvvetler ayrılığı açısından Anayasa yargısının dayanakları arasında, Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi'nin 16. Maddesinde belirtilen, “*hakların güvence altına alınmadığı ve güçler ayrılığının tanımlanmadığı hiçbir toplumun anayasası yoktur*” ibaresi bir örnek olarak gösterilmektedir (Ergül, 2007: 75). Turhan'a göre, “İnsan hakları korunduğu yerlerde siyasal sistemin ve özellikle de anayasanın meşruluğu artar. Çünkü insan hakları siyasal düzenin meşruluğunu değerlendirmede en son ahlaksal ölçütü oluşturmaktadır” (Turhan, 2003: 195). Özellikle İkinci Dünya savaşından sonra, diktatör yönetimlerin yıkılmasının ardından, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında anayasa yargısının yaygınlaşması, birçok parlamenter sistemin kuvvetler ayrılığı ilkesi ile meşruiyet kazanmıştır.

“Bazı parlamenter sistemlerde iki birbirinden farklı partinin hemen hemen sırayla denebilecek biçimde iktidara gelip gitmeleri

kuvvetler ayrılığına duyulan gereksinimi azaltmaktadır. Ancak bunun tersine parlamenter sistemlerde tek parti uzun bir süre iktidarda kaldığında, kuvvetler ayrılığı da o ölçüde zayıflamaktadır” (Turhan, 2003: 95–96).

Böyle durumlarda, Anayasa yargısı kuvvetler ayrılığının bir koruyucusu olarak sisteme müdahale etmektedir.

Anayasa yargısı görevi itibariyle, yasama organını denetleyen bir fonksiyona sahiptir. Batı demokrasilerinde, seçimle işbaşına gelmiş parlamentoların üstünde hiçbir denetleyici gücün bulunmaması demokrasinin gereği olarak kabul edilmekteydi. Ancak anayasal demokrasi anlayışında, seçilmiş temsilcilerin görevlerinin sınırsız olamayacağı, görev ve yetkilerinin anayasa ile sınırlanabileceği, “parlamentonun üstünlüğü” ilkesinin sadece diğer organlara oranla anlamlı olacağı düşünülerek, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı bir yapı kabul edilmektedir (Hekimoğlu, 2004: 23). “Parlamentonun üstünlüğü” ilkesine kuvvetler ayrılığı ve demokrasi açısından bir açıklama getiren Erdoğan’a göre:

“Bir anayasal rejimde demokratik meşruluğu en dolaysız olan parlamento bile kendi yetkisini nihai olarak kendisi tayin edemez; o da diğer anayasal organlar gibi, kendisine anayasanın tanıdığı yetki alanı içinde faaliyet göstermekle yükümlüdür. Bu bakımdan, anayasal demokrasilerde “*parlamentonun üstünlüğü*” sadece diğer organ ve makamlara nispetle söz konusu olup, bu demokratik ilke parlamentonun yetkilerinin sınırsız olduğu anlamına gelmez. Ayrıca, parlamentonun yasama yetkisini kullanma biçiminin anayasaya uygunluğunu denetlemem genel olarak birey özgürlüklerinin ve daha özel olarak da azınlık haklarının güvence altına alınmasına hizmet edebilir. Keza, anayasa yargısı, siyasi eşitlik ve siyasi özgürlük gibi demokratik siyasetin başlıca usulü normlarını korumak suretiyle demokrasiyi de pekiştirir.” (Erdoğan, 2004: 48 vurgu orijinal metinde olduğu gibidir.)

Turhan, yargıyı yasama ve yürütmeden ayrı bir kuvvet olarak değerlendirmektedir. Yargının, yasama ve yürütme karşısındaki büyük etkisi, onun sadece yargılama fonksiyonuyla kalmadığı ve yasa yapma sürecindeki etkisine dikkat çekilmektedir. Kuvvetler ayrılığını, anayasal bir devlette iktidarı kullananlar ile yargı

arasında bir ayırım olarak nitelendiren Turhan'a göre, Parlamenter sistemlerdeki kuvvetler ayrılığını, yasama ve yürütmenin oluşturduğu birlik ile yargı arasındaki bir ayırım olarak belirtmektedir (Turhan: 2003, 88-89).

Kanunların anayasal denetiminde hakim sadece hukuku uygular, kanun yapmaz. Ancak yasama tarafından çıkarılan kanunların yargıçlar tarafından iptal edilmesi, uygulamada yasa yapmakla aynı etkiye sahip olduğu gerekçesiyle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa yargısının, fiiliyatta "siyaset-uygulayıcı" olmaktan ziyade, "siyaset kararlaştırıcı/belirleyici" bir hale bürünmekte ve siyaseti doğudan belirleyen kurumlardan biri haline gelmektedir (Erdoğan, 2004: 48-49). Bu durumda kuvvetler ayrılığı ilkesinin sınırlarını aştığı belirtilebilir.

Anayasa yargısının, yasama ve yürütmenin alanına yönelik denetimine karşılık, çözüm olarak John Elster'in denge ve denetim mekanizmaları formülüyle, yargının yaptığı denetime karşı yasama ve yürütmenin de yargıyı frenleyebileceği ifade edilmektedir. "Yasama yetkisi yürütme organının vetosuyla ve anayasa yargısıyla engellenebilirken, içtihat yoluyla yeni hukuk yaratmada aşırıya kaçan bir mahkeme de yeni atamalar veya mahkemenin yetkilerini azaltma tehdidiyle denetlenebilir" (Elster'den 1993'ten aktaran: Turhan: 2003, 94). Atama dönemlerinde iktidara yakın isimlerin belirlenerek Anayasa Mahkemesine atanması, anayasa yargısının yapısını, dolayısıyla kararlarını etkiler bir sonuç oluşturabilmektedir.

1.1.2.2. YORUM SORUNU

"Yargıçların vekili oldukları Tanrıya benzemeleri gerekir... Yargıçlar, görevlerinin '*jus dicere: hukuku söylemek*' olduğunu, '*jus dare: hukuku yaratmak*' olmadığını unutmamalıdır... Unutmayalım ki, yakın çağlara dek, toplumun başındakiler aynı zamanda yargıçtılar. Bu karanlık dönemler, erkler ayrılığı ilkesinin benimsenmesiyle birlikte, artık geride kalmıştır. Çünkü ne zaman yargıya politika girmişse, adalet orada kirletilmiştir" (Selçuk, 2007: 25-26)

Anayasa yargıçlarının, anayasal denetim yaparken, hukuki metinleri yorumlamaları ve hukuk yaratma tartışmaları yorum sorununu getirmiştir. Anayasa yargıçları, sadece anayasayı direkt söyleyen aktörler midir? Yoksa, anayasayı yorumlayarak kanunların ne olduğunu söyleyenler midir? Bu sorulara ilişkin iki ayrı görüş vardır. Yargıçların sadece hukuku uyguladıklarını ve yasaların yargıçlar tarafından denetlenmesinin gerekli olduğunu savunan görüşler, diğer tarafta ise, yargıçların anayasayı yorumlayarak yasama organına müdahale ettiğini, salt hukuki çerçevede kalmadığını iddia eden görüşler yer almaktadır. Öncelikle yasaların yargıçlar tarafından denetlenmesini savunan görüşlere yer verilecek daha sonra yargıçların yasaları yorumlamalarının gerçek bir sorun olduğunu belirten görüşlere değinilecektir.

Yasaların yorumlanması işleminin yargı tarafından yapılması gerektiğini belirten Hamilton'a göre:

“Anayasal haklara en az tehlike, işlevlerinin doğası gereği yargı organından gelebilir. Yargı organının kapasitesi hakları zedeleme yeterli değildir. Oysa yürütme organı toplum içinde sadece ödülleri dağıtmakla kalmaz aynı zamanda fiziki güç kullanma tekelini de elinde tutar. Yasama organı da harcamalara izin verip vermemede serbest olduğu gibi vatandaşların haklarının ve yükümlülüklerinin düzenlenmesinde yeni kurallar koyabilir. Yargı ise bu güçlere sahip değildir. Yapabileceği tek şey karar vermektir. Bu kararların etkinliği ve uygulanabilirliği dahi yürütmenin bu konudaki etkinliğine bağlıdır... Bu yargının yasamadan üstün olduğu anlamına gelmez; bunun böyle olmasının nedeni anayasanın halkın iradesini yansıtırken yasanın halkın iradesini yansıtmasıdır” (Aktaran: Turhan, 2006: 49-50).

Anayasa yargısının, hukuki kurallar çerçevesinde kalması ve bu çerçevede kurallara göre görevini inşa etmesi gerektiğini belirten Erdoğan şu şekilde ifade etmektedir:

“Anayasa yargısının politika-belirleyici bir hale dönüşmesini engellemek de yine yargıçların elindedir. Bu da her şeyden önce yargıçların hukukun sınırları içinde kalarak tutarlı bir anayasal yorum teorisi geliştirmelerine bağlıdır... Bir “*anayasal yorum*” teorisi ise sadece pozitif anayasa metnine dayanarak inşa edilemez. Bunun için,

“evrensel hukuk ilkeleri” gibi anayasa ötesi (extra-constitutional) kaynaklara başvurmak, bu meyanda anayasacılık felsefesini ve anayasa yargısının temel işlevini göz önünde bulundurmak, ayrıca her duruma hukuki argümantasyon tekniklerinden ayrılmamaya özen göstermek gerekir.” (Erdoğan, 2004: 49 vurgu orijinal metinde olduğu gibidir).

Anayasa yargıçlarının, yorum konusundaki ölçüsünün anayasa olduğunu ve bunun dışına çıkması durumunda tartışmalara neden olacağını savunan hukukçulara göre: Anayasa yargısının meşruiyetinin dayandığı kaynak anayasadır. Anayasa mahkemesinin, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken, anayasanın dışına çıkması, anayasanın dışında farklı ölçüleri dikkate alması meşruluğunu yitirmesine yol açacaktır (Gözler, 2005: 362). Hekimoğlu’na göre, Anayasa yargısı, varlık sebebine uygun kararlar verecekken, otoriteye karşı temel hak ve özgürlükleri koruyamaması, müdahale edilmesini engelleyememesi ve buna meşruiyet sağlaması durumunda yeni sorunların ortaya çıkmasına yol açacaktır (Hekimoğlu, 2004: 16).

Anayasa yargıcının, metni hukuki kurallar çerçevesinde birebir uygulamak yerine yorumladığını iddia eden savunulara göre: Yorumlama, metnin kapsamındaki birden çok anlam içerisinden yapılan bir seçimdir (Kaboğlu, 1994: 153). Realist yorum kuramına göre, yasanın yapılıp yapılmayacağına karar veren konumda yargıçlar olduğu için, yasanın gerçek sahibi parlamento değil, yargıçlardır. Yargısal denetimin var olması, parlamentonun anayasayı ihlal etmesini önleyici durumdayken, bu sefer yargıçların yasa yapmasıyla birlikte, anayasa yargıçların söylediği bir metin halini almaktadır. Böyle durumlarda, ne halk ne de halkın temsilcileri tamamen yasa yapıcıdır. “Anayasa yargıcı, kısmi yasayıcıdır” (Kaboğlu, 1994: 154).

Mahkeme, kanunları yorumlayarak (yasama deneyimi) ve hükümleri uygulayarak (yönetme tecrübesi) hukuki bir anlaşmazlığı giderir ve yönetir. Anayasa hukuku, yönetme kurallarını ve yöneticilerin tüm aktivitelerini içinde bulundurmaktadır. Bu nedenle, anayasa hakimlere, otoriteyi yorumlama konusunda geniş yetki vermektedir (Sweet, 2002: 92).

Cappeletti'ye göre, yargıçların yasaları yorumlarken önlerinde “doğal hukuk”, “gelenek”, “yazılı metinler”, “genel consensus” gibi birçok ölçüt vardır. Bunlar yargıcın yasayı yorumlama esnasında etkili olduğu için, yasa yargıcın anladığı ve yorumladığı biçimde şekillenecektir. Bu yüzden yargıcın yasa yapması engellenemez (Aktaran: Kaboğlu, 1994: 155). Lijphart'ın açıklamasına göre: “Oluşum amacı açık ve net bir biçimde yasaların anayasaya uygunluğunu yorumlamak olan özel organ yaratıldığında, bu organ görevini bir gayretkeşlik(taraf olma) içinde yerine getirmesi olasılığı yüksektir” (Lijphart, 2006: 220)

Anayasa yargısının siyasal kökenini toplumsal sözleşmeye dayandıranlar, hakimlerin yargılarını verirken yorum yapmasıyla ilgili soruna, *kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı* ilkesiyle çözüm getirmektedirler. Kendi davasının yargıcı olmayan hakim tarafsız ve adil olacaktır, davadan etkilenemeyecektir, bu da anayasa yargısının meşruluğu açısından bir zemin oluşturmaktadır:

“*Kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı ilkesi*

Roma Hukukuna dayanır: *Judex in causa propria nemo potest esse, neque ius sibi dicere.* Hobbes bu ilkenin doğal hukuk ilkesi olduğunu söylemektedir. Horacio Spector'un belirttiği gibi *Judex in causa propria* ilkesinin anayasa yargısının meşruluğunu haklılaştırmadaki rolü bugüne dek göz ardı edilmiştir... Kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı kuralı davada kararı verecek kişinin bu karardan etkilenecek kişi olmaması demektir” (Turhan, 2006: 52 vurgu orijinal metinde olduğu gibidir)

Bugün, anayasa yargısının en yaygın kullanılan türü Kelsen'in uyarladığı Avrupa tipi anayasa yargısıdır. Kelsen Amerika'dan, Avrupa'ya anayasa yargısını uyarlarlarken, anayasa yargısının kanunları veto ve iptal edebilme yetkisini, bir yasama kudreti olarak değerlendirmektedir. Yasamanın kanun yapma özelliğini *pozitif kanun koyucu* olarak yorumlarken, kanunları denetleyen anayasa yargısını da *negatif kanun koyucu* olarak adlandırmıştır. Anayasa yargısı, yasamayı hem kanun yapma esnasında, hem de kanun yaptıktan sonra olmak üzere iki türlü etkilemektedir. İlk olarak, Kanunların yapım sürecinde, yasama organı, kanunun veto edilebilme seçeneğini de göz önünde bulundurarak kanun yapmak zorundadır. İkinci olarak, kanun yapılmıştır ve anayasa yargısının denetimine sunulduğunda, anayasa

yargısının iptal etme yetkisi vardır. Tüm bunlar anayasa yargıçlarının anayasayı nasıl yorumladıklarıyla da ilgilidir.

1.1.2.3. DEMOKRASİ VE ANAYASAL YARGI

Tarihi perspektifte, anayasaya uygunluk denetimi Teziç'in aktardığı üzere, "ilke olarak demokratik teoriye ait olmaktan çok, liberal siyasi teoriye aittir" (Teziç, 1991: 185). Anayasa yargısı, liberal anayasal demokrasilerin gerekli gördüğü bir kurumdur. Meclis üstünlüğünü kabul eden çoğunlukçu demokrasilerden ziyade, hukukun üstünlüğünü kabul eden, çoğulcu anayasal demokrasilerde anayasa yargısı özgürlüklerin koruyucusu olduğu ve bireylerin haklarını devlete karşı güvence altına aldığı düşüncesiyle demokrasinin pekişmesinde önemli bir kurum olarak nitelendirilmektedir. "Aslolan meclis üstünlüğü değil, anayasa üstünlüğüdür" düşüncesinden hareket edilerek, meclisin, milletin iktidarı devrettiği bir devlet organı olarak görülmesi, bu iktidarın kullanımının anayasayla sınırlı olmasından yola çıkılarak anayasaya uygunluk denetimi milli iradeye uygunluğu denetlediği gerekçesiyle demokratik bir kurum olarak kabul edilmektedir (Hekimoğlu, 2004: 24-25).

"Bir kere, yazılı anayasası olan ülkelerde anayasanın üstünlüğü hukuki ve mantıki bir zorunluluktur, bu ise tabiatıyla yasama çoğunluklarına tehditler getirir. Yargı organlarının, bu arada anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemelerin yaptığı da bu sınırları uygulamaktan ibarettir. Bundan dolayı, yargı kararları çoğunluk-karşıtı bile olsalar, yargı denetimi anayasal demokrasinin meşru bir parçasıdır. Başka bir ifadeyle, modern demokrasi çoğunlukçu değil, "*anayasal*" bir demokrasidir." (Erdoğan, 2004: 47-48) (Barnum'dan aktarıyor.)

Anayasa yargısının demokratik meşruluğu bağlamında Rousseau'nun halk iradesi yaklaşımı açısından açıklayan Cappeletti'ye göre, anayasa bir halk iradesidir, yasa ise temsilcilerin yaptığı bir ikinci irade biçimidir. Bu nedenle, temsilcilerin iradesinin anayasaya yani halk iradesine uygulununun denetlenmesi demokratik açıdan önemli bir uygulamadır. Rousseau, yargıçların yasama organının iradesini denetlemesi konusunda, halk iradesi yaklaşımı açısından iki ayrı noktaya

dikkati çekmiştir. Rousseau'ya göre, halk ile temsilcilerin iradesi aynı ise, temsilcilerin iradesinin denetlenmesi halk iradesine müdahale etmektir. Eğer iki irade arasında farklılık varsa, o zaman temsilcilerin yaptığı yasaların denetlenmesi demokrasiyle ters düşmemektedir. Cappeletti'nin belirttiği başka bir görüş ise, Yargıçların, seçilmiş siyasal makamlar tarafından atanmasının, demokratik meşruiyetinin bir dayanağı olduğu belirtilmektedir. Yani, yargıçlar halkı temsil eden seçilmişlerin iradesiyle belirlenmektedir. Brünneck ve Cappeletti'nin üzerinde durduğu başka bir açıdan, siyasal alanda temsil şansı bulamayan gruplar için anayasa yargısının varlığı önemli bir demokratik meşruiyet olarak görülmektedir. Ayrıca, anayasa yargısına bireysel başvurunun var olması, temsilcilerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı işlemleri karşısında, seçimler beklenmeden başka bir çözüm aracının bulunması açısından önemli bulunmaktadır. Yine Cappelletti'ye göre, insan haklarına dayalı demokratik rejimlerde, kurumlar karşısında insan haklarının ve özgürlüklerinin garanti altına alınmasının gereği olarak anayasal yargı meşru görülmektedir. Demokratik yönetimlerin gerekliliklerinden biri yöneticilerin seçimle belirlenmesinin yanı sıra, seçilenlerin denetlenmesidir. Bu nedenle demokratik anayasal yapının sağlanmasında anayasa yargısının varlığı önem teşkil etmektedir (Aktaran: Kaboğlu, 1994: 156-160).

Spector'a göre, yargısal denetim, tarafsız müzakereci bir ortamda yapılan iktidar mücadelelerinin, halkın ahlaki değerlerine göre mantıksal yorumlanmasıdır ve böyle bir denetim demokrasiye zarar vermez. Demokrasi, toplumsal müzakere, özerklik ya da siyasal eşitlik olarak anlaşıldığında, demokrasinin yargısal denetimle temel bir çatışma içerisinde değildir (Spector, 2002: 334).

Anayasa yargısının, halkın seçtiği temsilcileri denetlemesi ve yasa yapım süreçlerini anayasal açıdan incelemesi, bazı görüşlere göre çoğunluk karşıtlığı olarak değerlendirilmektedir. Erdoğan bu iddialara uygulamada bakılması gerektiği yönünde bir açıklama getirmektedir:

“Anayasaya uygunluk denetimi yapan yüksek mahkemelerin kararlarının çoğunluk- karşıtı siyaset örnekleri olduğu iddiasına gelince, teorik olarak böyle olması ihtimali bulunmakla beraber,

bu yine de her bir ülke için olgusal olarak doğrulanmaya ihtiyaç gösteren bir iddiadır.” (Erdoğan, 2004: 48)

Anayasa yargısının demokrasiyle örtüşmediğini belirten ve demokratik olmadığı gerekçesiyle eleştiren görüşlere baktığımızda, seçilmişlerin aldığı kararların, seçilmemiş hakimler tarafından denetlenmesi, demokrasinin çoğunluğun yönetmesi kuralına aykırı olduğu iddia edilmektedir (Erdoğan, 2004: 47). “*Yargıçlar halkı temsil etmedikleri ve halka karşı sorumlu olmadıkları için anayasa yargısı demokrasiye uygun bir yönetimde ‘çoğunluk karşıtı’ bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır*” (Turhan, 2006: 52-53). Lijphart’a göre ise, katı bir anayasa ve yargısal denetimin varlığı “çoğunluk-karşıtı aygıtlardır” ve anayasal denetimin olmaması çoğunluk yönetiminin gerçekleşmesi için önem teşkil etmektedir (Lijphart, 2006: 220). Turhan’a göre, anayasa yargısı esas itibarıyla demokratik olmamasına rağmen, tamamen antidemokratik değildir, sonsözün halka (referandum yoluyla) aittir ve bu nedenle anayasa yargısı *demokrasiyle uyuşabilir bir kurum*’dur (Turhan, 2006: 63).

Anayasa yargısının demokrasiyle uyuşmadığına yönelik en büyük eleştiri, halkın iradesinin bir temsilcisi olan yasama organını denetlemesi açısından gelmektedir. Batı tarzı demokrasilerin en büyük özelliği halk egemenliğidir. Halk egemenliğinin üstünde hiçbir güç bulunmamaktadır. Seçilmişlerin, seçilmemiş yargıçlar tarafından denetlenmesi, egemene yönelik bir tehdit olarak algılanmakta ve demokrasinin ihlal edilmesi olarak nitelendirilmektedir.

1.2. ANAYASAL YARGININ SİYASALLAŞMASI KAVRAMI ve ANAYASA YARGISININ SİYASALLAŞMASINA DAİR TEORİLER

Anayasa yargısının, özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra dünyanın birçok ülkesinde, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla, yasama organının sınırlanması ve hukuk devletinin gerçekleştirilmesi gibi gerekçelerle oluşturulması, siyaset bilimi ve hukuk alanında birçok araştırmanın öznesi olmuş ve bu konuda farklı tezler ortaya atılmıştır. Ortaya atılan tezlerin büyük bölümü hukuk ve siyaset alanlarında etkili olan anayasa yargısının alanının dışına çıkması yönündedir. İzleyen açıklamalarda, öncelikle “yargının siyasallaşması” kavramı hakkında bilgi verilecek,

daha sonra Siyaset Bilimi ve Hukuk alanında konuya ilişkin ortaya atılmış 3 teze yer verilecektir. Dünya çapında, konuya ilişkin ortaya atılmış tezlerden, ilk olarak Ran Hirschl'ün, İsrail, Yeni Zelanda, Kanada ve Güney Afrika'ya yönelik analizleri sonucu ortaya attığı “Egemeni Koruma Tezi”nden bahsedilecek, ikinci olarak Alec Stone Sweet'in Avrupa'ya yönelik analizlerinden vardığı sonuçla ortaya attığı “Siyasetin Yargısallaşması” tezi ele alınacak ve son olarak, Tom Ginsburg'un Asya ülkeleri üzerinde yaptığı araştırmaların sonucunda ortaya koyduğu “Siyasal Sigorta Tezi”ne değinilecektir.

1.2.1. YARGIDA SİYASALLAŞMA KAVRAMI

Kavram olarak Anayasa yargısının siyasallaşması, Derdiman(2010)'a göre iki ayrı durumu ifade etmektedir. İlk olarak, Anayasa mahkemesi kararlarının, “hukuka uygunluk gözetilmeden verilmeleri ve dolayısıyla yargı merciinin de ‘politize olması’ anlamına gelmektedir. Anayasa yargısının bu şekilde siyasallaşmış olmasına, *meşru olmayan siyasallaşma* denilebilir”. İkinci durum ise, Anayasa mahkemesinin kaynağını oluşturan anayasanın, “devleti oluşturan siyasal bir belge” olması ve anayasa yargısının kaynağını teşkil eden “anayasayı korumasından dolayı siyasi nitelikte” olmasıdır. Bu duruma, “*meşru siyasallaşma*” denilmektedir (Derdiman, 2010: 86). Bu çalışmada birinci durumda belirtilen anayasa yargısında “*meşru olmayan siyasallaşma*” üzerinde durulacaktır

Anayasa yargısının siyasallaşmasına geçmeden önce, son zamanlarda akademik ve siyasi tartışmalarda öne çıkan birbiriyle karıştırılan iki kavrama değinmekte yarar vardır. Bunlar “Yargının Siyasallaşması” ve “Siyasetin Yargısallaşması” kavramlarıdır. Yargının Siyasallaşması, “yargıçların önlerine gelen olaylarda hukuk teknikleri ile değil siyasi gerekçelerle karar vermesini ifade eder.” Siyasetin Yargısallaşması ise, “klasik yargı işlevine siyasi karar alma mekanizmalarının sokularak, kararların hukuki araçlar yerine siyasi kanaatlerle verilmesi demektir”(Yararsoy, 2011).

Anayasa yargısını Avrupa'da oluşturan Kelsen'e göre Anayasa mahkemesi bir yargılama kurumudur. Ancak Kelsen'in savunusunun aksine Carl Schmitt, Anayasa mahkemelerinin siyasi konuları ele aldıkları gerekçesiyle siyasi

kurumlar olduğunu, siyasetin yargısallaşmasından ziyade siyasetin yargısallaştığını iddia etmektedir (Çağlar, 1985)

Yargının siyasallaşmasına sebep olarak farklı görüşler dile getirilmektedir. Horowitz'e göre, yetkileri kötü düzenlenmiş bir Anayasa Mahkemesi "siyasal tartışmaların objesi olabileceği gibi, demokrasiye engel ve hukuk sisteminin gelişmesine de negatif etkileri olacaktır" (Aktaran: Turan, 2007: 398). Özen'e göre ise, "toplumsal çelişki ve çatışmaların" siyasi ortamda çözülmemesi, siyasi alanın yetersiz kalmasına, sorunların yargıya taşınmasına ve mahkemenin siyasi kararlar vermesine yol açmaktadır (Özen, 2010: 1).

1.2.2. RAN HIRSCHL: EGEMENİ KORUMA TEZİ

Siyaset Bilimi ve Hukuk profesörü Ran Hirschl, son yıllardaki küresel çapta genişleyen "juristokrasi" ye dikkati çekerek, birçok ülkenin anayasal revizyonlar ile yargısal denetimin yaygınlaştırılması eğiliminde olduğunu iddia etmektedir (Hirschl, 2004: 1). Ran Hirschl, küresel düzeydeki eğilimlerden yola çıkarak "yeni anayasacılık", "juristokrasi" ve "Anayasa mahkemelerinin güçlendirilmesi" üzerine bir araştırma yapmıştır. Araştırmasını, dört ülkedeki anayasal değişimi ve yargıya yetki aktarımını üzerine temellendirmektedir. İsrail, Yeni Zelanda, Kanada ve Güney Afrika Cumhuriyeti ülkelerindeki anayasal değişimi ele alan Hirschl şu sorulara yanıt aramaktadır: "*Ülkeleri, demokratik olarak yaptıkları yasaları iptal ettirecek biçimde yargı sistemlerini güçlendirecek anayasal düzenlemeleri yapmaya iten –üstelik bu ülkelere diğer radikal değişimleri yapmamışken- ne gibi siyasal oluşumlar vardır?*" ve "*Anayasal denetimi uyarlama sonucu ne tür siyasal sonuçlar ortaya çıkmaktadır?*" (Türe, 2006: 56). Yapılan incelemeler sonucunda Hirschl, egemen elitlerin, kendi görüşlerini paylaşmayan dini, etnik veya kolektif gruplar karşısında, egemenliklerini korumak ve güçlü kılmak adına yargıyı güçlendirdiklerini iddia eden "Egemeni Koruma" tezini ortaya atmıştır.

