

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ANAYASAYA UYGUNLUK BAKIMINDAN ÖNLEYİCİ DENETİM

DOKTORA TEZİ

Ceren YILDIZ

1210110001

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU

Programı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU

ŞUBAT 2017

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ANAYASAYA UYGUNLUK BAKIMINDAN ÖNLEYİCİ DENETİM

DOKTORA TEZİ

Ceren YILDIZ

1210110001

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU

Jüri Üyeleri : Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU

Prof. Dr. Sultan ÜZELTÜRK

Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK

ŞUBAT 2017

İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	viii
ÖZET	x
ABSTRACT	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SİYASİ İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI İHTİYACI VE SINIRLANDIRMA ARAÇLARI

I. SİYASİ İKTİDAR	5
II. SİYASİ İKTİDARI SINIRLANDIRMA ARAYIŞLARI VE NEDENLERİ	6
A. Anayasacılığa Giden Tarihsel Süreç	6
B. Amerikan ve Fransız Devrimleri'nin Anayasacılık Düşüncesine Yansımaları.....	10
III. SİYASİ İKTİDARI SINIRLANDIRMA ARAÇLARI.....	14
A. Anayasacılık.....	14
B. Çoğulcu Demokrasi /Egemenliğin Kullanılması Açısından Demokrasi	16
C. Karma Yönetimden Kuvvetler Ayrılığı İlkesine Geçişin Felsefi Temelleri	20
1. İlkçağ.....	21
1.1. Platon	21
1.2. Aristoteles	22
1.3. Polybios.....	26
1.4. Cicero.....	28
2. Ortaçağ.....	29
2.1. Aquinum'lu Thomas	29

2.2.	Machiavelli	30
3.	Aydınlanma Çağı	30
3.1.	John Locke	31
3.2.	Montesquieu.....	34
D.	Kuvvetler Ayrılığı.....	39
E.	Hukuk Devleti İlkesi	43
1.	Anayasanın Üstünlüğü	46
2.	Anayasaya Uygunluk Denetimi	49
IV.	ANAYASAYA UYGUNLUĞUN SİYASİ VE YARGISAL DENETİMİ	51
A.	Siyasi Denetim	51
1.	Yasama Organı Tarafından Oluşturulan Komisyonlar.....	52
2.	Yasama Organının Çift Meclisten Oluşması.....	56
3.	Devlet Başkanının Veto veya Geri Gönderme Yetkisi	58
B.	Yargısal Denetim	61
1.	Yargısal Denetimin Tarihsel Arka Planı	63
1.1.	1610 Tarihli Doktor Bonham Kararı.....	64
1.2.	Marbury v. Madison Davası.....	65
2.	Yargısal Denetim Modelleri.....	68
2.1.	Amerikan Modeli (Yaygın Denetim).....	68
2.2.	Avrupa Modeli (Merkezileşmiş Denetim)	69
3.	Yargısal Denetim Yolları	72
3.1.	Soyut Norm Denetimi	73
3.2.	Somut Norm Denetimi	74
3.3.	Bireysel Başvuru.....	79

İKİNCİ BÖLÜM

YARGISAL DENETİMİN ZAMANI BAKIMINDAN “ÖNLEYİCİ DENETİM” MODELİ

I. KAVRAM OLARAK “ÖNLEYİCİ DENETİM”	82
II. ÖNLEYİCİ DENETİMİN TARİHÇESİ.....	83
III. ÖNLEYİCİ DENETİMİN KONUSU OLAN HUKUKİ İŞLEMLER.....	96
A. Kanun.....	97
1. Batı Avrupa Ülkeleri.....	97
1.1. Fransa.....	97
1.2. Almanya.....	101
1.3. Avusturya.....	102
1.4. İrlanda.....	104
2. Doğu Avrupa Ülkeleri.....	106
2.1. Macaristan.....	106
2.2. Romanya.....	109
2.3. Polonya.....	111
2.4. Slovakya.....	112
3. Güney Avrupa Ülkeleri.....	113
3.1. İtalya.....	113
3.2. İspanya.....	116
3.3. Portekiz.....	118
4. Kuzey Avrupa.....	119
4.1. Estonya.....	119
4.2. Finlandiya.....	121
B. Organik Kanun.....	122
1. Fransa.....	122

2. İspanya	124
C. İçtüzük.....	125
1. Fransa.....	125
D. Uluslararası Antlaşmalar.....	126
1. Batı Avrupa Ülkeleri.....	127
1.1. Fransa.....	127
1.2. Almanya	130
1.3. Avusturya.....	133
2. Doğu Avrupa Ülkeleri.....	134
2.1. Bulgaristan	134
2.2. Macaristan.....	135
2.3. Polonya	137
2.4. Çek Cumhuriyeti.....	138
2.5. Slovakya.....	139
2.6. Rusya.....	140
2.7. Gürcistan.....	140
3. Güney Avrupa Ülkeleri.....	141
3.1. Portekiz	141
3.2. İspanya	142
3.3. Arnavutluk	144
E. Anayasa Değişiklikleri.....	145
1. Batı Avrupa Ülkeleri.....	146
1.1. Fransa	146
1.2. Almanya	149
1.3. Avusturya.....	152
2. Doğu Avrupa Ülkeleri.....	154