Egemeni Koruma tezini ortaya koyarken, temel sorunlardan biri: çoğunlukçu politika alanlarından, yüksek mahkemelere gücün aktarımının nasıl açıklanabileceğidir. Yargısal güçlenme, anayasallaşma sürecinde, sosyal ve siyasal değişimlerin bir yansıması olarak görülmektedir. Anayasacılık ile yargısal

yetkilendirme ilk bakışta, yasama ve yürütme yetkilerini elinde bulunduranların çıkarlarına karşı çıkmak gibi görünür. Böylece, Siyasal karar vericilerin kurumsal esnekliğini sınırlandırma yetkisi mahkemelere verildi (Hirschl, 2004: 212). Oysaki siyasal alanda karar verme yetkisinin mahkemelere verilmesi, sorumluluğun devredilmesidir. Egemen elitler ve onların çıkarlarını temsil eden siyasal aktörler tarafından, siyasal alandan yargıya örtülü bir destek olmuştur. Anayasallaştırma sürecinde, yargının güçlendirilmesi, elitlere ve onların siyasal alandaki temsilcilerine karşı oluşabilecek riskleri azaltmak için etkili bir yoldur (Hirschl, 2004: 213).

Hirschl, anayasal dönüşümün siyasal kökenlerine ilişkin analizinde, yargısal güçlendirmenin hegemonik, stratejik üçlü (siyasi elitler, ekonomik elitler ve yargı elitleri arasındaki) bir antlaşmadan çok anayasallaştırma sürecinin bir sonucu olarak görmektedir. Ekonomik elitler, kendi ekonomik çıkarları gereği, yargısal elitler ise kurumsal konumlarını güçlendirmek adına bu süreci desteklemektedirler. Siyasal gücü elinde bulunduranların ise anayasacılığa desteği etkili bir şekilde çıkar temelli hegemonik koruma yaklaşımı çerçevesinde incelenebilir demektir. Yönetici elitlerin, hukukun üstünlüğü politikaları, aslında onların hegemonyasını güçlendirmek amaçlıdır (Hirschl, 2004: 214).

Analizine Merkez - Çevre ilişkisi açısından da bakan Hirschl, çevre gruplarının politika alanlarında artarak güçlenmesi, elitleri kendi konumlarını koruma amacına itmektedir (Hirschl, 2004: 214). Mahkemeler, halk nezdinde genel bir itibara sahip ise ve mahkeme egemen elitlerin çıkarları doğrultusunda kararlar veriyorsa, merkezdeki egemen elitlere karşı çevreden yükselecek muhalefet olgusuna ilişkin bir önleme mekanizması olarak yargı organına bir güç aktarımı gerçekleştirilir (Ergül, 2007: 122). Siyasal ve ekonomik alanda giderek güçlenen çevre grupları, merkezdeki elitlerin siyasi konumları açısından risk unsuru oluşturmaktadırlar. Bu nedenle merkez elitleri, siyasal alandaki konumlarını, çevreden gelen riske karşı güçlendirebilmek ve korumak adına, siyasi alandaki önemli problemlerin çözümünü kendi çıkarlarını yargıya bırakmaktadırlar.

Hirschl, anayasa yargısının güçlendirilmesinde en önemli etkenlerden biri olarak “yeni anayasacılık”ı görmektedir. Dünyada hızla yükselen anayasallaşma olgusu, hakların anayasal güvence altına alınması ve yeni anayasaların yapılması

“yeni anayasacılık” olgusu doğrultusunda açıklanmaktadır. Tüm bunların koruyucusu olarak anayasa mahkemelerinin oluşturulması, güçlendirilmesi üzerine odaklanılmıştır. Bunun sonucu olarak ülkelerin “juristokrasi”ye doğru bir geçiş eğiliminde olduğundan bahsetmektedir.

“Hirschl’e göre insan haklarına anayasalarda yer verilmesinin temel nedeni toplum içindeki konumlarını tehlikede gören egemen siyasal seçkinlerin anayasal güvencelerle kendilerini güvenceye alma istekleridir. Seçimlerde seçmenlerin desteklerini yitiren siyasal seçkinler menfaatlerinin korunmasını daha kolay gerçekleştirebileceklerine inandıkları anayasa mahkemelerine bırakmayı yeğlemektedirler... Türkiye’de siyasette temel bölünme çizgisi merkezdeki asker ve sivil bürokrat seçkinlerle çevrede yer alan gelenekçi-İslamcı çevre arasındadır. Bu çatışma yani merkez-çevre çatışması Türkiye’nin siyasetinde belirleyici bir rol oynamıştır” (Turhan, 2006: 44).

Hirschl’ün araştırmasının bizi daha çok ilgilendiren Türkiye sonucuna ilişkin başka bir değerlendirme: “Anayasa Mahkemesi’nin egemen ideolojiye hizmet etmek için oluşturulduğu” ve “çoğunluğun iradesi olan parlamento kararlarının uygulamaya geçilmesini önlemek için çok önemli bir araç durumunda” olduğu ortaya çıkmaktadır. Türkiye, birçok İslam ülkesine nazaran daha seküler bir ülke olmasına rağmen, İslami partilerin yükselişe geçtiği tespitinde bulunmuştur. Bu tespitinin devamında teziyle doğru orantılı olarak, egemen seküler kesim ile çevreden yükselen anti-seküler grupların siyasi problemleri yargıya intikal ettirilmiştir (Türe, 2006: 59).

Hirschl, siyasal alandaki problemlerin tamamen yargıçlara ve mahkemelere devredilmesini yanlış bulmakta ve şöyle devam etmektedir:

“Yargısal faaliyetlerin eleştirilerinin çoğu mahkemeleri ve yargıçları hiperaktif olmakla, moral ve siyasal karar mekanizmasını çok fazla karmaşık hale getirmekle ve radikal kuvvetler ayrılığı ile demokratik yönetim ilkelerine uymamakla suçlanmaktadır. Oysa mahkemeler siyasal, kurumsal ya da ideolojik bir boşluk içinde işlevde bulunmamaktadırlar; yani hiçbir etkinin bulunmadığı bir alanda tek başlarına hareket etmemektedirler. Yargı gücü siyasal olarak oluşturulmuştur. Yargıya ve anayasallaşmaya siyasal kararların devredilmesi ve anayasal denetimin oluşturulması süreci, mevcut bir

siyasal sistemi biçimlendiren somut toplumsal, kültürel, siyasal ve ekonomik mücadelelerden ayrı gelişmemektedir. Gerçekte yargı gücünün genişlemesi bu mücadelelerin hem bir parçası hem de önemli bir manifestosudur; öyle ki bu mücadelelerden ayrı tutulduğunda anlaşılmayacaktır. Bundan başka, güçlü Anayasa Mahkemeleri kendi bütçelerine ve bağımsız bir yaptırım gücüne sahip bulunmadıkları, ancak bununla birlikte, siyasal gücü elinde bulunduranların kurumsal esnekliklerini sınırladıkları için, yasama ve yürütmeden yargıya gönüllü intikali, dıştan bakıldığında Mahkemelerin, yasama ve yürütmeye karşı bir güç gibi çalıştığı izlenimi doğurmaktadır. Halbuki siyasetçilerin bakış açısından siyasal karar verme otoritesini mahkemelere devretme, sorumluluğu değiştirmenin etkili bir aracıdır; böylece kendileri ve temsil ettikleri kurum için risk azalacaktır ” (Aktaran: Türe, 2007 : 30, vurgu aktarıldığı gibidir).

1.2.3. ALEC STONE SWEET: SİYASETİN YARGISALLAŞMASI

Avrupa’daki, anayasal dönüşümü ve anayasa mahkemelerine yetki aktarımını inceleyen Alec Stone Sweet, anayasal yargının parlamenter yönetimlerin doğasını değiştirdiğini iddia ederek “Siyasetin Yargısallaşması” tezini ortaya koymaktadır. Savını, siyasal alandan yargısal alana yetki aktarımı olduğunu iddia ederek bunu “Yetki Devri Teorisi (Delegation Theory)” olarak adlandırmaktadır (Stone Sweet, 2002: 92).

Geçmiş 2 YY. boyunca, yargıçlara karşı derin siyasi bir düşmanlığın hüküm sürdüğü Avrupa’da, yargıya yetki delegasyonun bir kötülük olarak görülmekte iken, daha sonra yargısal otorite kuvvetler ayrılığı doktrini ile daha kabul edilebilir bir hal aldığını belirtmektedir (Stone Sweet, 2002: 78). Önceki dönemlerde, Avrupa’da seçimle gelmiş egemeni denetlemek demokrasiye ters mantık dışı kabul edilmekteydi. Fransız halk egemenliği düşüncesinin, halk iradesinin üstünde hiçbir şey olamayacağı ve bunu temsilcisi olan parlamentonun egemen olduğu anlayışı etkindi. Bu durum Kıta Avrupa’sında siyasal bir kurumu denetleyen anayasa yargısının oluşmasını geciktirmiştir (Türe, 2006a: 92). Ancak daha sonra anayasacılıkla başlayıp ve yeni anayasacılıkla daha etkin bir hal alarak, anayasa yargısı yasama ile birlikte siyaset içerisinde aktif bir konuma getirilmiştir. Stone Sweet, yargının siyasal alanda yetkilerinin artırılmasıyla birlikte “siyasetin

yargısallaştırıldığını” iddia etmektedir. Stone Sweet’in yargının siyasal alanda etkin bir hale getirilişinde üç aktörden bahsetmektedir: 1- Anayasaya uygunluk denetimini harekete geçiren, anayasaya aykırılık iddiasında bulunan davacılar, 2- Anayasal uyuşmazlıkları çözen yargıçlar, 3- Kendi akademik faaliyetleri yoluyla anayasa hukukunu yeniden yaratamaya çalışan hukukçu akademisyenler (Aktaran: Ergül, 2007: 130) Sweet’e göre bu aktörler siyasal problemleri yargıya taşıyarak, siyasi açmazlara yönelik yargısal bir çözüm arayışına gitmişlerdir. Siyasal alanda politika oluşturma süreçlerinde, davacı konumundaki siyasetçiler, konuyu anayasa yargısına taşıyarak yargıçları siyasal alanda aktif bir konuma getirmektedirler. Bu durum birçok hukukçu akademisyen tarafından desteklenerek meşrulaştırılmaktadır.

Alec Stone Sweet, *Governing With Judges* adlı eserinde, Avrupa’da yaptığı, anayasa yargısının yasama etkisine yönelik daha açıklayıcı olan analizinde, şu üç değişken üzerine odaklanmaktadır: 1- Yargı mercii, yani anayasal denetim modeli, 2- Yasama süreci üzerinde merkezi kontrol, 3- Herhangi bir siyasal alanda anayasal kuralların etkisinin göreceli durumu. Alec Stone Sweet, anayasa mahkemesinin sadece yasamayla olan ilişkisine değil, aynı zamanda diğer mahkemelerle olan ilişkisini de analiz etmektedir. Anayasa mahkemesi her ne kadar diğer mahkemelerle etkileşim içinde olsa da, aralarında bir çatışma mevcuttur. Anayasa mahkemesi diğer yargı organları üzerindeki otoritesini yavaş yavaş sağlamlaştırmaktadır. Böylece, yasamayı etkileme ve siyasal sonuçları diğer yollarla kontrol etme kapasitesini de artırmaktadır (Shapiro and Stone Sweet, 2002: 146-147).

Kelsen, Avrupa’da, kanunların anayasal denetimini genel mahkemelere vermek yerine, özel merkezi bir mahkeme olan anayasa yargısını oluşturmayı uygun görmüştür. Parlamentoyu *pozitif kanun koyucu* olarak değerlendiren Kelsen, anayasa yargısının kanunları iptal etme yetkisini de bir kanun yapma şekli olarak değerlendirmiş ve anayasa yargısını *negatif kanun koyucu* olarak nitelendirmiştir (Shapiro and Stone Sweet, 2002: 147). Buradan çıkacak sonuçla, anayasa yargısı bir nevi yasama organı işlevi görmektedir.

Özellikle Fransız Anayasa Konseyi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi üzerine yaptığı karşılaştırmada, her iki mahkemeyi de yüksek oranda

tarafli olduklari sonucuna varmaktadır. Yargicilar, politika olusturma sureclerinde etkin ve gerekli gorulmektedirler. Parlamento tarafından hizlica kabul edilen bir kanun, siyasetciler tarafinda anasalliginin denetlenmesi amaciyla Anayasa mahkemesine sevk edilmektedir (Shapiro and Stone Sweet, 2002: 185).

Bu iddia, anayasal siyaset tarafından uretilen onemli sonuclari aciklayabilir. Yargicilar tarafından surekli yapilan yargisal yorum denemeleri, anayasa hukukunun yeniden olusturulmasina hizmet etmektedir. Siyasal denetimden yalutilmis, yargisal haklari anayasal bir kuruma devri, gucler ayriligi doktrini yavas yavas kacinilmaz bir cokuse yol acmistir. Bugun anayasa yargicilari, bakanlar ve milletvekilleri ile birlikte ulkeyi yonetenler konumundadir. Yargi siyasal ciktilari denetleme alanini radikal bir sekilde genislettiği sonucuna variyor (Stone Sweet, 2001: 98). Bu teoriye gore anayasa mahkemeleri araci kurum konumundadir. Antlasma ve mutabakat cikmazlariyi cozumleyecek bir kurumsal isleve sahip olarak kabul edildiler (Stone Sweet, 2002: 77). Bugun, anayasal demokrasinin bir gereği olarak haklari korunmasi ve yargisal denetim bir esas, hatta zorunluluktur (Shapiro and Stone Sweet, 2002: 136).

1.2.4. TOM GINSBURG: SIYASAL SIGORTA

Calismanin konusu kapsamindaki bir diger iddia sahibi, Tom Ginsburg, yeni demokrasilerdeki anayasal denetim uzerine yaptigi calismada Asya ulkelerini analiz ederek bir tez ortaya atmaktadır. Tom Ginsburg'un " Siyasal Sigorta " tezine gore, "*Anayasa yargisi anayasa tasarımcılarının bir tür siyasal sigorta biçimi benimseme konusundaki istemlerini yansıtmaktadır*" (Turhan, 2007: 384). Yani yasama organında olup seçimleri kaybeden kesimin, Anayasa mahkemesi yoluyla yasa yapımına ortak olmaları ve siyasal olarak kendilerini sigorta altına aldıklarını iddia etmektedir.

Anayasal denetim, üç dalga olarak dünyaya yayıldı. İlk olarak Amerika birleşik devletlerinde ortaya çıktı, 20.yy başlarında Kelsen'in Avrupa'ya uyarlaması ile yaygınlaşmaya başladı. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise ikinci dalga gerçekleşti ve anayasal yargı yaygınlaştı. Son olarak üçüncü dalga, komünizm sonrası ve yeni demokrasilerde anayasa yargısı kuruldu (Ginsburg, 2003: 90).

Yeni demokrasilerde, yargısal denetim, otoriter geçmişten farklı olarak, demokrasi için temel değerleri tanımlayabilir. Yeni liderler, eski liderlerin bağlı olmadığı yollara başvurdu ve yargısal denetim, hukuk ve adaletle ilgili yeni fikirler geliştirdiler (Ginsburg, 2003: 262). Modern demokrasinin inşasında, yargısal denetimin konumu sağlamlaştırılmıştır (Ginsburg, 2001: 3).

Ginsburg, mahkemenin ve siyasilerin tutumlarını siyasal sigorta teorisi ve yargısal denetimin yayılımı teziyle açıklamaktadır (Ginsburg, 2003: 90).

Ginsburg, mahkemenin otoriteyi ve devleti sınırlayabilmesinin altında yatan siyasi koşulların neler olduğunu sorusuna cevap aramaktadır (Roesler, 2007: 546). Yargısal denetimin nereden geldiği, liberalleşmenin önemli ilk evrelerinde nasıl geliştiği ve yargısal gücün gelişmesi ve genişlemesine destek olan siyasi koşulların ne olduğu soruları üzerine yoğunlaşmıştır. Tayvan, Kore ve Moğolistan üzerinde yaptığı analize göre bu soruların cevabı olarak yargısal denetimin, anayasa mahkemesi ile diğer siyasi aktörlerin iletişime geçmesi sonucu ile açıklanabileceğidir (Roesler, 2007: 554). Konfüçyüs hukuk geleneği bulunan ülkelerde, yargısal denetimin kurulması zor görünmektedir, buna rağmen oradaki anayasal yargının oluşumu Ginsburg'un ilgisini çekmektedir.

Yeni demokrasilerde, siyasal aktörlerin niçin anayasa mahkemesini kurdukları sorusuna, potansiyel oyları kaybedenlerin, bir anayasal anlaşma yoluyla onlara karşı bir muhalefet olmayı sağlayacaktır. Siyasi gücün ayrıldığı veya siyasi partiler arasında bölüşüldüğü bir ortamda, seçimleri kaybedenler çoğunluğun politikalarına karşı anayasal denetim yolunu tercih etmektedirler. Ginsburg, bu durumu “Yargısal Sigorta” modeli olarak açıklamaktadır. Buradaki kilit faktör, anayasa tasarımı zamanında, siyasal gücün kurulumu ve parti sisteminin yapısı anayasal olarak düzenlenmesi ve yargısal denetimin kapsamında değişiklik ile açıklanmasıdır (Roesler, 2001: 555).

Anayasa tasarımcıları, yeni güçlenmiş siyasal muhalifleri kendilerine meydan okuduğu bir durumda yeniden seçilmeyi garanti edemedikleri zaman, anayasa mahkemeleri ile yargısal gücü genişlettiler. Yargıçlar, seçilmiş yetkililerin istek ve çıkarlarının sağlanmasından çok onların siyasi güçlerinin korunmasını

isteyen stratejik aktörlerdir. Yargısal gücün zaman içindeki yayılmasını, ekonomik rasyonel tercih teorisi ile açıklayan Ginsburg' a göre, bireylerin kendi fayda ve çıkarlarını maksimize etmek için rasyonel davrandığını iddia etmektedir. Yargıçlar ve bu yüzden mahkemeler, rasyonel veya stratejik hareket etmektedir (Roesler, 2007: 557).

Ginsburg'un geleceğe yönelik öngörüsü, yargıçların ve bu nedenle mahkemelerin stratejik ve rasyonel hareketle, yüksek bir denge sağlamaya çalışacakları yönündedir. Bu demek oluyor ki: yargı politika alanında daha aktif bir rol oynayacaktır. Mahkemeler, belirli politik koşullar altında: Siyasi güç parçalanmış ve dağınık olduğunda, dengeyi sağlamak için daha geniş bir siyasi alan sahiptir. Eğer mahkemelerden çıkarlarını onurlandırmasını beklemiyorlarsa, niçin anayasa taslağı hazırlayanlar tarafından anayasal yargı kurumsallaştırıldı? Ginsburg, mahkemenin diğer siyasi aktörleri sınırlayabilmesinin altında yatan koşullarla ilgilendi (Roesler, 2007: 558).

Ginsburg'un Kore ve Tayvan üzerinde yaptığı yargısal denetim analizinde, her iki ülkede de yasal gelenek, yüksek devlet odaklıydı, otoriter yönetim zamanında yargısal denetime yönelik ilk adımlar, devlet gücünün kısıtlanmasında yetersizdi. Ancak yeni demokrasiler ve yeni dönemde, her iki ülkede de, yargısal denetim devletin kısıtlanmasında başarılı ve aktif rol oynamaktadır. Bu bağlamda bu iki ülkenin mahkeme kararları evrensel eğilime yaklaşmıştır (Ginsburg, 2001: 38).

Yargısal denetim, siyasi alanda kaybedenleri, yasama sürecindeki anlaşmazlıkları mahkemeye götürme konusunda cesaretlendirmektedir, çünkü mahkeme anayasal düzeni koruma konusunda sadık kalacaktır. Bu durum iktidarın dışında kalanlar için alternatif bir kanal oluşturmaktadır (Ginsburg, 2003: 262).

1.3. YENİ ANAYASACILIK VE ANAYASA YARGISI

Yeni anayasacılık, yeni anayasa yapım yoluyla devlet kurumlarının ve sistemlerinin yeni baştan düzenlendiği, görev ve yetkilerini yeniden sınırlandırıldığı bir eğilime tekabül etmektedir. Yeni anayasacılığın birçok alanda farklı boyutlarda

etkileri vardır. Ancak konunun sınırlılığı itibariyle burada, sadece anayasa yargısı ve yeni anayasacılık konusuna değinilecektir.

Anayasa yargısı, “anayasacılık” ve “anayasal demokrasinin” öne çıkardığı kurumlardan biridir. Yeni anayasacılık (new constitutionalism) ise, anayasaların dönüştürülerek, yeni anayasaların oluşturulmasıyla birlikte anayasal yargının yayılmasını ve güçlenmesini sağlayan bir akım olarak değerlendirilebilir. Yeni anayasacılık, anayasanın üstünlüğünün, siyasi olarak değil de, hukuki anlamda revize edilerek güçlendirilmesidir ve bunun en önemli göstergelerinden birisi de Anayasa mahkemeleridir. Çağlar’ın deyimiyle 20.YY. Anayasa Mahkemesi yüzyılı olmuştur (Çağlar, 1985).

Yeni anayasacılık konusundan bahsetmeden önce öncelikle, yeni anayasacılığın temeline bakarsak, “anayasacılık” kavramı hakkında bilgi vermek faydalı olacaktır. Daha sonra “yeni anayasacılık” (new constitutionalism) ve anayasa yargısı konusu ele alınacaktır.

Anayasacılık, kuvvetler ayrılığı sistemi ile iktidarı bölerek, yöneticilerin gücünü sınırlayıcı bir sistem oluşturma yoluna gitmektir. “İktidara güvenememe” ve “insan haklarının korunması” anayasacılık düşüncesinin dayandığı iki önemli temeldir (Turhan: 2003, 93). Anayasacılık düşüncesinin amacı devleti hukuk ve yazılı anayasa yoluyla sınırlandırmak ve birey özgürlüklerini koruma altına almaktır. Diğer bir ifadeyle, Anayasacılık, devletin temel fonksiyonlarının yazılı hukuki kurallar çerçevesinde farklı organlarca paylaşılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve tüm bunların mahkeme yoluyla kontrol altına alınmasıdır (Erdoğan, 2004: 33). Günümüz anayasacılık hareketleri, anayasa yargısını benimseyerek, yaygınlaşmasını sağlamıştır (Teziç, 1991: 176).

Anayasacılık konusunda kavramsal olarak bilgi verdikten sonra, “yeni anayasacılık” kavramının tarihsel geri planına, ortaya çıkışına ve anayasayla olan ilişkisine bakmak gerekmektedir. 18.YY. son dönemlerinden 1950’lere kadar olan döneme anayasa hukukunun klasik teorisi denilmektedir. Bu dönemde “yönetenler”, yani devletin yüksek organlarının kuruluşları, işleyişleri ve birbirleriyle olan ilişkileri inceleniyordu. Yöneticilerin iktidara geliş biçimleri ve “yönetilenler” klasik teorinin

kapsamı dışında kalıyordu (Gözler, 1999: 179–180). 1950’lerden sonra siyaset bilimin yükselişiyle birlikte, başta Duverger olmak üzere klasik teoriye yöneltilen eleştiriler sonucu “yönetilenler”, siyasi partiler, baskı grupları, siyasal iktidar gibi konular anayasa hukukunun kapsamı içerisine girmiştir. Duverger’e göre, “siyasal hayat, siyasal ve anayasal kurumlar arasında sürekli bir kavganın konusudur” (Gözler, 1999: 188–189). 1980’lerin sonlarına doğru siyasal biliminin hızlı yükselişinin durmasıyla birlikte, öncülüğünü Louis Favoreu’nun yaptığı “yeni anayasacılık” fikri yaygınlaşmış ve anayasa bir norm haline gelmiştir. Favoreu’ya göre, bu durumun ana sebebi anayasa yargısının yaygınlaşması, yani “anayasa hukukunun yargısallaşması”dır (Aktaran: Gözler, 1999: 191–192). Yeni anayasacılık ile klasik dönem arasında anayasa metnine atfedilen önem açısından benzerlik olsa da, anayasanın yorumlanması konusunda farklılık vardır. Klasik dönemde anayasanın yorumlanması anayasacılar tarafından yapılmaktayken, “yeni anayasacılık” ile beraber anayasa metninin yorumlanması anayasa mahkemeleri tarafından yapılmaktadır. Yani doktrinal yorum yerine yargısal yorum uygulanmaktadır. Bu durum uygulamada yargıçların yeni anayasa normları oluşturmasına, “jüriprudansiyel (*jurisprudential*, içtihadi) anayasa hukuku” na yol açmaktadır (Gözler, 1999: 192–193).

Yeni Anayasacılık kavramına baktığımızda, 20.YY. özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra, Avrupa devletleri hukuki temelli bir değişim geçirdi. Yeni anayasalar yapıldı ve bu anayasalarda insan hakları ön plana çıkartılırken, insan hakları ve anayasanın normatif üstünlüğünü savunan bir mekanizma kuruldu. Avrupa’da yeni anayasayı hazırlayanlar, her partinin liderinin bulunduğu bir kurucu meclis, Amerikan tarzı yargısal denetimi reddetti ve Kelsen modeli bir yargı sistemi kuruldu. Anayasa yapan bu meclis, kuvvetler ayrılığı ilkesini korumaya özen göstermekle birlikte, anayasa mahkemesine otoriteyi denetleme yetkisi vermiştir (Stone Sweet, 2002: 79).

Alec Stone Sweet’e göre “yeni anayasacılık” anlayışı doğrultusunda, anayasa da belirtilen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla bir yargı sisteminin gerekliliği öngörülmektedir (Onar, 2011). Stone Sweet, “*yeni anayasacılık*” konusunda 4 ilkedden bahsediyor: 1) Yetkilerini yazılı bir anayasadan

alan devlet kurumları inşa edilir, 2) Bu anayasa, gücünü seçim yoluyla halktan alır, 3) Yasama otoritesi dahil olmak üzere kamu otoritesinin kullanımını sadece anayasa hukukuna uygun olarak yapar, 4) bu anayasa temel hak ve özgürlükleri ve bu haklara bağlı bir yargı sistemini içerecektir (Stone Sweet, 2000: 37). Yeni anayasacılık, birçok ülkede, devlet kurumlarını yeniden düzenleyen hukukiliği artırılmış yeni bir anayasanın oluşturulması eğilimine karşılık gelmektedir. Yeni oluşturulan bu anayasaların en büyük teminatı anayasa yargısıdır. Yeni anayasacılığın yaygınlaştığı bir ortamda, anayasa yargısı da güçlendirilmektedir. Anayasaların ve anayasa yargısının ön plana çıkarılarak, üstün bir konuma yerleştirilmesi, Anayasa hukukunun öneminin artması anlamına da gelmektedir.

1.4. PARLAMENTO ÜSTÜNLÜĞÜNDE ANAYASAL YARGININ ÜSTÜNLÜĞÜNE DOĞRU

Parlamente sistemler, özü itibariyle “Parlamente’nin üstünlüğü” ilkesinin geçerli olduğu, yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olduğu sistemlerdir. Parlamente sistemlerde, klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine göre bir ayırım olsa dahi yasamanın egemenliği esastır. Halk iradesiyle seçilen bir kurum olması nedeniyle egemenliği elinde bulunduran konumundadır. Dünyada en çok uyarlanan hükümet sistemlerinin başında gelmektedir. Uygulamada her ülkenin kendine has özellikleri olsa da, genel itibariyle kuvvetler ayrılığı sisteminin bir getirisi olarak, yasama, yürütme ve yargının birbirlerine karşı sorumlulukları vardır. Meclis hükümeti düşürebiliyorken, hükümet de meclisi feshedebilmektedir (Türe, 2006a: 87-88). Yargı ise yasamanın ve yürütmenin eylemlerinin anayasallığını denetleyerek iptal etme yetkisine sahiptir. Anayasa yargısının, yasama organına en büyük etkisi, kanun yapma sürecinde olmaktadır. Kelsen’in deyimiyle, kanunları veto edebilme yetkisiyle negatif yasa yapıcı konumundadır ve yasama organının faaliyetlerini denetlemektedir.

“XIX. Yüzyıl Parlamente’ler yüzyılı olmuşsa, XX. Yüzyıl da Anayasa Mahkemeleri yüzyılıdır” (Çağlar, 1985). “Çağımızda anayasa koyucuları anayasayı korumakla görevli tarafsız bir güce gereksinim duymuşlar ve bunu yaratmaya çalışmışlardır. Bu güç yetkileri azaltılmış devlet başkanı veya anayasa mahkemesi olmaktadır” (Turhan, 2003: 96). Devlet başkanının yetkilerini sınırlayan ve anayasal denetimi gerekli kılan yeni anayasaların yapımı, yeni anayasacılık ve anayasal

demokrasinin yükselişiyile birlikte, parlamento üstünlüğü döneminden Anayasa yargısının üstünlüğü dönemine geçiş başlamıştır. Anayasacılığın ve yeni anayasacılığın, hükümet sisteminde yaptığı bu değişimi anlamak ve anayasa yargısının yükselişini anlamak için, dönemsel olarak gelişimini görmek gerekmektedir. Bu durum hukuk ve siyaset arasındaki üçüncü bir dönem olarak adlandırılmaktadır. Çalışmanın bu kısmında öncelikle hukuk ve siyaset arasındaki ilişkilere tarihsel yönüyle bakılıp, birinci ve ikinci dönemlere değindikten sonra içinde bulunduğumuz üçüncü bölüm hakkında bilgiler verilecektir.

Anayasa hukukunun ilk dönemi 19.YY. devlet kurumlarını şeklen düzenlediği bir dönemdir. Bu döneme klasik dönem olarak adlandırılmaktadır. Hukuk kurallarının siyaseti sınırladığı bir dönem olarak belirtilmektedir (Kaboğlu, 1994: 162). İkinci dönem ise, İkinci Dünya Savaşından sonra, metafizik dönemden pozitif döneme geçişle başlamıştır. Özellikle siyaset bilimi alanında “iktidar” çalışmaları Anayasa hukuku üzerinde etkili olmuş ve hukuk üzerinde siyaset bilimi incelemeleri artırarak geniş bir yelpaze oluşturmuştur (Kaboğlu, 1994: 162). Üçüncü dönem ise, Anayasa yargısının ön plana çıkıp, adeta simgesi haline geldiği bir dönemdir. Özellikle “anayasal yayılma”, “anayasal jürisprüdansın” genişlemesi, siyasetin anayasallaşması gibi eğilimler gerçekleşmektedir. Siyasi sorunların ve siyasi kurumların anayasa yargısına taşınması, yargıçların denetimine tabi tutulması ve hukuklaştırma söz konusu olmaktadır (Kaboğlu, 1994: 164-165). Bu dönemde, Anayasa yargısı demokrasinin koruyucusu konumuna gelmekte, kuvvetler ayrılığının getirisi olan erklerin, çoğunluklar tarafından kötü kullanılması sebebiyle artık, “Temsili demokrasiye inancın çöküşü, anayasa yargıcı figürünü yükseltmektedir” (Kaboğlu, 1994: 166). Siyaset bilimciler, Bidegaray ve Emeri’ye göre: “siyaset hukuk kıskacına alınmıştır... fakat Anayasa hukuku politik hukuk karakterini sürdürmektedir” (Kaboğlu, 1994: 165).

Yeni anayasacılık öncesi parlamenter sistemde kuvvetler ayrılığı ve yasamanın üstünlüğü hakimken, yeni anayasacılıkla beraber, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra düzenlenen anayasalarda temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik önlemler alınarak, devlet organları da tekrar düzenlenerek, yasamanın üstünlüğü azaltılarak, yargı organlarının etkisi artırılarak yaygınlaşmıştır. Anayasalar

artık devlet organlarının tüm yetki ve sınırlılıklarını açık bir şekilde düzenlemektedirler. Yasama organının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayabileceği ve ihlal edebileceği endişesi ile, yasama organını denetleyici kurum olan anayasa mahkemeleri önemli bir etken haline getirilmiştir (Türe, 2006a: 89). Bu durum parlamenter sistemlerin, doğası gereği “parlamentonun üstünlüğü” anlayışının değişmesine yol açarak, parlamenter sistemler üzerinde bir dönüşüm gerçekleştirmiş ve parlamentonun üstünlüğünü ortadan kaldırmaktadır.

Parlamenter sistemlerin dönüşümü sadece anayasal yargıya güç aktarımıyla da değişmemiştir. Parlamenter sistemlerde, yürütmenin güçlendirilme eğilimleri de mevcuttur. Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduranların, yürütme organını oluşturması ve devletin işlemlerinin daha etkin ve hızlı bir şekilde gerçekleşebilmesi gerekçesiyle yürütmeyi daha aktif konuma getirmişlerdir. Yürütmenin ön plana çıkarılması ve yargının etkin bir hal almasıyla da, eski dönemlerdeki yasamanın üstünlüğü niteliği geri planda kalmıştır (Türe, 2006: 92).

İKİNCİ BÖLÜM

DÜNYA'DA ANAYASAL YARGI VE SİYASALLAŞMA TARTIŞMALARI

Çalışmanın bu bölümünde, Dünya’da anayasa yargısının ortaya çıkışı ve siyasallaşma tartışmalarına konu olan davalara yer verilecektir. Anayasa yargısı ilk olarak Amerika’da ortaya çıkmış ve Hans Kelsen tarafından Avrupa’ya uyarlanmıştır. Başta Amerika olmak üzere, anayasa yargısının siyasal alandaki etkisine ilişkin, yedi ülkeye yer verilecektir. Ardından ilk çıkış noktası olan Amerika’daki tartışmalı üç davadan bahsedilecektir.

Anayasa yargısının oluşumu ve anayasal yargının oluşmasına giden sürece bakıldığında siyasal niteliği ön plana çıkmaktadır. Anayasa yargısının ortaya çıkışı genel olarak çoğu bilim insanlarınca, Marbury Madison davasına dayandırılmaktadır. Ancak Marbury Madison kararının, arka planında bu kararın zeminini hazırladığını söyleyebileceğimiz başka bir olayın varlığı da söz konusudur. Tarihte, Coke Doktrini olarak bilinen, 1612 yılında yargıç Edward Coke tarafından, “Common Law”un parlamenterlerin uyması gereken bir üstün hukuk olarak belirttiği dava Anayasa yargısına gidilen süreçte önemli bir kaynak oluşturmaktadır (Çağlar, 1985).

“XVII. yüzyıl içinde, sıradan bir kuralın üstün kurala uygun olması gerektiğine ilişkin ilginç bir uygulama da, o dönemin İngiltere'sinde karşımıza çıkmaktadır. Yargıç Edward COKE, 1612 tarihli Dr. Bonham's Case kararında, Parlamento ve Kral tarafından yapılan kanunların, mahkemelerce yıllar boyunca verilegelen kararlardan oluşan ortak (yaygın) hukuka (common law) aykırı olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Yargıç COKE, anılan kararında, "Parlamentonun yapmış olduğu bir kanun, ortak hukuktan kaynaklanan haklara ve ilkelere aykırı ise veya hoş karşılanmayan bir düzenlemeyse, ya da uygulanması imkansızsa, ortak hukuk tarafından denetlenir ve bu gibi kanunların geçersizliğine hükmolunur" demektedir . Yargıç COKE, bu kararı ile, çoğu düşünürün vurguladığı gibi, sonraki yıllarda karşımıza çıkacak olan ve günümüzde çok yaygın bir şekilde kullanılan "kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi" kurumunun tohumlarını atmaktaydı.” (Onar, Erişim Tarihi: 12.12.2011).

Eski rejimlere baktığımızda, “Antik Yunan'da insanlara, bugün anladığımız anlamda kuralların üstün bir kurala uygunluğunun denetimi yoluyla özgürlük güvencesinin sağlandığını kuşku yok ki söyleyemeyiz.” Ve ya “1780'de Germen Krallıklarında ve 1791 Anayasası ile Fransa'da, yargı organlarının kanunlar üzerinde bu tür girişimlerde bulunmaları tümüyle yasaklanmıştı ve ceza kanunlarında bu yasağa karşı kanunları uygulamaktan kaçınan yargıçlara ceza yaptırımını öngörülmüş bulunuyordu.” (Onar, Erişim Tarihi: 12.12.2011)

2.1. ANAYASA YARGISININ DÜNYA ÇAPINDA YAYILMASI

Anayasa yargısı, evrensel düzeyde, Amerika'dan dünyaya yayılan bir anayasallaşma sürecinin ürünüdür. Bu bölümde, kısaca anayasallaşmadan bahsedilip, anayasallaşma sürecinin bir getirisi olan anayasa yargısının dünyada ilk ortaya çıkışı ve diğer ülkelerdeki örneklerine yer verilecektir.

2.1.1. BAŞLANGIÇ NOKTASI: AMERİKA

Anayasallaşma sürecinin başlangıç noktasına baktığımızda, karşımıza ilk Amerika çıkmaktadır. Blaustein'in deyiimiyle “ABD ANAYASASI, Amerika'nın en önemli ihracatıdır”. Amerikan anayasallaşması, dünyadaki birçok ülkede anayasallaşmanın gerçekleşmesine yol açmıştır. Amerika'nın kurucu atalarının hazırladığı anayasa, (1776 tarihli Virginia Anayasa'sı “anayasa” kelimesinin kullanıldığı ilk anayasadır. Ancak, burada kastedilen anayasa 17 Eylül 1787 tarihli Philadelphia Anayasasıdır.) ilk zamanlarından bu yana, Amerika'nın sınırlarını aşan bir olgu halini almıştır. Amerikan başkanları ve politikacıları, anayasanın diğer ülkeler için bir örnek olacağına farkındaydılar. Amerikan'ın dünya siyasetine en büyük katkılarından biri olan Anayasa, tüm uluslarca, devlet olmanın bir gereği olarak algılanmaktadır. (Blaustein, 2004: 8-9).

Amerikan anayasallaşmasının etkisi, anayasanın oluşturulduğu yüzyıldan bu yana dünyadaki birçok siyasal değişimde görülmektedir. Amerikan anayasasını hazırlayanların, dönemdeki esas öğrencileri Fransızlardır. 1789 tarihli Fransız İnsan Hakları Bildirgesi'ni hazırlayanlar, Amerikan Başkanı Jefferson'dan etkilendikleri bilinmektedir. Yine, anayasallaşmanın önemli yapı taşlarından olan Amerikan Philadelphia Anayasası, birçok devletin örnek aldığı bir anayasadır. 1790 Belçika, 1812 İspanya, 1822 Portekiz, 1949 Hindistan anayasa taslaklarının

hazırlanma aşamasında Philadelphia Anayasasının etkileri görülmektedir (Blaustein, 2004: 8-11).

Amerikan anayasallaşmasının etkilerini taşıyan, yeni oluşturulan anayasaların en büyük ortak özelliklerinden biri –bu çalışmanın da inceleme konusu- Anayasa Yargısı’dır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra oluşturulan yeni anayasalarda, temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekçesiyle Amerikan Anayasa Mahkemesi’nin örnek alındığı söylenebilir. Amerikan Anayasa Yargısı gerek teoride gerekse pratikte birçok ülke mahkemelerinin örnek aldığı bir kurum konumundadır. Örneğin; 1949 tarihinde oluşturulan Hindistan Anayasası ile oluşturulan Hindistan Anayasa Mahkemesi’nin yargıçlarının uygulamada, sık sık ABD Anayasa Mahkemesi raporlarına atıfta buldukları görülmektedir (Blaustein, 2004: 11). Yeni demokrasilerde, yeni oluşturulan anayasaların, Amerikan Anayasası gibi kısa olup mahkeme tarafından yorumlanması tartışılmıştır. Ancak, yeni demokrasilerin, Amerika’da 200 yıldır geçerli olan anayasa gibi kısa bir anayasa metni oluşturmaları, bu kısa çerçeveli kanunları yorumlayacak güçlü bir yargısal denetimi gerekli kılmaktadır (Schwartz: 2004: 14). Schwartz’a göre, “Yeni oluşan demokrasilerin çoğu, gerek olağan mahkeme yargıçlarının düzenlemeler yapması geleneklerinde olmadığı gerekse var olan yargıya yeterince güven duyulmadığı için, anayasa mahkemeleri kurmayı tercih etmektedir”. Yeni demokrasilerde, bağımsız yargının gerçekleştirilebilmesi için anayasanın geniş bir şekilde kuralları ayrıntılı olarak açıklaması gerekmektedir (Schwartz: 2004: 18).

Amerikan anayasallaşmasının önemli bir getirisi olan Anayasa yargısının ortaya çıktığı dava olan 1803 tarihli Marbury Madison davası ilerleyen konularda ele alınacağı için burada yer verilmeyecektir.

2.1.2. ANAYASA YARGISININ AVRUPA’DA YAYILMASI: HANS KELSEN MODELİ

Amerika’da uygulanmaya başlayan kanunların anayasaya uygunluk denetimi, Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen tarafından Avrupa’ya uyarlanmıştır. Anayasaya uygunluk denetiminin Amerikan modelinde olduğu gibi bütün

mahkemelerce yapılmayıp, merkezi bir anayasa mahkeme tarafından yapıldığı modele “Kelsen modeli”, “Avrupa modeli” veya “merkezi tipte anayasa yargısı” denilmektedir (Öztürk, 2011: 33).

Hans Kelsen’in Avrupa’ya özgü yeni bir yargısal denetim türü geliştirmesi, Amerikan tarzı anayasal denetimde bulunduğu bazı eksikliklerden kaynaklanmaktadır. Denetim yetkisinin tüm mahkemelere ve tüm yargıçlara vermek yerine, uzmanlaşmış tek bir yüksek mahkemeye verilmesini hukukiliğin sağlanabilmesi açısından daha uygun olduğunu düşünmekteydi. Anayasal denetimin tek bir yüksek mahkemeye verildiği Kelsen modeli, “dava yolu, soyut denetim ve kesin hüküm sonucu yaratan, kakarın tarafları dışı etkisiyle” Amerikan modelinden oldukça farklıdır. İlk örneği Avusturya’da Yüksek Anayasa Divanı adı altında 1920 Anayasası ile oluşturulmuş ve Avrupa’daki birçok devlete örnek olmuştur. Kelsen modelinin yayılması üç aşamada gerçekleşmiştir. İlk aşama Birinci Dünya Savaşı sonrası 1920 Avusturya’da kurulmasının ardından, 1920 Çekoslovakya, 1931 İkinci İspanya Cumhuriyeti, 1937 İrlanda’ da Kelsen tarzı bir denetim tercih edilmiştir. Ancak o dönemde anayasal denetimin işleyişi fiiliyatta pek gerçekleşmemiştir. İkinci ve güçlü yayılım İkinci Dünya Savaşı’nın ardından gerçekleşmiştir. 1947 Japonya’da, 1948 İtalya’da, 1949 Federal Almanya’da, faşist rejimler sonrası anayasal denetimi gerekli kılan anayasalar oluşturulmuştur. Türkiye’de 1961 yılında oluşturduğu Anayasa Mahkemesi ile Fransa 1958 yılında oluşturduğu Anayasa Konseyi ile ikinci aşamada anayasal denetimi tercih eden ülkeler arasında yer almaktadır. 1970’lerde sonra oluşturulan yeni anayasalarda da anayasa mahkemeleri oluşturulmuştur. 1975 Yunanistan, 1976 Portekiz ve 1978 İspanyol Anayasaları kanunların anayasaya uygunluk denetimini kabul etmişlerdir. Tüm bu gelişmeler, Avrupa’da “anayasallaşma” sürecinin bir ürünü olduğu söylenebilir. Yeni oluşturulan liberal anayasaların çoğu anayasal denetimi kabul etmiştir (Kaboğlu, 1993: 381-384). Lijphart’ın tespitine göre, “Yazılı anayasası olan fakat hala yargısal yoruma sahip olmayan dört ülke daha yaşlı Avrupa demokrasileridir, en yeni demokrasiler, yargısal yoruma sahiptir” (Lijphart, 2006: 219)

1990’larda Sosyalist devletin dağılmasının ardından, yeni kurulan devletlerde ve yeni oluşturulan anayasalarda demokrasiye geçişin bir gereği olarak

Kelsen modeli doğrultusunda kanunların anayasaya uygunluğu kabul edilmiştir. Romanya, Bulgaristan, Polonya ve Macaristan gibi ülkeler bu dönemde anayasal değişime gitmiş ülkelerdendir. Bu akım anayasa yargısının yayılmasında üçüncü kuşak olarak adlandırılmaktadır (Kaboğlu, 1993: 385).

Anayasal denetim yetkisini, özel ve uzman bir mahkemeye veren “Kelsen, Devlet fonksiyonlarının hukuk kurallarına uygunluğunu sağlayan farklı teknikler arasında anayasaya aykırı işlemin iptalini anayasanın en etkili ve temel teminatı olarak görmüştür” (Çağlar, 1985). Kelsen, anayasa yargısını Avrupa’ya uyarlarlarken kanunları veto ve iptal etme yetkisine sahip olan anayasa yargısını negatif yasa yapıcı olarak nitelendirmektedir.

2.1.2.1. FRANSA

Fransız devriminin ardından, halk egemenliğinin ve meclis üstünlüğünün öneminin vurgulandığı Fransa’da uzun yıllar anayasal denetime karşı çıkmıştır. Fransa’da anayasa yargısının kabulü, siyasal sistemdeki değişimin ardından gelmektedir. Parlamenter sistemin dönüşüme uğradığı Fransa’da, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti gibi ilkler benimsenmiş ve anayasal denetim sistemi benimsenerek anayasallaşma yolunda adımlar atılmıştır. Fransa’da siyasal sistemin dönüşümü ve bunun bir getirisi olarak anayasal denetimin oluşturulması aşaması anlatılacaktır.

Fransa uzun yıllar, anayasal yargıya karşı direnmiş bir devlettir. Bunun nedeni, eski rejimlerde yönetimde bulunan yargıçları yetkilerini kötüye kullanmaları ve bunun sonucu olarak Fransız İhtilaliyle birlikte ortaya çıkan yeni siyasal sistemde yönetimin yargıçlardan, halk egemenliğine geçmesidir. 1789 İnsan Hakları Bildirisinde, yargıçların yasaları yorumlaması ve eleştirmesi yasaklanmıştır. Ancak 1805 tarihli Medeni Kanun’la, yargıca “hukuk yaratma” yetkisi tanınmıştır (Ergül, 2007: 104-105).

Fransa’da İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan meclis üstünlüğü ve parlamenter sisteme sahip 4.Cumhuriyeti’nin siyasal istikrarsızlıklar ve Cezayir’de çıkan isyan sonucu, 1958’de çökmesinin ardından, 5. Cumhuriyet dönemine geçilmiştir. Bu dönemde güvenoyu alan De Gallue hükümeti, ilk çıkardıkları yasayla tüm yasama yetkilerini elinde toplamış, ikinci yasa ile birlikte, yasama ve

yürütmenin kaynağının genel oylar olduğunu, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabulü ve yargı bağımsızlığını benimsenmesi gibi konuları düzenlenmiştir. 5.Cumhuriyet döneminde siyasal yapısı değişen Fransa’da, parlamenter sistemin oluşturduğu krizlerin ardından, tek adam yönetimine geçilmiş ve meclis üstülüğü yerine kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenmiştir. Fransa’da oluşturulan yeni sistem, bazı yönlerden parlamenter sisteme bazı yönlerden başkanlık sistemine benzeyen bir sistem olarak ortaya çıkmıştır. Başbakan ve hükümete geniş yetkiler verilerek, yürütme yasama karşısında güçlendirilmiş, bakanların parlamentoya bağlılıkları azaltılarak başkanlık sistemine yaklaşmıştır. Uzun yıllar klasik parlamenter sistem anlayışına sahip olan Fransa’da, yeni anayasayla birlikte, tüm yetki Cumhurbaşkanında toplanmış, hem İngiliz parlamenter sistemi, hem de Amerikan başkanlık sisteminin özelliklerini barındıran bir yarı-başkanlık sistemi oluşturulmuştur (Nitas, Erişim Tarihi: 27.06.2012).

Bu sistemin getirdiği ön önemli yeniliklerden biri de Anayasa Konseyi’nin oluşturulması olmuştur. 1789 Fransız İhtilali’nden bu yana, anayasayı yorumlama yetkisi İkinci Meclis’e verilmiştir. Ancak yapıya yorumların siyasi olması, siyasi yozlaşmaya neden olmuştur. Bu sebeple yeni oluşturulan anayasayla birlikte, anayasanın yorumlanma yetkisi -kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir getirisi olarak-, yargı organına verilmiştir. Bu adım hukuk devleti yolunda önem bir adım olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Konseyi’ne ilişkin 1974 yılında yapılan düzenlemeyle birlikte, Konsey bir anayasa mahkemesi halini almıştır (Nitas, Erişim Tarihi: 27.06.2012) .

Fransa’da 1958 Anayasası ile kabul edilen Anayasa Konseyi, yapısından dolayı bir nevi kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi olarak nitelendirilmekteyken, uygulamada “giderek önleyici denetim yapan yargısal bir organa dönüştüğüne işaret edilmektedir” (Atar, 2002: 318). Fransa’daki, halk egemenliği ilkesi, uzun yıllar merkezi bir yargısal denetimin oluşmasının önünde engel teşkil etmiştir. Ancak 1974’te Anayasal Konseye başvurma haklarının genişletilmesi, Fransa’da yargısal yorum yetkisini güçlendirmiştir (Lijphart, 2006: 217). Fransa, ikinci dalga ile anayasa mahkemesini oluşturan ülkeler arasında yer almaktadır.

Fransa’da Anayasa Konseyi, siyasal partiler ve parlamento üzerinde bir denetim kurulması isteğiyle oluşturulmuştur. Önleyici denetim (a priori) yapan Anayasa Konseyi 1974 düzenlemeleriyle, siyasal denetim yapan bir kurum olmaktan ziyade yargısal denetim yapan bir kuruma dönüşmüştür. Muhalefetin haklarını korumak amacıyla, parlamento üzerinde denetim yapan bir kurum haline gelmiştir. 1974 reformunu yapan D’Estaing, parlamentodaki azınlıklara da Anayasa Konseyi’ne başvurma hakkını vererek, yapılacak olan seçimlerde çoğunluğun sosyalist kesime geçmesini engellemek istemektedir. Fransa Anayasa Konseyi üzerine inceleme yapan Alec Stone Sweet, Anayasa Konseyi’ni “parlamentonun üçüncü kanadı” olarak adlandırmaktadır (Ergül, 2007: 105-106).

2.1.2.2. ALMANYA

19.yy.da Avrupa’da kanunların bir üstün kanuna göre denetlenmesi kuralına genel olarak karşı çıkılmaktaydı. Almanya’da bu tarz bir denetim getirilmesi düşüncesi eleştiren “ünlü Alman düşünürü Carl SCHMITT. Yasama organının yaptığı kanunların, yargı organlarınca denetlenmesine karşı çıkmaktaydı ve bu tür bir denetimin, ya politikayı yargısallaştıracağını, ya da yargıyı siyasallaştıracağını ileri sürmekteydi” (Onar, Erişim Tarihi: 12.12.2011).

Federal Alman Anayasa Yargısı, denetleme alanı açısından dünya üzerinde en geniş düzenlenmiş mahkemedir (Yılmaz, 2007: 194). Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Nasyonal Sosyalistlerden sonra, temel hak ve özgürlükleri korumayı amaç edinmiş, 1949 tarihli Bonn Anayasasıyla, Federal Anayasa’ya uygunluğu denetleyen üst bir mahkeme olarak oluşturulmuştur (Hekimoğlu,2004: 14-15). Savaş sonrası dönemde, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almayı ve yeni oluşturulan siyasal düzeni korumayı amaçlayan 1949 Bonn Anayasası, demokrasinin sağlanması ve siyasal istikrarı bozan partilerin denetlenmesi yetkisini Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne bırakmaktadır (Uzun, Erişim Tarihi: 27.06.2012).

Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin verdiği bazı kararlar da zaman zaman siyasallaşma tartışmalarına konu olmasıyla bu çalışmada örnek verilebilecek niteliktedir. Federal Yüksek Mahkeme, *kara* ve *kızıl* olmak üzere iki daireden

oluşmaktadır. Kara dairedaki hakimlerin siyasi eğilimlerinin Hıristiyan Demokrat, Kızıl dairedaki hakimlerin ise Sosyal Demokrat olduğu bilinmektedir. Hakimlerin siyasi görüşleri doğrultusunda bakacak olursak, 1975 tarihli kürtaj kanununun kara daire tarafından iptal edilmesine karşın, toplumda bu davayı kızıl dairenin incelemesi durumunda iptal edilmeyeceğine yönelik bir inanç vardı (Aktaran: Derdiman, 2010: 89). Bu durumda mahkemeye göre, tek bir doğru bulunmamaktadır ve kararın oluşumu, davayı inceleyen dairenin siyasi görüşünden etkilenmektedir

“Eylemci Amerikan mahkemeleri ve özellikle Temyiz Mahkemesi, “emperyal bir yargı” oluşturmakla suçlanmışlardır fakat Alman Anayasa Mahkemesi çok daha eylemcidir ve 1951’den 1990’a kadar tüm federal yasaların neredeyse %5’ini geçersiz kılmıştır” (Lijphart, 2006: 217-218).

2.1.2.3. İTALYA

İtalya Anayasa Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı’nın ardından diktatör rejimlerin yıkılması sonucu yeni oluşturulan düzenle birlikte ortaya çıkmıştır. 1947 yılında tasarlanan yeni anayasayla birlikte İtalya’da 15 üyeden oluşan bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 1947 İtalyan Anayasası’nın 134-137.maddelerince düzenlenmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi, devletin ve bölgelerin çıkardığı kanun ve KHK’lerin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle birlikte, devlet ile bölgeler arasındaki ve bölgelerin kendi aralarındaki uyuşmazlıkları da incelemektedir (Teziç, 1991: 203). 1948 tarihli İtalyan Anayasasıyla birlikte, faşizm sonrası yargısal denetimin ülkede yerleşmesi gerçekleşmiştir (Tanilli, 2007: 565).

İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, İtalya’da 1946 seçimlerinde, neo-faşistler, monarşistler, komünistler ve sosyalistlerinde için de bulunduğu hiçbir parti oy çoğunluğunu sağlayamıyor. Hıristiyan Demokrat Parti %35, Komünist ve Sosyalist Partiler %40, Laik eğilimli partiler ise %11 oy alıyor. Ancak Laik eğilimli partilerin, merkez-sağ tarafında yer almasıyla birlikte sağ ve sol partiler arasındaki oy dengesi değişiyor. 1947’nin sonuna kadar Komünist, Sosyalist ve Hıristiyan Demokratlardan oluşan bir üçlü koalisyon hükümeti kuruluyor. Katolik Kilisesi ve

ABD ise, Hıristiyan Demokratlara, komünist ve sosyalist partilerin İtalyan Koalisyon hükümetine ait olmadıklarını ve bu hükümette yer almalarını istemediklerini açıklıyorlar. İtalya’da savaş sonrası merkez-sağ Hıristiyan Demokratlar yeni anayasal düzeni oluşturmuş ve anayasa mahkemesini kabul etmişlerdir. 1870’den beri esnek bir anayasaya sahip olan İtalya’da, Kurucu Meclis, 1948 Anayasa’sını oluştururken verdiği ilk karar liberal ve katı bir anayasanın oluşturulmasıydı. Yeni oluşturulan mahkeme, anayasayı güvence altına almak ve yasamanın anayasayı çiğneyen eylemlerini sınırlamayı garanti ediyor görünüyordu. Mahkemeye başvuru yolu, Amerikan ve Kelsen modelinin bir sentezini oluşturmaktaydı. Komünist-Sosyalist blok, Savaş sonrası oluşturulan bu anayasayı ideolojik temelli ve halk egemenliğine karşı görmekteydiler. Tom Ginsburg’un “Siyasal Sigorta” tezi Hıristiyan Demokratların, yeni anayasal düzeni kurma ve anayasa mahkemesini oluşturması ile ilgili eylemlerini açıklar niteliktedir. Egemen olan Hıristiyan Demokratlar anayasal hak ve anayasal denetim ile birlikte siyasal konumlarını garanti altına almak istemektedirler (Volcansek, 2010: 280-292).

2.1.3. DİĞER ÖRNEKLER

2.1.3.1. İSRAİL

İsrail’de Amerikan tarzı anayasal denetimi benimsemiş ülkelerdendir (Autheman, 2004: 1). İsrail anayasal düzeni hakkında bilgi vermek gerekirse:

“İsrail yasama organı Knesset tarafından değişik tarihlerde çıkarılan ve bu konuların bir kısmını düzenleyen "temel kanun"lar içinde dağınık bir biçimde düzenlenmiştir. Bir başka deyişle, İsrail, çeşitli temel kanunlardan oluşmuş bir anayasal sistemi benimsemiş durumdadır. Şu anda, farklı tarihlerde çıkarılmış ve zaman içinde bazı değişikliklere uğramış olan 11 Temel Kanun bulunmaktadır. Böylece, devletin temel kuruluşuna ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin bir kısmına yönelik olarak çıkarılan Temel Kanunlarla (bunlar tek bir metin içinde toplanmamış olsa da), İsrail’de bir anayasal sistem yaratılmış bulunmaktadır” (Onar, Erişim Tarihi: 12.12.2011)

Amerika’da olduğu gibi, İsrail Anayasası’na göre yasa yapmak sadece Knesset oturum çoğunluğunun sağlanmasını gerektirdiği için kolaydı. Ancak yakın tarihimize

baktığımızda, 1992 yılında temel hak ve özgürlükleri güçlendiren bir düzenlemeye gitmiş ve yasaların değiştirilmesi zorlaştırılmıştır. Ardından yapılan bir anayasal düzenlemeyle de 1995 yılında anayasa mahkemesi kurulmuştur. İsrail’de temel hak ve özgürlüklerin güçlendirildiği 1992 yılında, egemen olan grup Ashkenazi Yahudileri’dir. Bu grup, Kuzey Amerika ve Avrupa kökenli, zengin ve seküler Siyonistlerdir ki, siyasal ve kültürel alanda dominantlardır. İsrail’de elit grubu oluşturan Ashkenazi Yahudileri’nin isteği, İsrail’in etnik olarak Yahudi ve aydınlanmacı değerlerin taraftarı olması gerektiğiydi. Elit grubun karşısında ise, Kuzey Afrika ve Orta Doğu kökenli Mizrahi Yahudileri, genellikle Ortodoks Yahudi inancına bağlı olan Etiyopya kökenli Yahudiler, geniş ailelere ve çoğunlukla yoksul kesimi oluşturan Ultra-Ortodokslar, Arap İsraililer (2002’de nüfusun %20’si.), geniş yoksul kesimler ve Rusya’dan göç edenler yer almaktaydı. Elit grup karşısındaki, avantajsız gruplar 1980 ve 1990 arası yıllarda hem nüfus açısından, hem de siyasal etki açısından güçlenmeye başlamışlardır. Yıllarca egemen olan Ashkenazi’ler daha önceleri “güçlendirilmiş haklar bildirisine” karşı çıkmaktayken, değişen konjoktürle birlikte, siyasal açıdan zayıflamaya başlamalarının ardından kendi konumlarını anayasal güvence altına alma isteği içerisine girmişler ve söylemlerini bu yönde değiştirmişlerdir. Bu noktada anayasal düzenlemeler ve anayasa mahkemesinin konumu önemli bir noktayı oluşturmaktadır. Elit grup, kaybetmeye başladığı siyasal konumunu anayasa ve anayasa mahkemesiyle güvence altında alma yoluna gittiği söylenebilir. İsrail Yüksek Mahkemesi’nin Anayasa’da yasamanın yaptığı yasaları iptal etme yetkisi açıkça belirtilmemesine karşın, uygulamada “idari yorum” ve “agresif yasama yorumları” ile yasaları yorumlamış ve iptal etme yoluna gitmiştir. Hirschl tarafından, İsrail Yüksek Mahkemesi kararlarını egemen elit grubun lehine yorumladığı iddia edilmektedir. Yüksek Mahkeme’nin, vermiş olduğu din karşıtı kararlar, siyasal egemenliğini kaybeden seküler elit sınıfın çıkarlarını koruduğu belirtilmekte ve Hirschl’ün “Egemeni Koruma Tez”ini desteklemektedir (Hirschl, 2005: 479).

İsrail Yüksek Mahkemesinin verdiği kararlar, hukuki niteliklerinden daha çok siyasi alandaki etkisiyle ön plana çıkması “yargıda siyasallaşmaya” örnek gösterilebilir. İsrail’de 1992 ‘güçlendirilmiş haklar bildirisi’nden sonra, egemenliğini kaybeden elit kesim, dini ve etnik gruplar karşısında Anayasa mahkemesi aracılığıyla

iktidarı etkilemektedir. “İsrail Yüksek Mahkemesinin son on beş yıldır dini kararlar vermesi” bunun bir göstergesidir (Türe, 2006: 57). İsrail Yüksek Mahkemesi, Laiklik gerekçesiyle bu kararları vermekte ve ülkedeki Laiklik tartışmalarının tırmanmasına yol açmakta, siyasal aktörleri ve siyasal alanı etkilemektedir.

2.1.3.2. PAKİSTAN

Pakistan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), 1956 tarihli Pakistan ilk Anayasa’sında oluşturulmuş, 176. ve devamındaki maddelerce görev ve yetkileri tanımlanmıştır. İlk anayasada, anayasayı oluşturanlar tarafından Anayasa Mahkemesine büyük önem verilmiş ve önemli yetkilerle donatılmıştır (Armağan, Erişim Tarihi: 17.04.2012). Tüm bu yetkilerle birlikte, Amerikan Yüksek Mahkemesine (Supreme Court) benzer bir şekilde, Pakistan Yüksek Mahkemesi Pakistan siyasal hayatında oldukça etkin bir rol almıştır.

Pakistan’da 2007 yılında, Başkan Pervez Müşerref tarafından çıkarılan yasa değişikliğinin, Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesinin ardından, 250 civarında siyasetçinin yolsuzluktan yargılanma yolu açılmış oldu (Milliyet, Erişim Tarihi: 17.04.2012).

Pakistan Anayasa Mahkemesi, siyaseti elinde bulunduranlar için bir güç kaynağı, siyasetin geleceğini belirleyici konumdadır. 2007 yılında, Genel Kurmay Başkanı Müşerrefin Cumhurbaşkanı olarak belirlendiği, tartışmalı Cumhurbaşkanlığı seçimi siyasal çekişmeler yüzünden Anayasa Mahkemesine aksetmiştir. Genel Kurmay Başkanlığı ve Cumhurbaşkanlığını aynı anda elinde bulundurabilme yetkisinin olup olmadığına karar verecek olan Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı seçimini iptal etmeye hazırlanmaktaydı (BBC, Erişim Tarihi: 17.04.2012). Bunun üzerine Müşerref tarafından Olağanüstü Hal ilan edilmiş, Anayasa mahkemesi başkanı ve üyeleri görevden alınmış ve Müşerref Cumhurbaşkanlığına yükselmiştir. Akabinde yapılan 2008 yılı genel seçimlerinde, sandıktan birinci sırada çıkan Pakistan Halk Partisi lideri Zerdari’nin karşısında, diğer partiler Nevaz Şerif önderliğinde bir koalisyon oluşturmuşlardır. Bu koalisyon ile Zerdari arasında yapılan antlaşmalar sonucu, Anayasa Mahkemesi başkanı ve üyelerinin görevlerinin geri iade edilmesi şartıyla iktidarı Zerdari’ye bırakmışlardır.

Ancak Zerdari, tüm antlaşmaları ihlal ederek, görevden azledilen eski başkan ve üyeleri atamamış ve kendi cumhurbaşkanlığına giden yolu açmıştır. Müşerref'in ardından Cumhurbaşkanı seçilmesiyle birlikte, Anayasa Mahkemesine kendi siyasi çevresinden olan kişileri atayarak Anayasa Mahkemesini de etkisi altına almıştır. Müşerref kendi döneminde, General olarak orduyu, Cumhurbaşkanı olarak Cumhurbaşkanlığı makamını elinde bulundururken, Anayasa Mahkemesini kontrol altına alma çalışmaları yürütmüştür. Zerdari ise, hem Cumhurbaşkanlığı, hem hükümet, hem de Anayasa Mahkemesini kontrolü altına almayı başarmıştır (Şahin, 2009a). Zerdari siyasetinin etkisi altında olan Anayasa Mahkemesi, Zerdari karşıtlarının lideri konumundaki Nevaz Şerif'i ikinci kez siyasi yasaklı ilan etmiştir. Ayrıca Şerif'in kardeşi Şahbaz Şerif'in, Pencap Eyaleti Başkanlığını kazandığı seçimi de iptal ederek, Şahbaz Şerif'i de siyasal arenada saf dışı bırakmıştır. Oluşan siyasi kaos ortamında, muhalefetin yoğun baskıları, Zerdari'yi, Müşerref zamanında görevden alınan Anayasa Mahkemesi başkanı Chaudhry ve diğer yargıçların görevlerini geri iade etmek zorunda bırakmıştır. Bu gelişmeyle birlikte, Zerdari iktidarının etkisi altında bulunan anayasa Mahkemesi, muhaliflerin etkisi altına geçmiştir (Şahin, 2009b). Pakistan'ın yakın siyasal hayatındaki örneklerle baktığımızda, siyasal alanda Anayasa Mahkemesinin, önemli bir güç göstergesi olduğu ve siyasilerin Anayasa Mahkemesini siyasal amaçları doğrultusunda kontrol altında tutma eğiliminde oldukları görülmektedir.

2.1.3.3. YENİ ZELANDA

Yıllarca, Britanya parlamentosunun bir üyesi olan Yeni Zelanda, 1990'da haklar Bildirini kabul ederek, temel hak ve özgürlükleri tanımlamıştır (Goldstein, 2004: 625). Yeni Zelanda elitlerini anayasal düzenlemelere iten temel neden, tehdit olarak algıladıkları nüfus olarak artan ve siyasal arenada yer almak isteyen çevre grupları karşısında birtakım anayasal güvenceler sağlamaktır. Nüfus açısından 1970'lerde %90 Avrupa kökenli bir nüfus varken, 1980'lerde göçle birlikte bu oran azalmıştır. 1990'larda nüfusun %15'i Maori, %11'i Asya kökenli olup, Avrupa kökenlilerin oranı %75'e düşmüştür.

Ekonomik politikalar açısından, Yeni Zelanda'da 1984-1994 yılları arasında refah devleti yapısından neo-liberal ekonomik sisteme geçiş yapılmıştır.

Yeni politikaların uygulanması ile birlikte ekonomik eşitsizlikteki artış belirginleşmiştir. Eşitsizliğin arttığı bir ortamda siyasal bir belirsizlik oluşmuş ve yeni azınlık siyasi partileri ortaya çıkmıştır. Ekonomik eşitsizliğin, siyasal açıdan muhalif partilerin sayısının arttığı bir dönemde, Yeni Zelanda elitleri, güçlendirilmiş haklar bildirisi ile anayasal güvence sağlamaya çalışmışlardır. Bunun en önemli çıktısı olarak anayasa mahkemesini kabul etmişlerdir. Yapılan anayasal düzenlemelerin yüksek mahkemeyi güçlendirip sağladığı iddia edilmektedir. Yeni Zelanda'daki siyasal ve anayasal gelişmeler, Hirschl'ün araştırmasına göre, elitlerin siyasal kaygılarından kaynaklandığı söylenebilir (Hirschl, 2004: 88).

2.1.3.4. GÜNEY AFRİKA

Güney Afrika, son dönemde anayasallaşma sürecinden geçen örneklerden biri olarak anayasa yargısını üçüncü dalga sonrası oluşturan ülkeler arasında yer almaktadır. Anayasa yargısının oluşmasının önemli olan gereklerinden biri olarak anasallaşma sürecinden bahsedildikten sonra, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi hakkında bilgi verilecektir.

Güney Afrika Cumhuriyeti 1990'larda ırk ayrımcılığına karşı bir devrim gerçekleştirmiştir. Güney Afrika'da 1989 seçimlerinin ardından, 1996 ya kadar tam yedi yıl anayasa yapım süreci yaşanmıştır. Irk ayrımcılığının aşılması ve uzlaşmasının gerçekleşebilmesi için uzun yıllar görüşmeler sürdürülmüştür. Görüşmeler sonucu halkın büyük bir çoğunluğunun katılımı ve karşılıklı güven ortamında yeni anayasa oluşturulmuştur (Hart, 2004: 34-36). 1996 Anayasasına giden süreçte, 1993 tarihinde, geçici olarak yapılmış anayasada geçici olarak temel hak ve özgürlükler kabul edilmiştir. 1994 seçimlerinin ardından, Anayasa Komisyonu oluşturulmuş ve anayasa yapım sürecine başlanmıştır. 1996 yılında tamamlanan anayasa ile temel hak ve özgürlükler kalıcı olarak kabul edilmiştir. Yeni oluşturulan bu anayasa, anayasal denetimini beraberinde getirerek Anayasa Mahkemesini kabul etmektedir. Nüfusunun %80i siyahlardan oluşan ve Afrika Ulusal Kongresi tarafından yönetilen Güney Afrika'da, yabancı yatırımcılara, sağlam, barışçıl bir iş ortamının varlığına dair güvence verilme isteği temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasında etkili olmuştur (Hirschl, 2004: 96).

Ran Hirschl, Güney Afrika üzerine yaptığı incelemesinde, yaşanan devrimin “kısa devre” bir devrim olarak nitelendirmektedir. Çünkü siyasal güç el değiştirmiş olsa dahi, ekonomik kaynakların kullanımı ve dağıtımında eşitsizlik devam etmesi ve daha da kötüleştiğini iddia etmektedir (Hirschl, 2004: 96). Issacharoff’un Güney Afrika’ya yönelik yaptığı analizde de Hirschl’ün argümanlarına benzer argümanlara rastlanmaktadır. Irkçılığa karşı yapılan bu devrimin ardından kabul edilen anayasada, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasına rağmen ayrımcılığının sona ermesini sağlayamadığını, mülkiyet dağılımının ırk ayrımcılığına dayalı olduğunu iddia etmektedir. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası’nın ve Anayasa Mahkemesi’nin, toplumda ırkçı ve dinsel çatışmaları yumuşatmak yerine, ayrımcılığı güçlendirdiğini ve çatışmalara zemin hazırladığını savunmaktadır. Ekonomik kaynakların dağıtımında ırk ayrımcılığının yapılması ve bunun sonucunda siyahların eşitsizlikten dolayı yoksul kalmaları gerçekleşmiştir. Denilebilir ki, anayasal açıdan temel hak ve özgürlükler sağlanmış olsa da, uygulamada anayasa ve anayasa mahkemesi bunu gerçekleştirememişlerdir (Issacharoff, 2004: 1877-1893).

2.2. SİYASAL ALANA İLK MÜDAHALELER: ABD

Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin, federal yasaların, federal hükümet kararlarının federal anayasaya uygunluğunu denetlemesi, çoğu kez federal hükümet politikalarını denetleyen bir kurum olarak algılanmasına neden olmuştur (Göze, 2005: 502). Anayasa mahkemesinin henüz dünyada yaygınlaşmadığı dönemde, anayasa yargısının ilk olduğu Amerika’daki ilk dava ve diğer tartışmalı davalar, anayasa yargısının siyasal alana ilk müdahaleleri kapsamında değerlendirilebilir. Bu bağlamda Amerika’dan üç örnek davaya yer verilecektir.

2.2.1. MARBURY-MADİSON DAVASI

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin gerçekleştiği ilk dava 1803 tarihli Marbury V. Madison Davası’dır. O dönemde, Federalistler ve Cumhuriyetçiler arasında siyasal arenada karşıtlık mevcuttu. Federalist Başkan Adams, 1800 seçimlerini, Cumhuriyetçi Jefferson’a karşı kaybetmişti. Adams,

Başkanlığı bırakacağı süre zarfında, yargıçların iktidar karşısında durabileceği düşüncesiyle yargı üzerinde bir takım düzenlemelere gitmiştir (Sevinç, 1996: 394). Adliye Teşkilatı Kanunu (Bila, 2008) çıkararak yeni mahkemeler kurar ve yeni yargıçlar atar. 16 yeni mahkemenin kurulmasını öngören bu kanun 1801 tarihinde çıkartılır ve baş yargıç olarak Federalist John Marshall atanır. Hızlı yapılan atamalarda bazı yargıçların atamalarının tebliği bildirilmemiş ve atamalar Cumhuriyetçi Adalet bakanı Madison'un önünde kalmıştır. Madison da bu atamaları tebliğ etmemesi üzerine, ataması yapılmayan yargıçlardan Marbury ve 3 yargıç, Federal Yüksek Mahkeme'ye başvurmuşlar ve atamalarının tebliğ edilmesini talep etmişlerdir. Yüksek Mahkeme bu durumu Adalet Bakanı Madison'a bildirir, ancak Madison hükmü mahkemeye bırakır. 1803 tarihinde yargıç John Marshall başkanlığında toplanan Yüksek Mahkeme verdiği kararlar, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini başlatmış bulunmaktadır (Sevinç,1996: 395)

Yüksek Mahkeme'nin açıkladığı kararda, Marbury'nin atamasının tebliğ edilmesi gerektiğinin bu nedenle Marbury'nin haklı olduğu hükmüne varılmıştır. Ancak mahkeme bu kararla başka bir tartışmanın kapılarını açmaktadır. Tartışmaların konusu, Marbury'nin bu davada Yüksek Mahkeme'ye doğrudan başvuru hakkının olup olmadığıydı. Amerikan Anayasası'na göre, Marbury, mahkemeye doğrudan başvuru yapabilecekler arasında yer almıyordu. Fakat 1789 tarihinde çıkarılan yasaya göre, Marbury'nin doğrudan Yüksek Mahkeme'ye başvurma hakkı vardı. Buna göre 1789 tarihli yasanın, anayasaya aykırı olduğu gündeme gelmiştir. Bunun sonucunda Mahkeme, Marbury'nin başvurusunu kabul etmemiştir. Açıkladığı kararda, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince kanunların üst norm olan anayasaya aykırı olamayacağını ve bu aykırılığın bir yetki ve görev olarak tüm mahkemeler tarafından denetlenmesi gerektiği belirtilmekteydi (Sevinç, 1996: 395). Yüksek mahkemenin verdiği bu karar, anayasal denetimi meşrulaştıran ve Amerikan tarzı anayasal denetimi gerçekleştiren ilk dava olarak tarihe geçmiştir.

Amerikan geleneğinde Yüksek Mahkeme'nin konumunun bu dava da olduğu gibi siyasal alanda etkili olduğu söylenebilir. Adams'ın Başkanlığı bıraktığı esnada, Cumhuriyetçilere muhalif bir başyargıç ataması, Ran Hirschl'ün "Egemeni

Koruma Tezi”ni doğrular niteliktedir. Egemenliğini kaybeden Adams, yargı yoluyla iktidar karşısında haklarını ve siyasal etkinliğini koruma yolunu seçmiştir.

2.2.2. EŞİT FAKAT AYRI PRENSİBİ

“Separate but equal” olarak adlandırılan davada, Yüksek Mahkeme tarafından 1896 yılından 1954 yılına kadar, ABD’de siyahlar ve beyazların kamu hizmetlerinden yararlanma konusunda eşit ancak ayrı ortamlarda yaşamalarına karar verilmiştir. Yüksek mahkemenin verdiği bu kararın önemini anlayabilmek için davanın altında yatan tarihsel ve toplumsal koşullara bakmak faydalı olacaktır. Çünkü siyahlar Amerika’da yıllarca köle statüsündeydiler. Kölelik statüsünden kurtulmaları uzun tartışmalardan ve iç savaştan geçmektedir.

Amerika’da tartışmalara konu olan zencilerin kölelik statüleri, öyle bir noktaya gelmiştir ki, köleliği kabul eden ve köleliği kabul etmeyen federe devletlerde yıllarca mahkemelere dava konusu olmuştur. Amerika’da 1861-1865 yılları arasında, kuzey ülkeleri ve güney ülkeleri arasında köleliğin kabul edilip edilmemesiyle ilgili olarak bir iç savaş yaşanmıştır. 36° 30 enlem dairesinin kuzeyinde kalan ülkeler köleliği ret ederken, bu enlemin altında kalan güney ülkeleri köleliği kabul etmişlerdir. 1861 yılında başkanlığa seçilen ve esasen köleliğe karşı olan Lincoln uzlaşma sağlamaya çalışır ve 1 Ocak 1863 tarihinde tüm topraklarda köleliği kaldırdığını açıklar. 1865’e gelindiğinde anayasada yapılan 13 sayılı değişiklikle köleliğin artık var olamayacağı düzenlenir. 1868 yılında yapılan 14 sayılı değişiklik ile siyah ve beyaz insana eşit hak ve özgürlükler tanınıyordu. Her ne kadar yasal olarak temel hak ve özgürlükler ile siyasal haklar konusunda eşitliğe yönelik düzenlemeler yapılmış olsa dahi, toplumsal anlamda tam bir eşitliğin var olduğu söylenemezdi (Göze, 2005: 515-517).

Anayasa ve federal yasalarda sağlanan eşitlik uygulamada sağlanamamış ve ırk ayrımcılığı devam etmiştir. Bu noktada Amerikan Yüksek Mahkemesinin verdiği kararlar ve tutumuyla ırk ayrımcılığını körüklediği iddia edilmektedir. Eşit hak ve özgürlükleri düzenleyen 14 sayılı değişiklik, Yüksek mahkeme tarafından Birleşik Devletler ile federe devletler arasındaki ilişkileri tekrar düzenlenmek istendiği yönünde algılanır. “Çifte vatandaşlık (dual citizenship)” ilkesinden hareket eden Yüksek Mahkeme, kişinin federe devlet yurttaşı olarak sahip olduğu haklar ile

federal devlet yurttaşı olarak sahip olduğu hakların birbirinden ayrılması gerektiğine inanmaktaydı. Federe devletlerdeki bireylerin haklarının durumu, federe devletlerin iç sorunuydu. Yani Yüksek Mahkemeye göre 14 sayılı yasa değişikliği, federe devletler bazında siyahların durumunda herhangi bir eşitlik sağlamıyordu. Özellikle 1883 yılında, kamu hizmetlerinden eşit yararlanmanın sağlanması ve ırk ayrımının engellenmesine yönelik düzenlenen “Yurttaş Hakları Kanunu(Civil Rights Act)”nu anayasaya aykırı bulmuştur (Göze, 2005: 518-519).

Yaşanan tüm süreçte mahkemenin “ırk ayrımını anayasal bir kural şekline” dönüştürdüğü karar 1986 tarihine rastlamaktadır (Göze, 2005: 519). Bu tarihte kabul edilen “Eşit fakat ayrı” kuralı, ırkların eşit olanaklara sahip olduğu ancak ayrı yerlerde yaşamalarında bir sakınca olmadığı görüşünü ifade etmektedir. Siyah ve beyaz insanlar eşit fakat ayrı yerlerde hayatlarını sürdüreceklerdir. “Eşit fakat ayrı” yasasının anayasaya aykırı olduğu iddiası üzerine, Yüksek mahkeme bu kuralın anayasanın eşitlik ilkesini ihlal etmediğini belirtmiştir. Bu kural birçok federe devlette uygulama alanı bulmuş ve siyahlar ile beyazların yaşam alanları ayrılmıştır. Her ne kadar eşit koşullar sağlansa da siyahların eğitim oranları düşük yaşam koşulları daha kötüydü. Bu yasanın ardından, bazı federe devletlerde, siyahlarla beyazların evlenmelerini, birlikte olmalarını yasaklayan yasalar da çıkartılmıştır. Hatta siyahlar ile beyazlar siyasal haklar konusunda eşit olduğunu düzenleyen 15 sayılı yasa farklı düzenlemelerle uygulamada ihlal edilecektir. Güneydeki federe devletlerin çıkardığı bazı yasalar, oy kullanma hakkı için “iki yıl federe devlette, bir yıl seçim bölgesinde ikamet etmek, vergilerini ödemiş olmak” gibi belli şartlar getirmiştir. Getirilen bu kurallar açıkça ırk ayrımını vurgulamasına da, uygulamada siyahların oy kullanmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Federe devletlerde buna benzer birçok yasa siyahları siyasal haklarını kullanmalarını önlemek amacıyla düzenlenmiştir (Göze, 2005: 519-521). Gerek siyasal alan da gerekse ekonomik alanda siyahlar hep ikinci sınıf statüsünde ve beyazlarla ayrı yaşamak durumundadırlar. “Bu durumu yüksek mahkeme istemiş ve kabul etmiştir” (Göze, 2005: 522).

Ancak 1935’li yıllardan sonra Yüksek Mahkemenin davalarda, özellikle siyahlara karşı olan ayrımcı tavrında değişme olacaktır. Ulaşım araçlarının

kullanılması, mülkiyet hakkı, kira ve sözleşme hakkı, yüksek öğrenim hakkı gibi davalarda ırk ayrımcılığını önleyici kararlar vermiştir. Örneğin; 1950 yılında “eşit fakat ayrı” kuralı gereği büyük oranda beyazlara ait olan Teksas hukuk fakültesinde bir siyah öğrencinin eğitim görememesini anayasasının “yasaların eşit himayesinden yararlanma” ilkesine aykırı olduğu kararına varır. Yüksek öğrenim davalarında eğitim eşitliğine önem veren mahkeme, yüksek öğrenim görenlerin yüksek mevkilere geleceğini, mevkilerinde eşit davranabilmeleri için eşit koşullarda eğitimin görmeleri gerektiği düşüncesindedir. Yüksek mahkemenin bu tutumu yıllar önce koymuş olduğu “eşit fakat ayrı” kuralının önemini kaybetmesine neden olmuştur. Bu gelişmelerin ardında, yüksek mahkeme 1954 ve 1955 yıllarında verdikleri iki kararda tüm devlet okullarında ırk ayrımcılığının kaldırılması kararını alır. Mahkemenin bu iki kararı bazı federe devletlerde şiddete varacak olaylara neden olmaktadır. Tekrar mahkemeye intikal eden davada, yüksek mahkeme 14 sayılı “ yasaların himayesinden eşit yararlanma” ilkesi ve 1803 Marbury v. Madison davasında verilen “ anayasanın ne olduğunu söylemesi, yargının tartışılmaz yetki ve görevleri arasında olduğu” kararını referans göstererek eşitliğin sağlanması yönünde karar verir. “Yüksek mahkemeye göre, federal yargı anayasayı yorumlama konusunda egemen iktidar sahibidir. Bu ilke Amerikan anayasa sisteminin vazgeçilmez bir özelliğidir” (Göze, 2005: 523- 527).

2.2.3. ROOSEVELT NEW DEAL YASALARI.

ABD’den bir başka örnek vermek gerekirse, Başkan Roosevelt dönemindeki “New Deal” kararlarından bahsedilebilir. 1932 yılında Başkanın hazırladığı bu program mahkemece “anayasaya aykırı” bulununca, Roosevelt, “milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için milletçe harekete geçmek zorundayız” şeklinde bir açıklama yaparak mahkemenin yapısını değiştirmeyi amaçlayan tasarımı görüşülmek üzere kongreye sunmuştur. Bu olaylar karşısında Yüksek Mahkeme kararını değiştirerek, Roosevelt’in “New Deal” kanunlarını onaylamıştır (Özbudun, 2007b: 259).

Başkan Roosevelt, 1929 buhranından sonra, ülkenin ekonomik olarak kötü olduğu, işsizliğin yoğun olduğu bir dönemde, çevresindeki uzman kişilere hazırlatmış olduğu *New Deal* programı ile federe devletlerin çoğunluğunun oyunu

olarak 1932 Başkanlık seçimlerini kazanmıştır. *New Deal* programı kapsamında ilk olarak ülkedeki tüm bankalar kapatılır, daha sonra içki yasağını kaldırır, işsizliğe karşı yeni yasalar çıkararak gençlere iş istihdamı sunulur, tarım sektörünü düzenleyen bir yasa kabul edilir, çalışma hayatıyla ilgili yeni kanunlar çıkartılır. Başta Yüksek Mahkeme *New Deal* programı kapsamında çıkarılan yasaları anayasaya aykırı bulmaz ve 1934 yılında 4'e karşı 5 oyla uygundur kararı alır. Ancak daha sonra mahkemenin görüşü değişecek ve 1935-1936 yılları arasında *New Deal* kanunlarını anayasaya aykırı bulacaktır. Mahkemenin bu kararının ardından, Roosevelt İkinci *New Deal* kanunlarını kongreye sunar ve kongre tarafından kabul edilen bu ikinci programda Yüksek Mahkeme tarafından tekrar anayasaya aykırı bulunur. Bu durum, Başkan Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasında bir mücadeleye dönüşmektedir. Ekonominin yeniden inşa edilmesini savunan *New Deal* programı, dönemin Amerika'sında yaygın olan ekonomik ve sosyal hayata zıt bir anlayışa sahipti. *New Deal* kanununun savunucuları, liberal politikaların halkı yoksulluğa ittiğini iddia ederken, karşıt savunuda bulunanlar ise *New Deal* taraftarlarını maceraperest, bugüne adar sürdürülen sistemin başarısını ve kapitalizmi yok etmeye çalıştıklarını iddia etmekteydiler. Bu noktada Yüksek mahkeme, *New Deal* karşıtları için önem teşkil etmekteydi. 1936 Başkanlık seçimlerinden halkın %60'ının desteğini alarak Başkanlığı tekrar kazanan Roosevelt, mahkemeye karşı bir zafer kazanmıştır. Bu seçim halkın, Roosevelt'in *New Deal* kanunlarını onayladığı anlamına da gelmektedir. Başkan Roosevelt, 1937 yılında adalet mekanizmasını ve mahkemenin yapısını değiştirme önerisinde bulunur. Ancak bu öneri, Başkanın kendi görüşüne yakın yargıçları iş başına getirerek Yüksek Mahkemeyi etkilemek istediği düşüncesini uyandırarak belirli bir kısımdan tepki alır ve bu yasanın yapılması engellenir. Ancak bir süre sonra Yüksek Mahkeme üyelerinden birinin ayrılmasıyla birlikte, Mahkemenin görüşlerinde değişiklik yaşanmaya başlar ve Yüksek Mahkeme İkinci *New Deal* kanunlarını anayasaya aykırı bulmaz. Sonrasında mahkeme üyelerinden birkaç kişinin ölümü veya ayrılması sonucu, Mahkemenin görüşündeki değişiklik iyice netleşmektedir. Özellikle 1946 yılından sonra Yüksek Mahkeme, dönemin hakim toplumsal ve siyasal koşullarını göz önünde bulundurarak karar vermeye başlamıştır (Göze, 2005: 503-508).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE’DE ANAYASAL YARGI VE SİYASALLAŞMA TARTIŞMALARI

Çalışmanın üçüncü bölümünde Türkiye’de anayasa yargısının oluşturulması ve anayasa yargısının siyasallaşması üzerine tartışmalar ve bu konudaki değerlendirmeler ele alınmaktadır. Dünya üzerinde siyasal alanda etkinliği artan anayasa yargısının, Türkiye’de de birçok siyasi konunun son sözünün söylendiği kurum durumuna dönüştürülmekte olduğu görülmektedir. Öncelikle Türkiye’de anayasa yargısının oluşumu öncesi dönem hakkında ve anayasa yargısının kökenleri hakkında bilgi verilecektir. Daha sonra 1961 Anayasası dönemi ve Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bahsedilecektir. Akabinde Türk siyasal hayatında, 1971 düzenlemeleriyle yetkileri sınırlanan Türk Anayasa Mahkemesine yönelik değişikliklere yer verilecektir. Daha sonra 1982 Anayasası ve anayasa mahkemesine değinilecektir. Böylece Türkiye siyasal hayatında anayasa yargısının geçirdiği süreçten bahsedildikten sonra, Türkiye’de yargıda siyasallaşma tartışmalarına ve 2007-2010 arasındaki tartışmalı üç dava ile 2010 Anayasa değişikliklerine yer verilecektir.

3.1. ANAYASAL YARGI VE TÜRKİYE

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, iki şekilde gerçekleşmektedir. Birincisi Siyasal denetim, ikincisi ise yargısal denetimdir. Türkiye’de 1961 öncesi dönemde siyasal denetim uygulanmaktadır (Tanilli, 2007: 565).

İlk anayasamız olan Kanun-i Esasiye göre, “üyelerinin tamamı padişah tarafından ömür boyu görevde kalmak üzere atanan Heyet-i Ayan’ı (md.42), yasa tasarılarının İslam hukuku kurallarına ve yürürlükteki anayasa hükümlerine uygun olup olmadığı hususunda görüş belirtmekle yetkili kılmıştı (md.64)” (Hekimoğlu, 2004: 42)

“Merkezî bir anayasa yargısının öngörülmediği 1924 Anayasası döneminde de, olağan yargı organlarının bir davada uyguladıkları kanun hükümlerini

anayasaya aykırı bulduklarında, söz konusu hükümleri davada uygulamaktan kaçınma, ihmal etme denemeleri ile de karşılaşmıştır”(Onar, 2011).

Türkiye’deki Anayasal yargının ortaya çıkmadan önceki siyasi ortama baktığımızda, 1950’de seçimleri kaybeden CHP’nin, “anayasa yargısı ve yargı bağımsızlığı konularında istemlerde bulunmaya başlaması” örnek teşkil edebilir. (Turan, 2007: 384) Bu döneme ilişkin Özbudun, DP iktidarı döneminde, Anayasal yargısının olmaması sebebiyle muhalefete karşı birçok kanunun geçirildiğini ve bu doğrultuda CHP’nin Anayasal teminatı istemesine yol açtığını belirtmektedir (Özbudun, 2007: 52-54). Bazı kesimlerce, yasama ve yürütmenin seçimle yenilenen, sınırlı bir dönem için iktidara gelen kurumlar olması, yargının denetiminden duyulan endişeler karşısında daha tercih edilir görülmektedir (Karamustafaoğlu, 1968: 92)

“Ülkemizde de 1961 ve 1982 Anayasaları Cumhurbaşkanının tarafsız ve partiler-üstü niteliğini sağlama konusunda özel bir çaba göstermiştir. Ancak 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu ve tarafsızlığıyla bağdaşmayacak ölçüde önemli yetkileri bu makama vermiştir. Bu ise siyasal hayatta denge ve istikrar unsuru olması gereken tarafsız devlet başkanını günlük siyaset içine sokarak tarafsızlığını yitirmesine neden olabilmektedir. Eski komünist Doğu Avrupa ülkelerinin hemen hepsi anayasalarında anayasa mahkemelerine yer vermişlerdir. Ancak hiçbir iktidarda tam anlamıyla tarafsız olamaz, aksi takdirde iktidar olma özelliğini yitirir” (Friedrich 1950’den Aktaran Turhan, 2003: 96–97).

Türk Anayasa Mahkemesinin seçici aktivizm yaptığına değinen Belge, mahkemenin nüfuzunu bazı gruplara karışmak ve onların taleplerini bastırmak için kullandığını söylüyor. Türk Anayasa Mahkemesi, kurulduğu 1962 yılından 1999’a kadar, hükümet kararlarına başvurmaktan çok, onları ortadan kaldırdı, siyasi süreçte önemli bir parti ve merkezi bir güç olarak hesaba katılması şeklinde kendisini yeniden inşa etti (Belge, 2006: 653)

3.1.1. TÜRKİYE’DE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KÖKENLERİ

Türkiye’de Anayasa yargısı kurulmadan önce belli bir dönem için kanunların anayasaya uygunluğunun *siyasal denetimle* gerçekleştiği söylenebilir. Türkiye’de iktidarın anayasal düzenlemelerle sınırlanışı, Cumhuriyetin kuruluşundan öncesine, Osmanlı dönemine dayanmaktadır. Osmanlı’nın 18.yy da yaptığı anayasal düzenlemeler iktidarın sınırlanması hususunda ilk adımları oluşturmaktadır. 19.yy başlarında kabul edilen Sened-i İttifak (1807) ise hukuk devleti yolundaki ilk adım olarak görülmektedir. Fransız ihtilalinin bir getirisi olan, “Ulusal Egemenlik” anlayışının önemini arttırdığı bu dönemde kendilerini halkın temsilcisi olarak gören ayanlar, yürütmenin kendilerine karşı sorumlu olduğunu düşünmekteydiler. Bu sebeptendir ki siyasal iktidarı denetleme yetkisini kendilerinde görmekteydiler (Ünsal, 1980: 45-46). 1876 tarihli ilk Anayasamız Kanun-i Esasi’de anayasa tarihimizde ilk defa *mahkemelerin bağımsızlığı* ilkesinden bahsedilse de (Eroğul, 2000: 340), kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal bir denetime tabii olmasından ziyade siyasal bir denetim öngörülmekteydi. Heyet-i Mebusan’ın kabul ettiği bazı kanun tasarılarının Heyet-i Ayan tarafından Anayasa’ya uygunluk yönünden denetlenmesi kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminin bir göstergesidir (Ergül, 2007: 173). Heyet-i Ayan, padişah adına kanunların din kurallarına uygunluğunu denetlemekteydi (Keskinsoy, 2011: 169). O dönemde henüz Avrupa’da da bir anayasa yargısı sisteminin oluşturulmamış olduğu ifade edilebilir.

TBMM’nin ilk anayasası olan 1921 Anayasasında da anayasa yargısı kurumuna ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak o dönemde Ziya GÖKALP’in 18 Aralık 1922 tarihli “Yüce Mahkeme” adlı makalesinde, ABD örnek gösterilerek, kanunların Kanun’u Esasi’ye uygun olması gerektiği ve bunun bir yüksek mahkeme yoluyla denetlenmesi gerektiğinin belirtilmesi, anayasa yargısı fikrinin Türkiye’de gündeme gelmesi açısından önemli bir göstergedir. 1924 Anayasasında ise kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusu hem siyasal alanda hem de yargı alanında tartışılrsa da olumlu bir sonuç ortaya çıkmamıştır. 1924 Anayasasında *Meclis Egemenliği* anlayışına sahip olmanın bir sonucu olarak “yasaları yorumlama” yetkisi TBMM’ye bırakılmıştır. Fransız ihtilalinin getirdiği ve dönemin yaygın *genel irade*

anlayışı 1924 Anayasasında da hakim bir anlayıştı (Ergül, 2007: 174-176). Bu anlayışa göre parlamentonun üstünde hiçbir organ yoktu ve parlamentoyu ancak kendisi denetleyebilirdi (siyasal denetim). Başka bir organın Meclis'i denetlemesi mümkün değildi. Can'a göre, Atatürk, meclisin üstünde herhangi bir organın, ikinci bir meclisin veya anayasal denetimin varlığı düşüncesine karşıydı. Sebebi ise, parlamenter demokrasi inancına sahip olması değil, pragmatik olarak bunu yanlış bulmasıydı (Can, 2010: 42).

Siyasal denetimin, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda yeterince güvence vermemesi, anayasa yargısının yaygınlaşması ve üstünlük kurmasını kolaylaştırmıştır (Atar, 2002: 318). Türkiye'de siyasal arenada kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ve anayasa yargısının gerekliliği talebi ilk olarak, 1950'den sonra iktidarı kaybeden CHP'nin 30.11.1951 tarihli 9. Kurultayında dile getirilmiştir. Çok partili hayata geçiş ile birlikte iktidarı kaybeden CHP başta olmak üzere, muhalefet partileri 10 yıllık DP dönemi boyunca anayasal güvence ve anayasal denetimin getirilmesi konusunu sık sık gündeme getirmişlerdir. CHP'nin 22.06.1953 tarihli 10. Kurultayında da hukuk devleti, anayasanın üstünlüğü ve anayasa mahkemesinin kurulması vurgulanmıştır. Yine CHP'nin 1954 yılındaki seçim beyannamesinde Anayasa mahkemesinin derhal tesis edilmesinin önemine dikkat çekilmiştir. CHP'nin 24.05.1956 tarihli 12. Kurultayında Anayasa Mahkemesinin kurulması bir zaruret olarak belirtilmiştir. Muhalefeti oluşturan CHP, HP ve CMP 04.09.1957'de yayımladıkları bildiride yine yargı bağımsızlığı ile yasama ve yürütmenin denetiminin önemi üzerinde durulmuştur. Darbe öncesi yapılan CHP'nin 12.01.1959 tarihli 14. Kurultayında "İlk Hedefler Beyannamesi"nde anayasaya uygunluk denetimin ve bu sebeple anayasa mahkemesinin kurulması gerekliliği belirtilmiştir (Ergül, 2007: 181- 184).

3.1.2. TÜRKİYE'DE ANAYASAL YARGI'NIN KURULUŞU: 1961 ANAYASASI

27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesinin ardından yapılan 1961 Anayasası, Cem Eroğul'un deyimiyle: "Türk Anayasacılık tarihinin doruk noktasını oluşturan" bir anayasadır. Uzun ve ayrıntılı olarak tasarlanan anayasada, iktidarın sınırlanması konusunda önemli yeniliklere yer verilmiş ve yargı denetimi, yargıç güvencesi gibi

birçok anayasal güvence getirilmiştir. Siyasal partiler anayasal güvenceye kavuşmuşlar, demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olarak yerlerini almışlardır. 1961 Anayasasıyla birlikte *egemenliğin kullanılışı* anlayışı da değişime uğramıştır. Daha önce millet adına egemenliği kullanan tek kurum *Meclis* iken, artık egemenlik millet adına anayasal kurallar çerçevesinde kullanılmak üzere yetkili organlar arasında paylaştırılmıştır (Eroğul, 2000: 283-286).

1961 Anayasası ile demokrasi algısı da değişmiştir, 1924 Anayasası'nda hakim olan çoğunlukçu demokrasi anlayışının ve TBMM üstünlüğünün sona erip, kuvvetler ayrılığı ilkesinin vurgulandığı bir demokrasi anlayışı getirilmiştir (Ergül, 2007: 184). 1924 Anayasası çoğunlukçu demokrasi anlayışı ve meclis üstünlüğünü benimsemişken, 1961 Anayasası çoğulcu bir demokrasi anlayışı (Hakyemez, 2003: 82), hukuk devleti ilkesi ve kuvvetler ayrılığı sistemini benimsemekteydi. Devlet idaresi yasama, yürütme ve yargı organları arasında ayrılmıştır.

1961 Anayasasında üzerinde durulan, öne çıkarılan konulardan biri de şüphesiz “insan hakları” mevzudur. “İnsan haklarına dayanan devlet” ibaresi devletin meşruiyetinin kaynaklarından biri halini almaktadır. Bireyin devlet karşısında korunması, kişi güvenliği ve düşünce özgürlüğü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (Eroğul, 2000: 284-286). Dönemin Avrupa'sında yaygın olan insan haklarının, temel hak ve özgürlüklerin korunması anlayışının etkileri Türkiye'de yeni yapılan anayasada görülmüştür. Avrupa'da, faşist iktidarların yıkılması sonucu ortaya çıkan temel hak ve özgürlüklerin korunması ihtiyacı ve buna yönelik yeni yapılan anayasalarda birçok anayasal güvence ve önlem geliştirilmiştir. Avrupa'da temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla anayasal güvence ve anayasal yargı sistemi ön plana çıkarılmaktayken, Türkiye'de de siyasal iktidarı kaybeden kesim, hem siyasal hakların hem de temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması konusunda hassasiyet gösterdiği iddia edilmektedir.

İlk Anayasamız Kanun-i Esasi ve 1924 anayasamızda öngörülen Yüce Divan kurumunun görev ve yetkileri, 1961 Anayasasıyla birlikte anayasa Mahkemesine aktarılmıştır (Atay, 2000: 194).

1961 Anayasası'nın şüphesiz en büyük yeniliği yargı alanında olmuştur. Yargıç güvencesini ve Anayasa Mahkemesini kurumsallaştırmıştır. Eroğul'un deyimiyle Anayasa Mahkemesi, "anayasal geleneğimize öyle güçlü bir biçimde girmiştir ki, artık Türkiye'de Anayasa Mahkemesi olmadan tüze (hukuk) devleti ilkesinin gerçekleşebileceğini savunmak neredeyse olanaksızlaşmıştır." (Eroğul, 2000: 290). 1961 anayasasında Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, görev ve yetkilerine dair bilgiler Anayasanın 145-152. maddeleri arasında düzenlenmiştir (Yılmaz, 2007: 170).

3.1.3. 1971 DÜZENLENMELERİ VE ANAYASAL YARGI'NIN SINIRLANMA GİRİŞİMİ

Türk siyasal hayatında, 12 Mart 1971 tarihinde Genel Kurmay Başkanı ve Kuvvet komutanları tarafından verilen muhtıra ile hükümetin geri çekilmesi istenmiştir. Eski hükümetin görevden çekilmesinin ardında yeni hükümeti kurmakla görevlendirilen Nihat Erim ve parlamentodaki siyasi partiler yeni bir anayasa yapmaktan ziyade Anayasa'da birtakım değişiklikler yoluna gitmişlerdir. Anayasa Mahkemesi de bu değişikliklerden etkilenen kurumlar arasında ön sıralarda yer almaktadır. Anayasa mahkemesine yönelik değişiklikler, üye sayısı ve üyelerinin seçilme şekillerinde değişikliğe gidilmesi, Anayasa mahkemesine dava açabilecek kuruluşların sayısında kısıtlama yapılması ve 1961 Anayasasının maddelerinin katılaştırılmasıdır (Bingöl, 1993: 198).

1971 düzenlemeleriyle birlikte Anayasada, Anayasa Mahkemesiyle ilgili olarak 145. , 147., 149., 151. ve 152. maddelerde değişiklikler yapılmıştır (Kili ve Gözübüyük: 223-225). Anayasa Mahkemesinin sınırlandırılmasına yönelik en önemli değişikliklerden biri şudur ki: 1961 anayasasının 147. Maddesinde bahsi geçen, *Anayasa Mahkemesi, kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler* ifadesi, 1971 düzenlemelerinde, *Anayasa Mahkemesi, kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler* şeklinde tekrar düzenlenmiştir (Atay, 1997: 194). Anayasa Mahkemesinin, kanun değişikliklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken sadece şekil açısından denetlemesi esası getirilmiştir. Bu hamle Anayasa Mahkemesinin yasamaya karşı ve siyasal alandaki etkisini azaltmak şeklinde de

yorumlanabilir. Bir diğ er ifadeyle, yargının siyasetçilerin yaptığı yasaların içeriğine ilişkin yorum yapmasının önlenmesi, sadece şekli sınırlar çerçevesinde karar vermesi ve Anayasa Mahkemesinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Bir diğ er önemli değişiklik ise Anayasanın 152.maddesinde gerçekleşmektedir. 1961 Anayasasında belirtilen, *Anayasa Mahkemesi kararları kesindir* ibaresinden sonra, *Karalar, gerekçesi yapmadan açıklanamaz* ifadesi getirilmiştir (Atay, 2000: 201). Anayasa Mahkemesinin kararlarını gerekçeleriyle açıklamak zorunda bırakan bu değişiklik, keyfiliğ in önünde bir önlem olarak değerlendirilebilir. Bir başka değişiklik ise 149.maddede gerçekleşmiştir, Anayasa Mahkemesine dava açabilecekler arasında *TBMM'de temsilcisi bulunan siyasi partiler* ifadesi, *TBMM'de grubu bulunan siyasi partiler* olarak değiştirilmiştir. Bu ifadeyle, küçük siyasi partiler Anayasa Mahkemesine dava açma yetkisinden mahrum bırakılmışlardır (Gören, 1999: 64).

1971 düzenlemeleri, 1961 Anayasasının geniş bir çerçevede düzenlediğ i yargı bağımsızlığı ve temel hak ve özgürlüklere yönelik belirli kısıtlamalar getirmiştir. 1961 Anayasasının, yürütmeyi sınırlayıcı girişiminin aksine, 1971 değişiklikleri, yürütmeyi güçlendirme eğilimindedir (Atar, 2002: 32).

3.1.4. 1982 ANAYASASI

12 Eylül 1980 tarihinde Silahlı Kuvvetler adına Genel Kurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarından oluşan Milli Güvenlik Konseyi ülkenin yönetimine el koymuştur. 1980-1982 arası askeri yönetim döneminde, birçok kurumun yetkileri MGK elinde bulundurmaktaydı. Yargı alanında da gerilemeler yaşanmış olup, olağanüstü hal döneminde Anayasa Mahkemesi sadece Yüce Divan sıfatıyla görev yapmıştır (Tanör ve Tüzbaşıoğlu, 2004: 9). Bu dönemde Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisinden oluşan Kurucu Meclis yeni bir anayasa yapmıştır (Bingöl, 1993: 227). Hazırlanan Anayasa 1.11.1982 tarihinde halkoylamasına sunulmuş, %91,27'lik bir seçmen katılımının olduğu oylamada % 91,37'lik bir oranla kabul edilmiştir (Tanör ve Tüzbaşıoğlu, 2004: 21).

1982 anayasasında Anayasa Mahkemesiyle ilgili hükümler 146-153. maddeleri arasında düzenlenmiştir (Kili ve Gözübüyük, 2000: 316-319). Anayasa Mahkemesinin üye sayısı azaltılmıştır, 1961 Anayasasının 145.maddesinde on beş asıl ve beş yedek üyeden oluşmaktayken, 1982 anayasasıyla beraber üye sayısı on bir asıl ve dört yedek olarak azaltılmıştır (mad.146) (Karamustafaoğlu ve Turhan, :176-177).

1982 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimini hem esas hem de şekil açısından inceleyecektir (Eroğul, 2000: 342). 1971 değişikliğiyle birlikte 147. Maddede düzenlenen Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimiyle ilgili görev ve yetkileri, *Anayasa Mahkemesi, kanunların ve TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler* olarak düzenlenmişken, 1982 Anayasasının 148.maddesinde ¹, *Anayasa Mahkemesi kanunları, KHK, TBMM İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımında uygunluğunu denetler, Anayasa değişikliklerinin ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler* olarak değiştirilmiştir (Atay, 1997: 193). 1971 değişikliğinde, Anayasa Mahkemesinin Kanun değişikliklerini sadece şekil açısından denetleyebileceği ibaresi getirilse de, uygulamada esasa yönelik incelemeler yapmaya devam etmiştir. Bu sebeptendir ki, 1982 Anayasasında da

¹ 1982 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi'nin Görev ve Yetkileri 148.maddede düzenlenmiştir.

Madde 148.:

Anayasa mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM içtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından uygunluğunu denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa mahkemesine dava açılmaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı, Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya TBMM üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna bağlı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlarının, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar.

Yüce Divan kararları kesindir.

Anayasa mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.

Anayasa Mahkemesinin kanun değişikliklerini sadece şekil açısından inceleyeceği tekrar vurgulanmıştır (Atar, 2002: 322). “1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınır oluşturan ölçüyü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden almıştır” (Turhan, 2003: 179).

Kısaca ülkemizde, 1924 Anayasası ile yasama, 1961 Anayasası ile yargı, 1982 Anayasası ile yürütme güçlendirilmiştir (Bingöl, 1993: 228).

3.2. TÜRKİYE’DE ANAYASAL YARGI’NIN SİYASALLAŞMASINA DAİR TARTIŞMALAR (2007 – 2010)

Türkiye’de, Osmanlı’dan miras kalan güçlü bir yürütme geleneği mevcudiyetinin yanı sıra yeni bir yargısal denetim sistemi kuruldu ve “bu yeni ve eski geleneğin sürtüşmesine tanık olunmaktadır” (Tanilli, : 120-121). Türkiye’de yargısal denetimin tesis edilmesinden itibaren verdiği kararlarla gündeme oturan anayasa mahkemesinin 2007-2010 arasındaki tartışmalara neden olan 3 dava ve 2010 yılındaki anayasal düzenlemeler, bu bölümün kapsamını oluşturmaktadır. 2007 cumhurbaşkanlığı seçimi ve mahkemenin 367 kararı, 2008 Türban Davası, 2008 AKP kapatma davası ve 2010 yılındaki Anayasal düzenlemeler siyasal arenada birçok tartışmanın konusunu oluşturmaktadırlar. Türk siyasal hayatının güncel konuları olması ve bu davalarla anayasal yargının siyasallaştığına yönelik iddiaların güçlenmesi gerekçesiyle bu dört olay tezin kapsamı dahiline alınmıştır. Bu dört olaya geçmeden önce, Ran Hirschl’ün “Egemeni Koruma Tezi” bağlamında Türkiye üzerinde yapmış olduğu incelemeye yer vermek faydalı olacaktır.

Hirschl, Türkiye üzerinde yaptığı araştırmasında, Anayasa Mahkemesi’nin egemen ideolojiye hizmet etmek için oluşturulduğunu ve uygulamalarıyla egemen sınıfa ilişkin bir kalkan niteliğinde varlığını sürdürdüğünü iddia etmektedir (Hirschl, 2004b, 1849-1854). Türkiye’nin birçok İslam ülkesinden farklı olarak katı bir din-devlet ayırımına sahip olduğu ve tamamıyla seküler bir devlet olarak tanımlandığından bahsetmektedir. Özellikle, 1982 Anayasasının tamamen seküler bir anlayışa sahip olmasına rağmen, Türkiye’de son yıllarda İslami anlayışa sahip partilerin yükseldiğini belirtmektedir (Hirschl, 2004b: 1848).

Batı ile askeri ve ekonomik işbirliği içinde olan Türkiye’nin, AB’ye katılma serüveniyle birlikte, halktaki anti-seküler eğilimlerin arttığına dikkat çeken Hirschl,

egemen elitlerin seküler-dinsel çatışmasını anayasa yargısına aktararak çözüm bulma arayışı içine girdiğini iddia etmektedir. Batı tarzı anayasal demokrasi çerçevesinde yapılan düzenlemelerin bir getirisi olarak anayasal denetim mekanizması tercih edilmektedir. Batı tarzı anayasal demokrasi yoluyla egemen elitler, sahip oldukları ideolojiyi korum yoluna gitmişlerdir. Yasamanın kararları karşısında alternatif kurum olarak oluşturulan Türk Anayasa Mahkemesi'nin, egemen sınıfın siyaset arenasında etkin olma avantajı sağladığını ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, parlamentonun kararlarının karşısında denetleyici bir organ konumundadır (Hirschl, 2004b: 1849).

İsrail ve Türkiye gibi, din-devlet ilişkilerinin yargıya taşındığı ülkelerde, Anayasa Mahkemesi seküler çıkarların aktif bekçisi konumuna gelmektedir. Bunun sonucu olarak siyaset mahkemelere devredilmektedir. Siyaset arenasında olan tartışmaların tüm sorumluluğunun yargıçlara bırakılmasının yanlış olduğunu belirten Hirschl, siyaset sorunlarının kaynağının mahkemelere ve yargıçlara ithaf edilmesini bir yanılğı olarak belirtmektedir (Hirschl, 2004b: 1854-1860).

Dünyada anayasa mahkemesinin iptal davası yoluyla muhalefet araçlarından biri olarak kullanıldığını söyleyen Turan, “Gerçekte mahkemelerin önüne getirilen sorunların hemen hepsi ahlaksal ve siyasetal çekişmelerdir” (Turan, 2006: 41)

Bu değerlendirmelerin ardından, siyaset ve hukuk alanında tartışmalara yol açan 2007-2008 yılları arasındaki üç davanın yaşandığı dönemi Sazak, parlamentonun sınırlanması ve yargının etkinliğinin artması açısından eleştirmektedir. Mahkemenin 367 yorumu ve ardından TBMM'den geçen türbanla ilgili anayasa değişikliğine ilişkin anayasa mahkemesinin kararının beklenmeden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından AKP kapatma davası için mahkemeye başvurulmasını “hukuk darbesi” olarak nitelendirerek bu süreci eleştirmektedir. “Başsavcı, bir ‘yasama’ faaliyetiyle ilgili süreçte Anayasa Mahkemesi kararını beklemeden AKP'nin kapatılmasını isteyerek parlamentonun görev alanını da daraltmış oldu” şeklinde ifade etmektedir (Sazak, 2008).

3.2.1. CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMİ KRİZİ VE 367 DAVASI

Türk Siyasal Hayatı'nın son beş yıl içerisindeki en büyük tartışmalarından biri olan 11. Cumhurbaşkanlığı seçimi ve 367 Kararı, Anayasa Mahkemesi'nin siyasal alandaki konumunun tartışıldığı önemli davalardan biri olarak görülmektedir

TBMM üyeleri Deniz BAYKAL, Önder SAV ve 134 milletvekili tarafından, 27.04.2007 tarihli 11. Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk oylamasında TBMM içtüzüğünün eylemli olarak değiştirildiği ve bu oylamanın Anayasanın 96. ve 102. Maddelerine² aykırı olduğu savıyla iptali ve iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar oluşan iç tüzük hükmünün yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır. Anayasa mahkemesi, bu oylamayı içtüzük değişikliği niteliğinde görerek oy çokluğuyla iptaline ve kararın resmi gazete yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına 01.05.2007 tarihinde oybirliği ile karar vermiştir.

Anayasa mahkemesinin, yürütmeyi durdurma ve iptal davası sonucu şöyledir: Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde

² Öncelikle 2007 yılında yürürlükte olan Anayasada, davada bahsi geçen Anayasa maddelerine ilişkin bilgi vermek faydalı olacaktır:

Madde: 96.:

Anayasada başkaca bir hüküm yoksa, TBMM üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.

Madde 102.:

Cumhurbaşkanı, TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. TBMM toplantı halinde değilse toplantıya çağrılır.

Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir.

En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tam sayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tam sayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal TBMM seçimleri yenilenir.

Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.

olan 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yetersayısı ile ilgili kararı, 1.5.2007 günlü, E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararlar iptal edildiğinden, bu kararın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına, 1.5.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olan 27.4.2007 günlü, 96. birleşiminde alınan 11.Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili kararın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Haşim Kılıç ile Sacit Adalı'nın karşıoyları ve oyçokluğuyla, 1.5.2007 gününde karar verilmiştir³ (Anayasa Mahkemesi Kararları, 2007/54 ve 2007/21 sayılı kararlar). (Davaya ilişkin gerekçeler Ek-1'de sunulmuştur.)

Burada en çok tartışma getiren noktalardan birisi, 11.Cumhurbaşkanı seçiminin ilk oylamasının eylemli bir İçtüzük ihlali olup olmadığıdır. Anayasa mahkemesi, bu oylamanın eylemli İçtüzük ihlali olduğu ve Anayasa mahkemesinin incelemesine tabii olduğu gerekçesiyle, dört karşı oy ile birlikte davanın esaslanmamasına oy çokluğuyla karar vermiştir. Anayasa mahkemesi, “yeni bir içtüzük düzenlemesi veya değişikliği olmadığı ve içtüzük yapılması ve değiştirilmesindeki yöntem uygulanmadığı halde değer ve etkisi bakımından birer içtüzük kuralı niteliğinde olan TBMM kararları anayasal denetime bağlı tutulabilir” düşüncesindedir. “Cumhurbaşkanı seçiminde uygulanması gereken toplantı yetersayısının, Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen TBMM üye tamsayısının en az üçte biri oranındaki toplantı yetersayısı olduğu Meclis kararıyla tespit edilmiştir” diyerek uygulamanın eylemli bir İçtüzük ihlali olduğuna kanaat getirmiştir. Davada, davanın reddinin gerektiğini ifade eden Tülay Tuğcu'ya göre, İçtüzüğe ve Anayasaya aykırı Meclis kararının denetlenmesi görevi Anayasa mahkemesine verilmemiştir ve bu yüzden Anayasa mahkemesinin bu durumu içtüzük değişikliği kabul ederek denetleme yetkisi yoktur, bu yüzden davanın reddedilmesi gerekmektedir. (Anayasa Mahkemesi Kararları, karar sayısı: 2007/54).

³ Dava ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararların ayrıntıları için bkz: 2007/54 ve 2007/21 sayılı kararlar

Mahkemenin davayı esastan incelemeyi kabul etmesinin ardından, İçtüzük ihlali olarak kabul ettiği TBMM kararını iki karşı oy ile birlikte oy çokluğuyla kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesi şöyledir: “Toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan Anayasa’nın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, bu çoğunluğun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran eylemli İçtüzük değişikliği niteliğindeki dava konusu TBMM Kararı Anayasa’nın 102. maddesine aykırıdır”. İptali gerekir. Aynı davada karşıoy kullanan Haşim Kılıç’ın gerekçesinde, Anayasanın 102. Maddesinden belirtilen 367 karar yetersayısının, oylamanın ilk turunda toplantı yeter sayısı olarak aranmasının fiiliyatta mümkün olamayacağını, bu durumun uygulamayı zorlaştıracağını, 1961 Anayasasında yaşanan Cumhurbaşkanının seçilememesi durumuyla karşı karşıya kalınacağını belirtmiştir. Kılıç’a göre 11. Cumhurbaşkanı seçiminin ilk tur oylamasında Anayasaya aykırı bir eylem yoktur (Anayasa Mahkemesi kararları, karar sayısı: 2007/54).

Anayasa mahkemesi, anayasanın maddelerini yorumlayarak bir irade beyan etmektedir. Mahkemenin verdiği karar doğrultusunda, hukukçular ve siyaset bilimciler Anayasanın ilgili maddelerinin yorumlanmışlar ve görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Tartışmalar iki ayrı görüş çerçevesinde cereyan etmektedir. Farklı görüşlere yer vermeden önce, 11. Cumhurbaşkanlığı seçiminde oylamanın ilk turunda resmi olarak 357 oy aldığı bilgisinin belirtmek gerekir. İlk görüşe göre Anayasa mahkemesinin 96. ve 102. maddeye göre verdiği karar hukuk kurallarına uygun ve doğru bir karardır. 11. Cumhurbaşkanı seçiminde, Anayasanın belirtilen maddelerine uyulmadığını ve bu seçimlerin iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Gerekçeleri ise, Anayasanın 102. maddesinde belirtilen Cumhurbaşkanının 367 oyla seçilme şartının ilk oylamada sağlanabilmesi için gerekli toplantı yeter sayısına ulaşamadığı, Cumhurbaşkanı seçiminde ilk oylamada 367 sayısına ulaşılmadan oylamanın yapılamayacağı ve ikinci tura geçilemeyeceğidir. Bu yüzden 11. Cumhurbaşkanı seçiminin iptal edilmesi gerektiği görüşündedirler. İkinci görüş ise, Anayasanın 102. maddesinde belirtilen 367 sayısının karar yeter sayısı olduğu, oysa 102.maddede toplantı yeter sayısının belirtilmediği ve bu doğrultuda anayasanın 96. maddesindeki toplantı yeter sayısı

olan üçte biri (184) şartının sağlanmasının dikkate alınması gerektiği ve ilk turda Cumhurbaşkanının seçilememesi durumunda ikinci tura geçilebileceğini savunmaktadır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararı eleştirmekte ve Mahkemenin Anayasayı aşarak siyasallaştığını iddia etmektedirler.

Öncelikle, 367 konusunda tartışan hukukçuların ve siyasilerin görüşlerine yer verdiğimizde, 367 Tartışmalarını ilk ortaya atan Yargıtay Onursal Başsavcısı Sabih Kanadoğlu'nun: "3'te 2 çoğunluğu kapsamayan bir üye katılımıyla oylamayı yapmak ve sonuç alınamadı demek hukuka karşı bir hiledir" açıklamasına benzer şekilde Eski YÖK Başkanı ve Anayasa hukukçusu Erdoğan Teziç'te: "3'te 2'nin altındaki bir sayı ile meclis toplanıp oylama yapamaz. Yaparsa bu anayasaya aykırı olur." diyerek 367 şartının aranması gerektiğini iddia etmiştir. Yine Anayasa hukukçularından Süheyl Batum'da 367 şartının sağlanmasını, Cumhurbaşkanının konsensüsle seçilmesi gerektiği kanısıyla savunmaktadır (Ntvmsnbc, 2012).. 12 Eylül günlerinin Meclis Başkanlarından Cahit Karakaş ise 102. Maddede belirtilen 367 ile toplantı sayısının da kastedildiğini belirterek şöyle yorumlamaktadır:

"3'te 2 oyla seçileceğine göre toplantıda muhakkak 3'te 2 mevcut olması lazımdır. 367 oy meclis başkanı hariç mecliste bulunması lazım. Aksi takdirde o meclis toplantısı açılmaz, o başkanlık seçimlerine geçilmez. Bunun için bir de ayrıca cumhurbaşkanının anayasanın 102. nci maddesinde nerede yapılacağına dair iç tüzükte de kayıt var. İç tüzüğün 21. nci maddesi, cumhurbaşkanlığı seçimi anayasanın 102. nci Maddesindeki hükümlere göre yapılacağı diyor."(Ntvmsnbc, 2012).

Anayasa hukukçularından Ergun Özbudun ise: "Ben kesinlikle 367 oyun toplantı için gerekli sayı olduğuna inanmıyorum. Bu iddiayı hukuken tamamen temelsiz ve mesnetsiz buluyorum" şeklinde değerlendirme yaparken, eski Adalet Bakanı Cemil Çiçek: "Bu değerlendirmelerin anayasa ve iç tüzük açısından çokta hukuki olmadığını postmodern ve ideolojik bir yorum kanaatini taşıyorum" değerlendirmesini yapmıştır. Eski meclis başkanlarından Yıldırım Akbulut: "Şimdiye kadar cumhurbaşkanlığı seçimlerinde hiçbir zaman bu 367 telaffuz edilmedi ve Özal'ın seçiminde de ben meclisi yönetiyordum, oturumu yönetiyordum ve 367 telaffuzu yapılmadı ve yapılamazdı."(Ntvmsnbc, 2012).

Anayasa mahkemesi üyelerinden, Sacit Adalı karşı oy gerekçesini açıklarken şu noktaya toplantı yeter sayısı hususunu şöyle değerlendirmektedir: “İlk oylamada 367 üyeye ‘toplansın’ diyen bir anayasa koyucunun altı gün sonra 276 milletvekilinin oyuyla Cumhurbaşkanının seçilmesine müsaade etmesi (razı olması) kendi kendisiyle çelişmesi demektir” (Anayasa mahkemesinin 26511 sayılı kararı).

Anayasanın boşluklarının, hukukçular tarafından farklı yorumlanmasından da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesinin Anayasayı yorumlarken siyasal yorum yapma olasılığının veya verdiği kararın siyasi olarak algılanma olasılığının yüksek olduğu söylenebilir.

3.2.2. TÜRBAN DAVASI

Türk Anayasa Mahkemesi’nin son beş yıl içerisinde en çok tartışıldığı davalardan biri de, kamuoyunda “Türban Davası” adıyla bilinen, 2008/116 karar sayılı davadır. 27.02.2008 tarihinde TBMM Üyesi 112 milletvekilinin, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti’nin bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un, 1. ve 2. Maddelerinin Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6.,7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. Ve 174. Maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle, Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır.

Dava dilekçesinin gerekçesi olarak, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. ve 2. Maddesinin, Anayasanın 10. ve 42. Maddelerine⁴ aykırı olduğu belirtilmiştir. Dava

⁴ 2008 tarihinde yürürlükte olan Anayasanın 10. Ve 42 maddelerinin ilgili fıkraları ve yapılması gündeme getirilen değişiklikler ve davada gözetilen maddeler şöyledir:

Madde 10.:

1.Fıkra: Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

4.Fıkra: Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.

4.Fıkra yapılmak istenen değişiklik: “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra, “**ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında**” ibaresi eklenmiştir.

Madde 42.:

1.Fıkra: Kimse, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz.

8.Fıkra: Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne olursa olsun engellenemez.

sonucunda Anayasa mahkemesi, kanun değişikliğindeki maddelerin yok hükmünde olduklarına veya iptaline karar vermiş ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüğün durdurulmasını istemiştir (Anayasa mahkemesinin 27032 sayılı kararı). (Davaya ilişkin gerekçeler Ek-2’de sunulmuştur.)

Türban davası olarak bilinen üniversitelerde başörtüsünü serbest bırakmaya ilişkin anayasa değişikliğini konu alan bu davada, tartışmalar yine iki ayrı görüşte yoğunlaşmaktadır. Birinci görüş, Anayasa değişikliklerini laiklik ilkesi doğrultusunda değerlendirerek Anayasanın 2. ve 4. maddelerinde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluş esaslarına aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesinin kararının haklı bir karar olduğu kanısındayken, diğer görüş ise, Mahkemenin Anayasada belirtilen görev sınırını aşarak, Anayasa değişikliğini şekil açısından incelemesi gerekirken, esastan inceleme yaptığı gerekçesiyle eleştirmekte ve siyasallaştığını iddia etmektedir.

Öncelikle, mahkemenin kararını savunan Oktay Ekşi’ye göre, yasama organının anayasa değişikliği yapma hakkı ve yetkisi vardır. Ancak, bu yetki Meclis tarafından, Anayasal sistemin özünü oluşturan “başlangıç” kısmına aykırı olacak şekilde kullanılırsa, Anayasal sistemi koruma görevini yürüten Anayasa mahkemesinin buna izin vermeyeceğini belirtiyor (Ekşi, 2008).

Mahkemenin, “ideolojik olarak önemsedığı konularda hukukun temel kurallarını aşarak, kendisi yasama organıymış gibi kararlar” vererek “yetki gaspı” yaptığını iddia eden Taha Akyol ise türbanı temel hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirerek bir durum tespiti yapıyor:“Mahkemenin kararlarında ideolojik faktörün ne kadar önemli olduğu şuradan da bellidir ki, temel özgürlükleri genişletmek için açılan davaların yüzde 70’ini reddetmiş, sadece yüzde 30’unu haklı bularak iptal etmiştir” (Akyol, 2008).

Anayasanın 148. maddesinde belirtildiği üzere, mahkemenin Anayasa değişikliklerini sadece şekil açısından inceleme yetkisi vardır. Ancak bu davada

6.Fıkırdaki sonra eklenen fıkra: “ kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”

Madde 2.: Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

görülmüştür ki mahkeme esasa girerek, Anayasa da belirtilen yetkilerini aşmıştır. Dahası Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana toplumsal ve siyasal alanda var olan laiklik tartışmalarını artırmıştır. Laiklik tartışmaları bu çalışmanın kapsamını aştığı için burada yer verilmeyecektir. Lakin belirtmelidir ki, Mahkeme yasalaşmamış bir değişikliği esastan inceleyerek, hem 148. maddenin sınırları dışına çıkmış hem de siyasetin seyrini etkilemiştir.

Türban kararında, yargıda siyasallaşma kavramının tanımından yola çıkarak, hukuki sınırların aşılarak mahkemenin temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik kanaatlerle karar vermediği gerekçesiyle siyasallaştığı söylenebilir. Nitekim mahkemenin, kılık kıyafet politikaları konusunda tarafsız kalması, temek hak ve özgürlükler bağlamında, din, ifade ve inanç özgürlüğünü gözetmesi beklenebilir.

3.2.3. AKP KAPATMA DAVASI

AKP kapatma davasına geçmeden önce, Türk siyasal hayatında Anayasa mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarına ilişkin yapılmış bir araştırma hakkında bilgi vermek faydalı olacaktır. TBMM araştırma merkezinin yaptığı bir araştırmaya göre, Anayasa mahkemesinin kurulmasından bu yana Türkiye'de yirmi dört siyasi parti kapatılırken, Almanya'da üç, İspanya'da bir parti kapatılmıştır. Raporu göre, Türkiye'de kapatılan partiler ve gerekçeleri şöyledir:

“Türkiye'de kapatılan 24 partiden 13'ünün gerekçesi "bölücülük" oldu. TİP, TEP, TBKP, SP, HEP, ÖZDEP, STP, DEP, SBP, DDP, EP, DKP ve HADEP "bölücülük", İÇP, TİÜP, BAP, YP ve DP ise ihtara rağmen kongresini yapmamak, hesabını süresinde vermemek, mevzuatını düzeltmemek, aykırılıkları gidermemek gerekçeleriyle kapatıldı. DRP'nin, 2 seçime katılmadığı, CHP'nin ise kapatılan partinin devamı olduğu gerekçesiyle faaliyetine son verildi. MNP laikliğe aykırı eylemler, HP laikliğe aykırı program, ÖZDEP bölücülüğün yanı sıra kısmen laiklik, RP ve FP ise laikliğe aykırı odak olma gerekçesiyle kapatıldı.” (TBMM Araştırma Merkezi Sonuç Duyurusu)

Türkiye'deki yargı sistemi ile Avrupa'daki yargı sisteminin siyasi parti kapatma davalarına yaklaşımlarının farklı olduğunu belirten Albayrak Coşkun, Venedik kriterlerinde belirtilen, öncelikle “demokratik, siyasi ve ekonomik

yaptırımlar” uygulandıktan sonra en son yol olarak parti kapatma işleminin yapılması gerektiği anlayışının uygulamada farklı olduğuna değinmektedir (Albayrak Coşkun, 2008: 141). Bu konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin yorumu şöyledir:

“Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM)’nin 18 Nisan 2008 tarihli AKP’nin kapatma davasına ilişkin bildirgesinde, Türkiye’nin parti kapatma geleneği olduğu vurgulanmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 10. Ve 11. Maddeleri hatırlatılarak her görüşün anayasal düzeni değiştirme hedefi varsa şiddet içermediği müddetçe her türlü düşüncenin siyasi oluşuma gidebilme özgürlüğünün olması gerektiği ifade edilmektedir.” (Aktaran: Albayrak Coşkun, 2008: 141).

Anayasa Mahkemesinin, kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden destek aldığını belirten Turan: “Anayasa Mahkemesi bu hükümleri uygularken, aynı zamanda da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “bölücü ve dinci partileri” korumadığı göstermeye çalışmış ve bu arada Sözleşmenin ilgili maddelerini kendine göre yorumlamıştır” (Turan, 2003: 185). “Anayasa mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında, sanıyorum ki, Siyasi Partiler Yasasının Sözleşmeye aykırı hükümlerini uygulamadığı, bunun yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uyguladığı takdirde anayasacılık açısından gerçekleştirmek zorunda olduğu fonksiyonuna daha iyi hizmet etmiş olacaktır” (Turhan, 2003: 192).

AKP kapatma davasına baktığımızda, 2008 yılında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından, Adalet ve Kalkınma Partisinin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği savıyla Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası, 69. maddesinin altıncı fıkrası ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu’nun 101. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 103. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca temelli kapatılmasına karar verilmesi istemiyle Anayasa mahkemesine başvurmuştur. Davanın sonucunda, altı üyenin “Partinin kapatılması”, dört üyenin ise “Parti’nin kapatılması yerine Devlet yardımından yarı oranında yoksun bırakılması”, Haşim KILIÇ’ın ise “davanın reddi” gerektiği yolundaki oyu sonucunda, Anayasa’nın 149. maddesinin birinci fıkrasında siyasi partilerin kapatılması için öngörülen nitelikli çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle, en aleyhe olan oyların

kendisine daha yakın olan oylara katılmasıyla, Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Adalet ve Kalkınma Partisi'nin 2008 yılında aldığı (son yıllık) devlet yardımı miktarının yarısından yoksun bırakılmasına karar verilmiştir.⁵

AKP kapatma davasına ilişkin Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu karar hukukçular tarafından farklı yorumlanmaktadır. Burada bir görüş bunun AKP'ye yapılmış bir ikaz olarak değerlendirirken, diğer bir görüş ise Anayasa Mahkemesi'nin kararını eleştirmektedir. İlk görüşten bir örnek vermek gerekirse:

“Eski Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu: Anayasa Mahkemesi'nin AKP'nin kapatılmaması yönündeki kararını laik cumhuriyete karşı eylemlerin odağı olduğu tescil edilen bir siyasi partiye verilmiş bir ikaz olarak değerlendiriyorum. (Tekrar bir kapatma davası açılabilir mi sorusuna cevaben) Tabii açılabilir. Açılmaması için hiçbir sebep yok. Daha enteresan bir şey şudur: Odak olma konusunda, odak olduğu tespit edilmiş bir partidir. AKP'nin bundan sonra dikkatli olması gerekiyor.” (Radikal, 2012).

Anayasa mahkemesinin kararını eleştiren hukukçulardan Turhan ve Özbudun'un davaya ilişkin değerlendirmeleri şöyledir.

“Eski Anayasa Mahkemesi raportörü Prof. Dr. Mehmet Turhan: Kapatma kararı için nitelikli çoğunluk gerekiyor. Diğer kararlar için ise salt çoğunluk gerekiyor. Salt çoğunluk olmadan nasıl böyle bir karar alındığını anlamış değilim... Prof. Dr. Ergun Özbudun: Gerek AB standardına, gerek Türk Anayasa hukuku parti kapatma kriterlerine aykırı

⁵ **Madde 68/ 4:**

Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf ve zümre diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.

Madde 69/6:

Bir siyasi partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde temelli kapatma kararı verilir.

Madde 149/1:

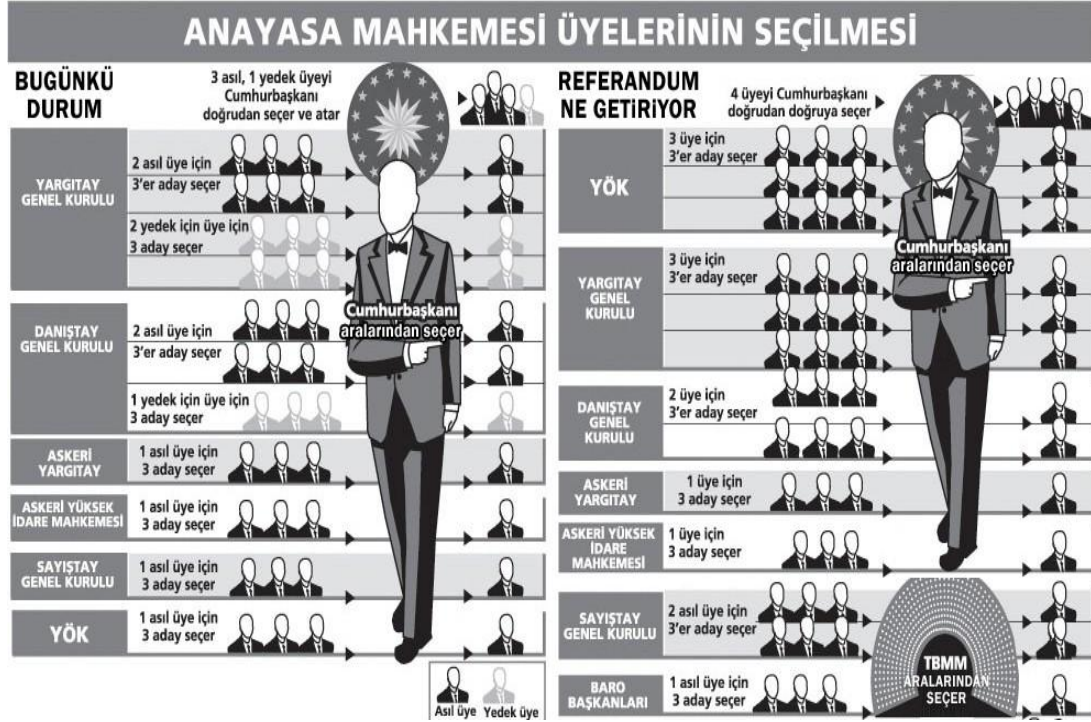
Anayasa Mahkemesi, Başkan ve on üye ile toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Anayasa değişikliklerinde iptal ve siyasi parti davarında kapatılmaya karar verebilmesi için beşte üç oy çokluğu şarttır.

buluyorum. Devlet yardımında yoksun bırakılmasına karar vermek için de kapatmadaki aynı kriterler aranıyor; partinin Anayasa'ya aykırı faaliyetlerin odağı haline gelmiş olması. Tek fark eylemlerin ağırlık derecesinde. Doğru olan karar davanın reddiydi. Bu bakımdan karar eleştiriye açıktır. 6 oyun kapatma yönünde çıkması da Anayasa Mahkemesi'ndeki yasakçı yapının sürdüğünü gösteriyor” (Radikal, 2012).

3.2.4. 2010 DÜZENLEMELERİ

2010 yılında, TBMM tarafından kabul edilen kanun değişikliğinin ardından, CHP 111 milletvekilinin imzası ile birlikte, değişikliğin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa değişikliklerini sadece şekil açısından denetleme yetkisi olan anayasa yargısının, bu davada ilk üç madde kapsamında esastan inceleme yapıp yapmayacağı tartışmalara konu olmuştur. Davada, Anayasa Mahkemesi, sadece şekil yönünden inceleme yapacağına karar vermiştir.

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun değişikliği, Cumhurbaşkanı tarafından 12 Eylül 2010 tarihinde halkoylamasına sunulmuştur. Halkoylaması sonucu %57,88 evet, %42,12 hayır oyuyla değişiklikler kabul edilmiştir. 2010 referandumu ile en çok değişikliğe uğrayan kurumlardan biri Anayasa Mahkemesidir. Anayasa Mahkemesiyle ilgili, 146., 147., 148. Ve 149.maddelerde düzenlemelere gidilmiştir (5982 Sayılı Kanun Değişikliği). Anayasa Mahkemesinin üye sayısı artırılmış, üyelerin seçim usulü değiştirilmiş, bireylerin Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı getirilmiş ve Anayasa Mahkemesinin yapısı değiştirilmiştir.



Tablo 1. Anayasa Mahkemesinin 12 Eylül 2010 Referandum'u öncesi ve sonrasının üye seçim tablosu (Hürriyet, 2010)

1961 Anayasasından beri tek kuruldan oluşan Anayasa Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi gibi, artık bölümlere ayrılmıştır. Yeni yapısı bir Genel Kurul ve iki bölümden oluşmaktadır. Genel Kurul'un görevi, siyasi parti davaları, itiraz ve iptal davaları ile Yüce Divan sıfatıyla ilgili yargılamalara bakmakken, bölümlerin görevi ise bireysel başvurulara bakmaktır. Ayrıca Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme yolu açılmıştır. En önemli değişikliklerden biri de, siyasi parti kapatma oranının 3/5'iken, 2/3 olarak değiştirilmesidir. Siyasi parti kapatmaları zorlaştırılmış, eylem ve sözleriyle partisinin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasına neden olan milletvekillerinin, milletvekilliği düşürülmeyecektir.

Yapılan bu değişiklikle birlikte, anayasa mahkemesinin üç üyesinin meclis tarafından seçilecek olması, anayasa mahkemesinin siyasallaşacağı ve bu durumun kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu iddiaları gündeme gelmiştir. Bu durum iki ayrı görüşün ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bir tarafta, anayasa mahkemesinin halktan kopuk bir yargıçlar kurumuna dönüşmesindense, milli

iradenin temsil edildiği meclisten de birkaç temsilcinin bulunması gerektiği görüşü, diğer tarafta ise, siyasilerin yaptığı kanunları denetleyen bir kurumda siyasi temsilcilerin var olmasının, mahkemenin siyasi bir kuruma dönüşeceği görüşü yer almaktadır. Bundan önceki üç dava da yargının siyasallaştığı iddiaları iktidara yakın çevreler tarafından dile getirilmekteyken, 2010 düzenlemeleriyle birlikte yargının siyasallaştığı iddiaları muhalefet tarafından gündeme getirilmiştir.

Ana muhalefet partisi CHP'nin sitesinde yayınladığı “Yargıya Baskı” başlıklı yazıda, 2010 değişiklikleri ve yargı değerlendirilmektedir:

“Parlamentonun çıkardığı yasaların denetlenmemesi üzerine kurulu bir düşünceyle, böyle bir Anayasa Mahkemesi için artık, anayasa yargısından değil, onay makamından söz edilebilir. Anayasa Mahkemesinin, siyasi parti kapatma davaları ve Yüce Divan görevi göz önünde bulundurulduğunda, üye kadrosuyla oynamanın önemi daha fazla görülecektir” (CHP, 2010: 5).

Yargıtay Başkanı Hasan Gerçeker yargı alanında yapılan ve bundan sonra yapılacak olan değişikliklerle ilgili yargının siyasallaşacağını ve yürütmenin etkisi altında olacağını ifade ettiği konuşmasının bir kısmı şöyledir (Cumhuriyet, 2012):

"Bu şekilde bir düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin tamamen yürütmenin etki alanına girmesine neden olacak ve beraberinde de büyük ölçüde siyasallaşma eleştirilerini getirecektir... Bireysel başvuru hakkı demokrasinin, temel insan hak ve özgürlüklerinin temel ögesi olarak gösterilmekte ise de, Avrupa Birliği üyesi olan ve olmayan pek çok ülkede Anayasa Mahkemesi olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi olan pek çok ülkede bireysel başvuru hakkı da bulunmamaktadır. Bireysel başvuru hakkının, hukukun temel ilkelerinden olan 'kesin hüküm' kavramı ile de hiçbir şekilde bağdaşamayacağı ortadadır... Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesini tamamen ortadan kaldırarak adeta kuvvetler birliğine dönüş olacak, yargı bağımsızlığını büyük ölçüde ortadan kaldıracaktır. Siyasal iktidarın kötüye kullanılmaması ve özgürlükçü demokrasinin gerçekleşebilmesi için kuvvetler ayrılığı en baş koşuldur.”

2010 düzenlemeleriyle yargısının siyasallaşacağı iddialarına karşın, AK Parti Genel Başkan Yardımcısı Abdülkadir Aksu: “Yapılmak istenen değişikle

yargının siyasallaşması gibi bir şey kesinlikle söz konusu değil, tam tersine, yargı siyasallaşmaktan kurtuluyor. Yapılan hazırlıkları bu anlamda değerlendirmek lazım” (Zaman, 2012) şeklinde bir değerlendirme yapmaktadır. Benzer şekilde, dönemin Kültür ve Turizm Bakanı Ertuğrul Günay konuyla ilgili şu örneği vermektedir:

“Ana muhalefet başkanının içinde bulunduğu Meclis, 80'den önce Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiyordu. Anayasa Mahkemesi'nin eski başkanlarından Sayın Yekta Güngör Özden, TBMM tarafından seçilmiş bir üyedir. Eski baro başkanıdır.” (Haberingündemi, 2012)

Anayasanın salt hukuki bir metin olmadığı ve siyasi bir metin olarak nitelendirilmesi düşüncesi, anayasa mahkemesinin de siyasetten uzak kalmamasını gerektiği görüşüne neden olmaktadır. Bu noktada anayasanın halkın temsilcileri tarafından yorumlanması anlayışı öne çıkmaktadır. Benzer bir şekilde Göktürk, anayasa mahkemelerinin siyasetten uzak kalmasının meclisten ve demokrasiden uzaklaşacağı endişesinden yola çıkarak, yargının siyasallaşma tartışmalarına şöyle açıklama getirmektedir:

“Muhalefetin **"Yargı siyasallaşıyor"** feryatlarının tam tersine, özellikle anayasa yargısının siyasal olanla, yani halkın talepleriyle iletişim içinde olması için yollar arıyor, ancak böylece belli bir meşruiyet kazanabileceğini savunuyor. Zaten Avrupa ülkelerinin hemen hemen tamamında yüksek yargı organlarının üye seçiminde parlamentolara önemli bir pay verilmesinin sebebi de bu düşünce. Örneğin bugün demokrasinin inşa sürecini yaşamakta olan eski Doğu Avrupa ülkelerinin yeni kurulan anayasa mahkemelerinin hemen hepsinde bütün üyeler parlamento tarafından seçiliyor... Bir başka deyişle, rahatsız olunan şey Anayasa Mahkemesi'nin siyasileşmesi değil, bürokratik elitin oluşturduğu devlet siyasetinden kopup seçilmiş parlamentoların oluşturduğu demokratik siyasetlerle ilişkilendirilmesidir” (Göktürk, 2010).

Anayasa mahkemesine dair, 2010 düzenlemeleri, anayasal yargıda siyasallaşma tartışmalarıyla gündeme gelmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin, siyaset ve hukuk arasındaki konumu bundan önce olduğu gibi, bundan sonrada tartışmalara konu olacaktır. Diğer ülkelerde ve uluslararası açıdan önemi artan

anayasa yargısının, Türkiye'deki gelişim sürecine baktığımızda 2010 değişikliğiyle birlikte artık Anayasa Mahkemesinin yapısı, siyasi ve hukuki hayattaki konumu değişmiş görünmektedir.

SONUÇ

Anayasa yargısı, kurulduğu günden bugüne, küresel bir eğilimle yaygınlaşmış ve güçlenmiştir. Bugün, dünyadaki ülkelerden anayasa yargısına sahip olmayan ülke sayısı oldukça azdır. Amerikan anayasallaşmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan anayasa yargısı, anayasaları güvence altına alan bir kurum olarak algılanmaktadır. Hukuk devletinin gerçekleşebilmesinin, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasının bir gerekliliği konumundadır.

Fransız İhtilali'nin ardından yükselen “halk egemenliği” anlayışının bir getirisi olan meclis üstünlüğü sistemin yerini, İkinci Dünya Savaşı sonrası “hukuk devleti” ve “temel hak ve özgürlüklerin korunması” anlayışı almaktadır. Bu kavramlar anayasal düzenlemelerle güvence altına alınmaktadır. Hukuk devletinin sağlanabilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi, anayasa yargısının meşruiyetini oluşturmaktadır. Yeni demokrasilerin ve yeni anayasaların yapılması, yeni anayasacılık akımıyla birlikte parlamenter sistemlerin bir dönüşüm yaşadığı söylenebilir. Bu noktada, kuvvetler ayrılığı ilkesinin ön plana çıkması, parlamenter sistemdeki güçlü meclis algısını değiştirmektedir.

Dünya üzerinde bir anayasallaşma süreci vardır. Bu anayasallaşma sürecine ve bu sürecin bir çıktısı olarak anayasa yargısının yaygınlaşmasına ilişkin birtakım yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bu yaklaşımlardan çalışmanın dayanağını oluşturan üç tez belirlenmiştir. Bunlar, Ran Hirschl “Egemeni Koruma Tezi”, Tom Ginsburg “Siyasal Sigorta Tezi” ve Alec Stone Sweet “Siyasetin Yargısallaşması Tezi”dir. Bu tezler, küresel düzeyde değişen siyasal sistemleri ve anayasa yargısının komunu açıkladıkları için, çalışmanın amacı açısından oldukça önemlidirler.

Bu çalışma, anayasa yargısının, ortaya çıkışından bu yana, küresel çapta, siyasal alanda etkin bir konuma getirilmesi süreci hakkında bilgi vermektedir. Siyasal alandaki etkinliğinin artırılması, “yargının siyasallaşması” kavramı kapsamında açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kavram, siyasal problemlerin yargıya intikal ettirilerek yargı yoluyla çözülmesi ve mahkemelerin siyasal olayların önemli bir aktörü haline gelmesini ifade etmektedir.

Çalışmanın dayanağını oluşturan tezler kapsamında incelenen ülkelere baktığımızda, Amerika başta olmak üzere, anayasa yargısının oluşturulmasında, siyasal etkenlerin bulunduğu söylenebilir. Amerika’da seçimleri kaybeden başkanın, Yüksek Mahkeme’yi anayasal düzenlemeler ile etkilemeye çalıştığı davada ve Fransa’da Anayasa Konseyi’nin 1974 düzenlemeleriyle parlamento çoğunluğuna karşı muhalefete bir siyasal etkinlik yolu açılmaya çalışılmıştır. Yine Federal Almanya örneğine baktığımızda, Federal Yüksek Mahkeme’nin her ne kadar faşist rejim sonrası, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla kurulmuş olmasına rağmen, uygulamada, özellikle davalara bakan dairelerin siyasal eğilimlerinin etkin olduğu söylenebilir. İtalya örneğinde ise, iktidarda olan partinin egemenliğini kaybetme kaygısıyla anayasa yargısını oluşturduğunu görmekteyiz. İsrail’de ise, egemen elitlerin, yükselen siyasi muhalefet partileri karşısında egemenliklerini koruma ihtiyacına girmişler ve anayasa yargısını oluşturmuşlardır. Pakistan örneğine gelince, Pakistan Anayasa Mahkemesi, değişen siyasal iktidar üzerinde önemli etkilerde bulunmaktadır. Yeni Zelanda ve Güney Afrika örnekleri de anayasa yargısının siyasal, ekonomik ve toplumsal konulardaki etkinliğinin örnekleri arasında incelenmiştir.

Araştırmanın Türkiye örneğinde de, dünya üzerindeki eğilime paralel olarak anayasa yargısının güçlendirildiği söylenebilir. İkinci Dünya Savaşı sonrası Türkiye’de ilk yapılan anayasa olan 1961 Anayasası, o döneme ait eğilimlerden etkilenerek temel hak ve özgürlükleri esas alan bir anayasadır. Temel hak ve özgürlükleri esas alması, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemesi ve hukuk devletinin vurgulanması, parlamenter sistemin dönüşmesi açısından incelenen diğer ülkelerle benzerlik göstermektedir. 1971 düzenlemeleriyle kısıtlanan Anayasa Mahkemesi, 2010 düzenlemesiyle birlikte yapısında birtakım değişimlere uğramaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarla siyaset ve hukuk tartışmalarının gündemine oturmaktadır. Burada tezin sınırlılıkları açısından 2007 ve 2010 arasındaki dört önemli gelişme incelenmeye çalışılmıştır. 2007 yılındaki 367 kararı, 2008 yılındaki Türban kararı ve AKP kapatma davası “anayasa yargısının siyasallaşması” tartışmaları açısından önemli birer örnek olaydır. Yine 2010 düzenlemelerinde, Anayasa mahkemesinin üye seçimin ve mahkemenin yapısının

değiştirilmesi açısından, “anayasa yargısının siyasallaşacağını” gündeme getirilmiştir. Burada önemli bir nokta, 2007-2008 döneminde anayasa yargısının siyasallaştığını savunan kesim ile 2010 düzenlemelerinde anayasa yargısının siyasallaştığını savunan kesim farklıdır.

Küresel düzeyde değerlendirmek gerekirse, çeşitli ülkelerde, farklı gruplar tarafından değişik zaman dilimlerinde siyasi gelişmelerin gerektirdikleri doğrultusunda “yargıda siyasallaşma” iddiaları ortaya atılmıştır. Anayasa yargısı kurulduğu günden itibaren, kuruluşuna sebep olan dava da dahil, Dünyada ve Türkiye’de incelediğimiz bir çok örnek davada da görüldüğü üzere siyasallaştığı iddialarıyla karşı karşıya kalmıştır. Yargının siyasallaştığını savunan, görüşler ve siyasi gruplar, -ideolojik eğilimlerinin ne olduğu fark etmeksizin- siyasi gelişmeler neticesinde birçok ülkede değişecektir. Anayasa yargısının hukuk ile siyaset arasındaki kilit bir noktayı teşkil etmesi, zaman zaman onun hukuki niteliğinden ziyade siyasi niteliğinin öne çıkmasına neden olmuştur. Siyasallaştığı iddiaları Anayasa Mahkemesi var olduğu sürece devam edebilir, çünkü mahkeme verdiği kararlar ile belli bir kesimi memnun ederken, belli kesimler tarafından eleştirilecektir. Yani küresel düzeyde ve ülke içinde değişen siyasi dinamikler doğrultusunda siyasallaşmayı iddia eden görüşler ve gruplar değişebilir, ancak “Yargıda Siyasallaşma” savları birçok dönemde var olmaya devam edecektir. Hatta tarihte ve günümüzde çeşitli örneklerde görüldüğü gibi siyasiler tarafından düzenlemelere gidilerek yapısı, karar verme şekli ve inceleme alanı değiştirilmesi gündeme gelebilecektir.

“Yargıda Siyasallaşma” kavramının tanımında açıklanan duruma uygulamada dünyadan birçok örnek verebilmekteyiz. Türkiye’ye baktığımızda da “siyasallaşma” iddialarının Türk siyasal hayatı boyunca farklı görüşler tarafından sıkça gündeme getirildiği bilinmektedir. Çalışmada ele alınan üç dava oldukça güncel oldukları ve tartışmaları hem hukuken hem de siyaseten de üst düzleme taşıdıkları gerekçesiyle seçilmiştir. Ayrıca çalışmanın kapsamı içinde olan, ancak son günlerde “yargıda siyasallaşma” iddialarını tekrar gündeme getiren bir düzenleme vardır. 12 Eylül 2010 Anayasa değişiklikleriyle birlikte mahkemenin yapısı değiştirilmiştir. Yukarıda ele alınan üç davada iktidar tarafından “yargıda

siyasallaşma” iddiaları gündeme getirilirken, son değişikliklerde muhalefet tarafından “yargının siyasallaştığı” iddiaları gündeme getirilmektedir. Görüldüğü üzere “yargıda siyasallaşma” durumu farklı dönemlerde, farklı siyasi düşünürler ve medya tarafından savunulmaktadır.

Tezin temelini oluşturan üç savunudan yola çıkılarak şu söylenebilir: Dünyanın birçok ülkesinde siyasal gücü elinde bulunduranlar, anayasa yargısı yoluyla siyasete yön vermek eğilimindedirler. Anayasa yargısının çıkış noktası Amerika’da ve dünyanın diğer ülkelerinden verdiğimiz örneklerde de bu durum açıkça görülmektedir. Türkiye örneğinde de Anayasa Mahkemesinde görülen davalarda sıkça “yargının siyasallaştığı” iddiaları ortaya atılmaktadır. Türkiye’de özellikle kilit konumdaki bazı siyasi sorunların yargıya taşındığı dikkatleri çekmekte olup, Anayasa Yargısının siyasal alandaki etkisini artırmaktadır.

KAYNAKÇA

1. Basılı Kaynaklar

AKYOL, Taha, “Yetki Gaspı”, *Milliyet*, 23 Ekim 2008.

ALBAYRAK COŞKUN, B. (2008) “Türkiye’de Siyasi Kapatma ve Avrupa Örnekleri. Parti Kapatmak Demokrasi Tehdidi mi?”, *Memleket Siyaset Yönetim Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 7

ATAR, Yavuz, (2002) *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 2. Baskı, Konya.

ATAY, Cevdet, (1997) *Karşılaştırmalı Türk Anayasaları*, Ekin Kitabevi Yayınları, İstanbul.

AUTHEMAN, Violaine (2004) *Global Lessons Learned: Constitutional Courts, Judicial Independence And The Rule Of Law*, Edt: Keith Henderson, Çev: Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü.

BELGE, Ceren (2006) *Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey*, *Law and Society Review*, Vol:40 No:3

BİLA, Fikret, “Marbury – Madison Davası ve Bükülmez Anayasa”, *Milliyet*, 13 Haziran 2008

BİNGÖL, İrfan (1993) *Ülkemizde Anayasa Hareketleri*, Atak Ofset, Ankara.

BLAUSTEIN, Albert P., (2004) “ABD Anayasası: Amerika’nın en önemli ihracatı”, *Demokrasi Konuları*, *Yeni Doğan Demokrasiler ve Anayasallaşma*, ABD Dışişleri Bakanlığı Elektronik Dergisi, Cilt 9, Sayı 1.

CAN, Osman (2010) *Darbe Yargısının Sonu*, Timaş Yayınları, İstanbul.

CHP (2010) *Yargıya Baskı*, Genç Ofset, Ankara

DERDİMAN, R. Cengiz, (2006) *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Alfa Akademi Yayınları, Bursa

DERDİMAN, R. Cengiz, (2010) Anayasa Yargısının “Siyasallaşmasına” Çözüm Olarak Türkiye Örneğinde Farklı Bir Anayasa Mahkemesi Modeli, *Ekev Akademi Dergisi*, Yıl: 14 Sayı:43

EKŞİ, Oktay, “Anlamayana Anlatırlar”, *Hürriyet*, 23 Ekim 2008.

EROĞUL, Cem (2000) *Anatüzeğe Giriş*, İmaj Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara.

ERGÜL, Ozan (2007) *Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınları, Ankara

ERDOĞAN, Mustafa (2004) *Anayasa Hukukuna Giriş*, Adres Yayınları, Ankara

GINSBURG, Tomas (2001) “Confucian Constitutionalism: Globalization And Judicial Review In Korea And Taiwan”, Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series Research Paper No. 00-03

GINSBURG, Tom (2003) *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge University Press, New York.

GOLDSTEIN, Leslie Friedman (2004) “From Democracy to Juristocracy (Review Essay)”, *Law and Society Review*, Vol. 38, Number. 3.

GÖKTÜRK, Gülay “Yargının Siyasallaşması”, *Bugün*, 26 Mart 2010

GÖREN, Zafer (1999) *Anayasa Hukukuna Giriş*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir.

GÖZE, Ayferi (2005) *Siyasal düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, 10. Baskı, İstanbul.

GÖZLER, Kemal, (1999) *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Ekin yayınları, Bursa

GÖZLER, Kemal, (2003) *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınları, 3. Baskı, Bursa

GÖZLER, Kemal, (2005) *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2003) “Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau Ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi” , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı:4, S: 69-92.

HART, Vivien, (2004) “ Demokratik Anayasa Yapımı: Güney Afrika Deneyimi”, *Yeni Doğan Demokrasiler ve Anayasallaşma*, ABD Dışişleri Bakanlığı Elektronik Dergisi, Sayı:1, Cilt:9.

HIRSCHL, Ran (2004a) *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences Of The Constitutionalism*, Harvard University Press, America.

HIRSCHL, Ran (2004b) “Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales”, *Texas Law Review*, Vol. 82, Number 7.

HIRSCHL, Ran (2005) “Constitutionalism, Judicial Review and Progressive Change: A Rejoinder to McClain and James E. Fleming”, *Book Review Essay*, Vol. 84, Number 2.

HEKİMOĞLU, M. Merdan, (2004) *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara

ISSACHAROFF, Samuel (2004) “Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies”, *Texas Law Review*, Vol. 82, Number 7, S: 1877-1893.

KABOĞLU, İbrahim (1993) “Kelsen Modeli ‘Sınırları’nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları” *Anayasa Yargısı* 10, AYM. Yay., s. 381-403.

KABOĞLU, İbrahim, (1994) *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, Birinci Baskı, Ankara

KABOĞLU, İbrahim, (2007) *Anayasa Yargısı*, İmge Kitabevi, Dördüncü Baskı, Ankara.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer (1968) “Anayasa Yargısının Önemli Sorunları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:25 Sayı:3-4 S.91-100

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer ve TURHAN, Mehmet (1986) *1961-1982 T.C. Anayasaları: Karşılıklı Metinler*, Teori Yayınları, Ankara.

KESKİNSOY, Ömer (2011) “Anayasal Değişikliklerine Dair Kanunların Yargısal Denetimine Eleştirel Bir Bakış”, *Liberal Düşünce*, Sayı: 63, Yaz, S:169-177.

KİLİ, Suna ve GÖZÜBÜYÜK, Şeref (2000) *Türk Anayasa Metinleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Baskı, İstanbul.

LİJPHART, Arend, (2006) *Demokrasi Motifleri*, Salyangoz Yayınları, Çev: Güneş Ayaz, İstanbul.

MONTESQUIEU, (1963) *Kanunların Ruhu Üzerine – I*, Çev: Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm Yay., Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun, (2007a) *Çağdaş Türk Politikası: Demokratik Gelişimin Önündeki Engeller*, Doğan Yayıncılık, Çev: Ali Resul Usul, İstanbul

ÖZBUDUN, Ergun (2007b) “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 62, Sayı: 3, S: 258-268.

ÖZTÜRK, Namık Kemal (2011) *Anayasaya Giriş*, Birleşik Matbaacılık, Birinci Baskı, İzmir.

ROESLER, Shannon, (2007) “Permutations of Judicial Power: The New Constitutionalism and the Expansion of Judicial Authority”, *Law & Social Inquiry*, Volume 32, Issue 2, 545-579

SAZAK, Derya, “AKP Davası”, *Milliyet*, 07 Mayıs 2008.

SCHWARTZ, Herman, (2004) “Anayasası Temel Taşları”, Demokrasi Konuları, *Yeni Doğan Demokrasiler ve Anayasallaşma*, ABD Dışişleri Bakanlığı Elektronik Dergisi, Cilt 9, Sayı 1.

SELÇUK, Sami, (2007) *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, Yay. Haz: Cengiz Otacı, İmge Kitabevi, Ankara

SEVİNÇ, Murat (1996) “Yüce Mahkeme”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Sayı: 1-4, Cilt: 51, S: 391-407.

SHAPIRO, Martin and STONE SWEET, Alec, (2002) *On Law, Politics & Judicialization*, Ed: Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, Oxford University Press, New York.

SPECTOR, Horacio, (2003) “Judicial Review, Rights, And Democracy”, *Law and Philosophy* 22 s.285-334

STONE SWEET, Alec, (2000) *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, Oxford

STONE SWEET, Alec, (2002) “Constitutional Courts and Parliamentary Democracy”, *West European Politics*, Vol.25, No.1, pp.77–100 London.

TANİLLİ, Server, (2007) *Devlet ve Demokrasi*, Alkım Yayınevi, İstanbul

TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2004) *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 6.Baskı, İstanbul.

TEZİÇ, Erdoğan, (1991) *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım, 2. Baskı, İstanbul.

TURHAN, Mehmet, (2003) *Anayasal Devlet*, Naturel Yayınları, Ankara

TURHAN, Mehmet, (2006) “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Edt: Mehmet Turhan, Hikmet Tülen, Sfn Yayıncılık, Ankara

TURHAN, Mehmet (2007) “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62-3

TÜRE, İlknur (2006a) “Anayasa Mahkemesi ve Parlamenter Demokrasi”, *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Sayı: 28

TÜRE, İlknur (2007) “Ran Hirschl, Anayasal Denetim, Sekülerizm”, *Türkiye Günlüğü Dergisi*, Yaz Gündemi.

ÜNSAL, Artun (1980) *Siyaset Ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara.

VOLCANSEK, Mary L. (2010) “Bargaining Constitutional Design in Italy: Judicial Review as Political Insurance” *West European Politics*, Vol. 33, Number.2, S: 280-296.

YILMAZ, Faruk, (2007) *Türk Anayasa Tarihi*, Berikan Yayınları, Ankara.

2. Elektronik Kaynaklar

Anayasa Mahkemesi Kararları, www.anayasa.gov.tr

Anaya Mahkemesi 27032 sayılı kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2608&content= Erişim Tarihi: 22.08.2012

Anayasa Mahkemesinin 12 Eylül 2010 Referandum’u öncesi ve sonrasının üye seçim tablosu, http://dosyalar.hurriyet.com.tr/anayasa_secim1.gif Erişim Tarihi: 12.07.2012

ARMAĞAN, Servet (2010) Pakistan Yüksek Mahkemesi, <http://servetarmagan.wordpress.com/2010/05/12/pakistan-yukse-mahkemesi/> Erişim Tarihi: 17.04.2012

ÇAĞLAR, Bakır, (1985) “Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Yargısı ders notları, www.iudergi.com/tr/index.php/hukukidare/article/viewFile/2688/2274 Erişim Tarihi: 29.02.2012.

NİTAS, Koraltay, “Fransa Yönetim Sistemi”, Dünya Kamu Yönetimi Araştırma Projesi, http://arem.gov.tr/proje/yonetim/Dunyada_Kamu_yon/fransa.pdf Erişim Tarihi: 27.06.2012.

ONAR, Erdal <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/erdal-onar/kanunlarin-anayasaya-uygunlugunun-siyasal-ve-yargisal-denetimi-ve-yargisal-denetim-alaninda-ulkemizde-unculer/birinci-kisim.pdf>, Erişim Tarihi: 12.12.2011.

ÖZEN, Hikmet, (2010) Siyaset, Yargı ve Demokrasi, *Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Tartışma Metinleri Toplantısı*, <http://pol.atilim.edu.tr/files/Siyaset.pdf> Erişim Tarihi: 05.04.2012.

ŞAHİN, Ali (2009a) Pakistan'ın Meçhule Yürüyüşü, <http://www.gasam.org.tr/Post.aspx?PostId=11&CategoryId=2> Erişim Tarihi: 17.04.2012

ŞAHİN, Ali (2009b) Pakistan'da "Kemik Dalaşı" <http://www.gasam.org.tr/Post.aspx?PostId=12&CategoryId=2> Erişim Tarihi: 17.04.2012

TBMM Araştırma Merkezi Sonuç Duyurusu, http://www.meclishaber.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=49226 Erişim Tarihi: 17.06. 2012.

TBMM Başkanlarıyla birlikte yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimi tartışmaları: <http://arsiv.ntvmsnbc.com/ntv/metinler/neden/20070410.asp> Erişim Tarihi: 17.06. 2012.

UZUN, Şentürk, “Federal Almanya Yönetim sistemi” , Dünya Kamu Yönetimi Araştırma Projesi, http://www.arem.gov.tr/proje/yonetim/Dunyada_Kamu_yon/almanya.pdf Erişim Tarihi: 27.06.2012.

YARARSOY, Dursun, “Yargının Siyasallaşması ve Siyasetin Yargısallaşması”, <http://websitem.gazi.edu.tr/site/dursun.yararsoy/files>, Erişim Tarihi:25.04.2011.

Yargıtay Başkanı Hasan Gerçeker’in 2010-2011 Adi Yıl açılış konuşması ile ilgili haber <http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=170786> Erişim Tarihi: 13.07.2012

5982 Sayılı Kanun Değişikliği,
<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm> Erişim Tarihi: 18.06.2012.

http://www.bbc.co.uk/turkish/news/story/2004/01/printable/040112_pakistan_rehber.shtml Erişim Tarihi: 17.04.2012

<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=976375> Erişim Tarihi: 13.07.2012

<http://www.milliyet.com.tr/pakistan-anayasa-mahkemesi-adalet-bakanini-ifade-vermeye-cagirdi/dunya/sondakikaarsiv/14.05.2010/1238000/default.htm>
Erişim Tarihi: 17.04.2012

<http://www.haberingundemi.com/haber/Bakan-darbecileri-Allah-a-havale-etti/30256> Erişim Tarihi: 13.07.2012

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=891168&CategoryID=78> Erişim Tarihi: 16.07.2012

EK-1. “367” Davasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Gerekçeli Kararı

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Deniz BAYKAL, Önder SAV ve 134 milletvekili tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 121. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Anayasanın 102 nci maddesi hükümlere göre*” ibaresini eylemli olarak değiştiren Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının, bu karara dayalı uygulamanın ve bu uygulamanın ayrılmaz parçası olan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçimine ilişkin 27.4.2007 günlü ilk oylamanın Anayasa'nın 96. ve 102. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar bu uygulama ile oluşan içtüzük hükmünün yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle Anayasa mahkemesinde dava açılmıştır.

Davanın incelemeye alınmasının ve sonucuna ilişkin gerekçeler kısaca şöyledir:

Cumhurbaşkanı seçiminde uygulanması gereken toplantı yetersayısının, Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen TBMM üye tamsayısının en az üçte biri oranındaki toplantı yetersayısı olduğu Meclis kararıyla tespit edilmiştir.

Bu durumda, TBMM'nin 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkan'ın, 184 milletvekilinin Genel Kurul'da hazır bulunmasının gündemin Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili kısmına geçilebilmesi için yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin TBMM Kararı, İçtüzüğün 121. maddesinin eylemli biçimde değiştirilmesi niteliğinde olduğundan bu kararın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi içindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu 27.4.2007 günlü TBMM kararının eylemli bir İçtüzük kuralı değişikliği niteliğinde olduğuna ve işin esasının incelenmesine Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Davanın esastan incelenmesi sonucu:

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 102. maddesinin birinci fıkrasında Cumhurbaşkanı seçimi oylamasında uygulanacak özel bir toplantı yetersayısının belirlendiği, bu maddenin ikinci fıkrasında seçim takviminin düzenlenmiş olduğu, 102. maddenin üçüncü fıkrasında Cumhurbaşkanı seçimi için

yapılacak oylamalar ve karar yetersayılarının gösterildiği, Cumhurbaşkanının seçiminde basit çoğunlukla yetinilmeyip nitelikli toplantı ve karar yetersayıları aranmasının kökeninde, Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin nitelikli çoğunluğunca seçilmesi amacının bulunduğu, Anayasa'nın 102. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen özel toplantı yetersayısının, Cumhurbaşkanı seçiminde yalnız birinci oylamada değil, fakat dört oylamanın her birisinde de aranması gerektiği, dava konusu TBMM kararıyla oluşan eylemli içtüzük değişikliğinde ise Cumhurbaşkanı seçiminde aranacak toplantı yetersayısının, Anayasa'nın 96. maddesi çerçevesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte biri olarak belirlendiği, bu durumun Anayasa'nın 102. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

TBMM İçtüzüğü'nün 121. maddesinin ilk fıkrasında, *“Cumhurbaşkanı, Anayasanın 101 inci maddesinde yazılı nitelikleri taşıyan adaylar arasından, Anayasanın 102 nci maddesi hükümlerine göre seçilir.”*; Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrasında da *“Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.”* denilmektedir. İlk inceleme bölümünde belirtildiği gibi, Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrasında Cumhurbaşkanı'nın seçimi için öngörülen üçte iki çoğunluk, dava konusu Meclis kararına ilişkin birinci oylama yönünden hem toplantı hem de karar yetersayısını kapsamaktadır. Bu nedenle, İçtüzüğün 121. maddesinde de yapılan gönderme doğrultusunda aynı yetersayının benimsenmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Oysa TBMM'nin 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde 11.Cumhurbaşkanı seçimiyle ilgili birinci oylamaya geçilmeden önce Cumhurbaşkanı seçiminde uygulanması gereken toplantı yetersayısının Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen toplantı yetersayısı olduğu Meclis kararıyla saptanmıştır. Böylece, Anayasa'nın 102. maddesine yapılan gönderme nedeniyle, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte ikisini oluşturan 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan İçtüzüğün 121. maddesi dava konusu Meclis kararına ilişkin birinci oylama yönünden değiştirilerek toplantı yetersayısı konusunda, Anayasa'nın 96. maddesindeki genel kural doğrultusunda TBMM üye tamsayısının en az üçte birini oluşturan 184 oyun yeterli olduğu kabul edilmiştir.

Toplantı ve karar yetersayısının ilk oylamada TBMM üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, bu bağlamda 367 olduğunu öngördüğü sonucuna varılan Anayasa'nın 102. maddesinin ilk fıkrası karşısında, bu çoğunluğun 184 olarak uygulanması sonucunu doğuran eylemli İçtüzük değişikliği niteliğindeki dava konusu TBMM Kararı Anayasa'nın 102. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olan 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yetersayısı ile ilgili kararı, 1.5.2007 günlü, E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu kararın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN durdurulmasına, 1.5.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

Sonuç:

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde olan 27.4.2007 günlü, 96. birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili kararının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 1.5.2007 gününde karar verildi.

EK-2. Türban Davasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Gerekçeli Kararı

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili tarafından, 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle dava açılmıştır.

İlk inceleme sonunda, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 6.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir

Anayasa mahkemesi kararının 20 sayfalık gerekçesi, kısaca şöyledir:

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması

mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında "*laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı*", 14. maddesinde "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç biri(nin)... laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde*" kullanılmayacağı, 42. maddesinde "*Eğitim ve öğretim(in) Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında*" yapılacağı ve "*eğitim ve öğretim hürriyeti(nin), Anayasaya sadakat borcunu ortadan*" kaldırmayacağı hükme bağlanmış, 174. maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini koruma amacını güden inkılâp yasalarının iptal edilemeyeceği öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümseir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının

hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaştırmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.

Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşmayı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. Zira her bir toplumsal sorun istismarı, bu sorunun çözümlenmesi olanaklarını ortadan kaldırmak suretiyle, bir yandan toplumsal çatışmaların derinleşmesine ve demokratik süreçlerin işlevsizleştirilmesine yol açabilir; sonuçta devlet iktidarının toplumsal sorunları çözeceğine yönelik inancı zedeleyebilir. Dava konusu kuralın hazırlanış ve kabul biçimi Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasının anlam ve özünü yansıtan bu temel zorunlulukları göz ardı etmektedir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Sonuç:

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "**ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında**" ibaresinin,

B- 2. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere eklenen "**Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.**" biçimindeki fıkranın,

Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek **İPTALİNE**, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 3. maddesinin de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince **İPTALİNE**, OYBİRLİĞİYLE,

5.6.2008 gününde karar verildi.

EK-3. Adalet ve Kalkınma Partisi'ne Yönelik Kapatma Davasına İlişkin Anayasa Mahkemesinin Gerekçeli Kararı

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, Adalet ve Kalkınma Partisinin laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği savıyla Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası, 69. maddesinin altıncı fıkrası ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve 103. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca temelli kapatılmasına karar verilmesi istemiyle, Anayasa mahkemesinde dava açılmıştır.

Davacı ve davalının belgeleri savunmaları değerlendirildikten sonra karar verilmiştir.

Davanın sonucuna ilişkin gerekçe kısaca şöyledir:

Anayasanın 68. maddesinin birinci fıkrasında, vatandaşların siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında siyasi partilerin, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu vurgulanmıştır.

Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyetini demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında Anayasada öngörülen demokrasinin klasik ve çağdaş batı demokrasisi biçiminde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle demokrasinin kavramsal ve kurumsal niteliği, Anayasanın tüm somut kurallarının bütünsel yorumu ve bu bütünlüğün demokratik anayasacılık tarihi içinde özgülendiği amaç ve felsefe ışığında yorumlanarak anlaşılması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Refah Partisi kararında da ifade bulduğu gibi, laikliği reddeden düzenlerin demokratik olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. Ulusal egemenlik ilkesi laikliğin bir gereği olduğu gibi, demokrasinin temel koşulu da ulusal egemenliğin yine ulusun doğrudan ya da dolaylı katılımıyla kullanılmasıdır. Demokratik katılımın bulunmadığı sistemlerde ulusal egemenlikten söz edilemeyeceğinden, esasen laiklikten de söz edilemez. Laikliğin temel bir değer olarak kabul edilmediği sistemlerde ise, inançlar ve dinler arasında ayrımcılık ve imtiyazlar söz konusu olacağından, ulusun tüm mensuplarının egemenliğin kullanımına eşit biçimde katılımından, buna bağlı olarak demokrasiden söz edilemez. Demokrasi ve laiklik arasındaki bu zorunlu ilişki, Anayasanın her iki ilkeyi de

cumhuriyetin değiştirilemez nitelikleri arasında kabul etmesini gerektirmiştir. Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında siyasi partilerin tüzük, program ve eylemlerinin yalnızca laikliğe veya demokrasi ilkesine değil, “demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek, her iki kavramın birlikte Türkiye Cumhuriyetinin niteliğini somutlaştırdığı görülmektedir.

Bu nedenle laikliğe aykırı eylemlerde bulunduğu ileri sürülen siyasi partiler hakkında yapılacak değerlendirmelerde her iki kavramın azami geçerlilik kazanacağı bir yorumun esas alınması gerekmektedir.

Anayasanın 24. maddesinin son fıkrasına göre “*Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*” Anayasakoyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve bunları siyasal ifade ve eylem özgürlüğünün kapsamı dışında bırakmıştır. Laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde bu kuralın göz ardı edilmesi olanaksızdır.

Dinin sosyal bir kurum olması nedeniyle toplumda dinsel özgürlük taleplerinin ya da gereksinimlerin ortaya çıkması, siyasi partilerin bu sorunlara ilişkin politika belirlemesini gerektirebilir. Ancak Anayasanın 24. maddesindeki açık hüküm gereği, siyasi partilerin bu taleplere yönelik politika üretirken, dini ve dince kutsal sayılan değerleri ve dinsel duyguları siyasal mücadele aracı haline getirerek toplumda dinsel talep ekseninde ayrışmalara yol açması laiklik ilkesiyle bağdaşmaz. Toplumsal sorunların ve ülkenin aşması gereken birçok engelin yoğunluğu ve karmaşıklığı dikkate alındığında, dinselliğin sırf siyasal mücadelede üstünlük sağlaması nedeniyle siyasal alanda gerektiğinden daha fazla yer alması, toplum ile toplumsallık ekseninde yürütülmesi gereken siyaset arasındaki sağlıklı temsil ilişkisini zedeleyebilir. Bu ilişkinin zedelenmesi siyaset ile toplum arasında yabancılaşmaya ve siyasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabilir. Bu sakınca, söz konusu eylemlerin devlet iktidarını kullanan bir parti tarafından işlenmesi durumunda daha da artar.

Anayasa tarafından demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsuru olarak tanımlanan partiler bakımından dinin siyasete alet edilmesinin siyasi partilerin demokratik işleviyle de uyumlu olduğu kabul edilemez.

Davalı partinin Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen “demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesine aykırı bazı eylemleri belirlenmiştir. Üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı, Kuran Kurslarına yönelik yaş kısıtlaması ve İmam Hatip Liselerine uygulanan katsayı sınırlamasının kaldırılmasına yönelik toplumsal taleplerin bulunduğu görülmektedir. Ancak davalı partinin bu doğrultudaki siyasal mücadelesini laiklik ilkesinin Anayasanın somut kurallarında ortaya çıkan tercihe uygun biçimde yürüttüğü savunulamaz. Bu sorunlar toplumda ayrışma ve gerginliklere yol açacak düzeyde siyasetin temel sorunu haline dönüştürülmüş, toplumun dinsel konulardaki duyarlılıkları yalın siyasal çıkar amacıyla araçsallaştırılmış, toplumun temel ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarının siyasetin gündeminde yer alması güçleşmiştir. Davalı parti kurulduktan hemen sonra girdiği ilk genel seçimlerde tek başına iktidar olarak ülkeyi yönetme yetki ve sorumluluğunu üstlenmiş bulunmaktadır. Bu sorumluluğun yalnızca kendi siyasal tabanına karşı değil, tüm ülkeyi kapsayan, kamu yararı amacıyla ve devlet iktidarı kullanımı için geçerli tüm anayasal ilkelere uygun olarak yerine getirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.

Dinin ve dinsel duyguların istismarı nedeniyle laikliğe aykırı görülen davalı parti eylemlerinin toplumu devlete ve siyasete yabancılaştırması yoluyla demokratik işleyişi engelleyebileceği ve anayasal düzenin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açabileceği inkâr edilemez.

Organ sıfatıyla davalı Parti Genel Başkanı Recep Tayyip ERDOĞAN ile üyelerden 22. Yasama dönemi Meclis başkanı Bülent ARINÇ, Milli Eğitim Bakanı Hüseyin ÇELİK, Milletvekilleri İrfan GÜNDÜZ, Abdullah ÇALIŞKAN, Resul TOSUN, Selami UZUN, Hasan KARA ve üye Hasan Cüneyt ZAPSU’nun; yerel yöneticilerden Dinar İlçesi Belediye Başkanı Mustafa TARLACI ve Isparta Belediye Başkanı Hasan BALAMAN’ın eylemleri, Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin kararlılıkla ve parti üyeleri tarafından yoğun bir biçimde işlendiğini göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı

kararıyla iptal edilen 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un teklif edilmesi ve yasalaşmasının sağlanmasıyla davalı partinin bu eylemleri benimsediği anlaşıldığından odaklaşmanın kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ davalı partinin demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı haline geldiği görüşüne katılmamıştır.

Demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin yaptırımını

Yukarıdaki ölçütler ışığında davalı partinin laik düzeni ortadan kaldırma, laikliğin temel esaslarını zedeleme ve buna bağlı olarak demokratik düzeni ortadan kaldırma amacını taşıyıp taşımadığını saptayabilmek için, aleyhteki delillerin yanında, lehteki olguların da değerlendirilmesi, hukuk devletine uygun bir yargılamanın temel koşuludur.

Davalı siyasi parti, gerekli bildirim ve belgeleri 14.08.2001 tarihinde İçişleri Bakanlığı'na vererek 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 8. maddesine göre tüzel kişilik kazanmıştır. Tüzel kişilik kazanmasından bir yıl sonra 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan Milletvekili Genel Seçimlerinde %34,28 oranında ve 22 Temmuz 2007 seçimlerinde ise %46,57 oy alarak Meclis çoğunluğunu elde etmiş ve tek başına iktidar olmuştur. 3 Kasım 2002 tarihinden beri programını ve amacını gerçekleştirebilecek parlamento çoğunluğuna, devletin ulusal ve uluslararası politikasını belirleme gücüne ve iktidar olanaklarına sahiptir.

Davalı partinin tüzük ve programında laikliğe aykırı bir sistem arayışı saptanamamıştır. Bununla birlikte davalı siyasi partinin programında ilan ettiği farklı amaç ve eğilimleri gizleyebilmesi mümkündür. Söz konusu partinin bu tür eğilimler taşıyıp taşımadığını tespit etmek için, programının içeriği, parti organlarının eylemleri ve savundukları görüşlerle karşılaştırılmalıdır. Partinin bu eylem ve görüşleri bir bütün olarak, yukarıda belirtilen çerçevede anayasal düzeni tahrip etme amaç ve eğilimlerini somutlaştırdığı takdirde, o partinin kapatılması söz konusu olabilir.

İddia makamı tarafından davalı partiye isnat edilen ve Anayasa Mahkemesince kanıt niteliğinde bulunduğu saptanan eylemlerin ağırlıklı çoğunluğu 22 Temmuz 2007 seçimlerinden önce 22. Yasama döneminde gerçekleşmiştir. Bu eylemlerle birlikte, iktidarda olan davalı partinin iç ve dış politikaya, yasama ve yürütme erkinin kullanımına ilişkin tüm icraatları kamuoyunun bilgisi dâhilindedir. Davalı parti üçte iki oranında yenilerek 23. Yasama döneminde TBMM’de yerini almıştır. 22 Temmuz 2007 seçimlerinde davalı parti seçmenlerin yarıya yakınının oyunu aldığına göre, halkın isnat edilen eylemler ile partinin bütün icraatlarını birlikte değerlendirerek davalı partiye onay verdiği görülmekte; buna dayalı olarak demokratik ulusal iradenin yasama ve yürütme görev ve sorumluluğunun davalı parti tarafından yürütülmesi yönünde somutlaştığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda saptanan ayırık haller dışında; davalı partinin iktidarı döneminde 1963 Ankara Antlaşması’yla birlikte Türkiye’nin temel dış politikası haline gelen Avrupa Birliği’ne giriş çabası sürdürülmüş, adaylık statüsünün elde edildiği 1999 yılından başlatılan hukuksal ve siyasal reformlara hız verilmiş, gerek Anayasa’da gerekse yasalarda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede Anayasanın 10., 30., 38., 90. ve 101. maddelerinde yapılan değişikliklerle savaş zamanlarında dahi ölüm cezalarını olanaklı kılan kurallar Anayasadan çıkarılmış, uluslararası insan hakları sözleşmelerine yasaların uygulanmasında öncelik tanınarak ulusal uygulamaların uluslararası insan hakları standartlarına uygunluğu sağlanmış, basımevi ve basın araçlarının hiçbir şekilde suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyeceği ve işletilmekten alıkonamayacağı esası benimsenmiş, kadın-erkek eşitliğinde ileri bir aşama olan pozitif ayrımcılık temel bir anayasal ilke olarak kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması, Uluslararası Ceza Divanının yargılama yetkisinin kabul edilmesi, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Kültürel, Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmeleri başta olmak üzere birçok uluslararası temel hak ve özgürlük belgesinin iç hukuka aktarılması, gayrimüslim azınlıkların statülerinde iyileştirme sağlayan yasaların kabul edilmesi, daha az temel hak sınırlaması içeren dernekler yasasının kabul edilmesi gibi, ülkenin daha demokratik ve özgürlükçü bir yapıya kavuşturulması çabaları, özellikle ataerkil

ve geleneksel toplumsal yapıyı modern bir dönüşüme açma fırsatı sunan kadın-erkek eşitliğinin Anayasaya aktarılması, Avrupa Birliğiyle müzakerelerin başlatılması, uluslararası sorunların barışçı yolla çözümüne aktif katkısı dikkate alındığında, davalı partinin sahip olduğu iktidar gücünü ülkenin çağdaş batı demokrasiler standardına kavuşması yönünde kullandığı açıktır.

Üniversitelerde başörtüsünün serbest bırakılması amacını taşıyan ve TBMM’de temsil edilen kimi partilere mensup milletvekillerin teklif ve Genel Kurulda oylanması sırasındaki desteğiyle kabul edilen 5735 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun’un laiklik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilmesinin ardından davalı parti seçmen kitlesini eyleme ve şiddet hareketlerine teşvik etme gibi, üstlendiği iktidar gücünü bu yönde kullandığına ilişkin delile de rastlanılamamıştır.

Bu açıklamalar ışığında davalı partinin demokrasiyi ve laik devlet düzenini ortadan kaldırma veya anayasal düzenin temel esaslarını şiddet kullanarak ve hoşgörüsüzlükle tahrip etme amacı, bu amacı somutlaştıran eylemleri ve elindeki iktidar olanaklarını şiddet doğrultusunda kullandığına ilişkin veriler saptanamamış, bu eylemler kapatmayı gerektirecek ağırlıkta görülmemiştir.

Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılığı saptanan eylemlerin toplumsal tahammülün ötesine taşan sarsıcı tepkiler yaratma gücünde olması, ulus devletin yaşamsal sorunlarında çoğunluğa hâkim olabilecek aşırı endişe, kaygı ve belirsizlik yaratması, sınıfsal veya ideolojik tercihlerin öncelik kazandığı bir kamu hizmeti anlayışını somutlaştırması, toplumda anayasal güvencesizlik yaratması, toplum ve bireylerin kamu hizmeti veya özgürlük talepleri karşısında kaygı verici bir öncelik kazanması, eylemlerin şiddet veya şiddet çağrısı içermese de, tahrik, dayatma ve demokratik teamüllerle bağdaşmaz nitelikte olup olmaması, demokratik toplum düzeninin yaşamsal unsuru ve siyasi partilerin varlık, faaliyet alanını oluşturan düşünceyi açıklama, yayma ve iletme özgürlüğünün anayasal çerçevesi içinde kalıp kalmadığı ve nihayet odaklaşmaya yol açan eylemlerin davalı partinin bütünü ve temel politikasını belirleyecek ağırlıkta olup olmamasının yaptırımın türünü belirleyeceği açıktır.

Evrensel değerlerle bağdaşmayan, toplumsal barışın temel kaidelerini zedeleyecek bir tehlike ortaya koymayan, hukuk devletine olan inancı ortadan kaldırmaya yönelik ve sosyal ve siyasal karışıklıkları amaçladığı yönünde bir belirlilik de göstermeyen, şiddet çağrısından uzak olduğu değerlendirilen bu eylemler, davalı partinin çağdaşlaşma ve demokratikleşme yönündeki icraatlarıyla birlikte değerlendirildiğinde demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırılığı saptanan söz konusu eylemlerin ağırlığı yönünden davalı partinin Anayasanın 69. maddesinin yedinci fıkrası ile 2820 sayılı Yasanın 101. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca son yıllık devlet yardımının yarısından yoksun bırakılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 69. maddesinin yedinci fıkrası ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasa'nın 101. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davalı partinin almakta olduğu yıllık devlet yardımından bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı yıla tekabül eden miktarının yarısı oranında yoksun bırakılması, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın hazineye iadesine karar verilmesi gerekir.

Haşim KILIÇ davanın reddi, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Ayla Zehra PERKTAŞ davalı partinin kapatılması gerektiği düşüncesiyle bu görüşe katılmamışlardır.

Sonuç:

A- Adalet ve Kalkınma Partisi'nin kapatılma davasında yapılan oylamada, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasındaki demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı eylemlerin odağı haline gelmesi nedeniyle Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın "**Parti'nin kapatılması**"; Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ'nin "**Parti'nin kapatılması yerine Devlet yardımından yarı oranında yoksun bırakılması**"; Haşim KILIÇ'ın ise "**davanın reddi**" g erektiği yolundaki oyu sonucunda, Anayasa'nın 149. maddesinin birinci fıkrasında siyasi partilerin kapatılması için öngörülen nitelikli çoğunluğun sağlanamaması nedeniyle, 2949 sayılı Yasanın 33. maddesinin göndermesiyle 5271 sayılı Yasanın

229. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, en aleyhe olan oyların kendisine daha yakın olan oylara katılmasıyla, Anayasanın 69. maddesinin yedinci fıkrası ve 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Adalet ve Kalkınma Partisi'nin 2008 yılında aldığı (son yıllık) **DEVLET YARDIMI MİKTARININ YARISINDAN YOKSUN BIRAKILMASINA,**

B- Gereğinin yerine getirilmesi için karar örneğinin Başbakanlığa ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmesine,

30.7.2008 gününde karar verildi.

KİŞİSEL BİLGİLER

- Adı-Soyadı:** Figen KESKİN
- Doğum Tarihi ve İli:** 1987-Denizli
- Lisans:** Süleyman Demirel Üniversitesi, Kamu Yönetimi Bölümü
- Yüksek Lisans:** Muğla Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı (Yatay Geçiş)
- Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı
- İş Deneyimi:** Araştırma Görevliliği - Muğla Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü – 2010...