2.1. Romanya	154
IV. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KRİTERİ OLARAK “ANAYASALLIK BLOKU”	155
A. Denetimin Genel Ölçütü Olarak Anayasa	156
B. Uluslararası Belgeler	159
C. Hukukun Genel İlkeleri	164

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE AÇISINDAN ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÖNLEYİCİ DENETİM MODELİ İHTİYACI VE ÖNERİSİ

I. TÜRKİYE’DE ÖNLEYİCİ DENETİM MODELİNİN MEVCUT ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	167
A. Denetime Konu Olan Hukuki İşlemler	168
1. Kanun	168
2. Organik Kanun	174
3. İhtüzük	175
4. Uluslararası Antlaşmalar	177
5. Anayasa Değişiklikleri	183
II. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN İŞLEVSELLİĞİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK OLARAK İÇTİHAT YOLUYLA OLUŞTURULAN KURUMLARDAN KAYNAKLANAN ÖNLEYİCİ DENETİM İHTİYACI	196
A. Hukuk Güvenliği İlkesi	197
B. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümemesi	202
C. Anayasa Yargısında Kazanılmış Hak Kavramı	206
D. Yürürlüğün Durdurulması	211
1. Karşılaştırmalı Hukukta Yürürlüğün Durdurulması	211
2. Türkiye’de Yürürlüğün Durdurulması	214

E. Önleyici Denetim Modelinin Değerlendirilmesi ve Önerisi	220
III. ÖNLEYİCİ DENETİM AÇISINDAN ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİNİN BELİRLENME USULÜ VE ÖNEMİ.....	230
A. Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Belirlenme Usulü.....	231
1. Atama Sistemi.....	231
2. Seçim Sistemi.....	233
3. Karma Sistem.....	235
B. Önleyici Denetim Açısından Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Belirlenmesi Usulünün Önemi.....	238
SONUÇ.....	243
KAYNAKÇA	254

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJDA	: Actualité Juridique Droit Administratif
AÜEHFY	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMY	: Anayasa Mahkemesi Yayınları
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi

JO	: Journal Officiel
K.	: Karar
Kt.	: Karar Tarihi
m.	: Madde
n°	: Numéro
No	: Numara
p.	: Page
PUF	: Presses Universitaires de France
RFDA	: Revue française de droit administratif
RFDC	: Revue française de droit constitutionnel
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEPAV	: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
TODAİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl

Üniversite : İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitüsü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Hukuk
Programı : Kamu Hukuku Doktora Programı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU
Tez Türü ve Tarihi : Doktora – Şubat 2017

ÖZET

ANAYASAYA UYGUNLUK BAKIMINDAN ÖNLEYİCİ DENETİM

Ceren YILDIZ

Devletin temel niteliklerinden olan hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında bulunan anayasasının üstünlüğü ilkesini uygulamaya geçirmenin ve korumanın en etkin yolu anayasaya uygunluk denetimidir. Anayasaya uygunluk denetimi, iktidarın sınırlandırılmasının bir aracı olmasının yanı sıra hukuk güvenliğinin ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin de teminatıdır.

Anayasaya uygunluk denetimi, benimsendiği ülkeler ve uygulama şekilleri bakımından farklılıklar göstermektedir. Çalışmamıza konu olan anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetim modeline, denetime konu olan hukuki işlemlerin yürürlüğe girmesinden önceki safhada başvurulur. Bu nedenle önleyici denetimin, “siyasi” bir denetim olduğu ve yargının yasamaya müdahalesi nedeniyle kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali anlamına geldiği şeklinde eleştirilerde bulunulsa da, Kıta Avrupası anayasa yargısı sisteminde farklı hukuki işlemler bakımından uygulandığı görülmektedir.

Türkiye açısından bakıldığında, giderici denetim modelinin benimsendiği fakat birçok kez önleyici denetimin uygulanabilirliğinin de tartışıldığı görülmektedir. Anayasaya uygunluk denetiminin işlevselliğini sağlamaya yönelik olarak oluşturulan

kazanılmış hak olgusu, yokluk kararı ve içtihat ile oluşturulan yürürlüğün durdurulması kurumu, Anayasa Mahkemesinin meşruiyetini tartışmalı hale getirmiştir. Bu nedenle yargı denetiminin pozitif düzenlemeler çerçevesinde yapılması gerekliliği, önleyici denetim ihtiyacını ortaya koymuştur. Hukuk devleti ve hukuk güvenliğinin korunması ve sürekliliğinin sağlanması amacıyla çalışmamıza konu olan önleyici denetim modeli, karşılaştırmalı hukuktaki örnekleriyle birlikte incelenecek ve bir model önerisinde bulunulacaktır.

Anahtar Sözcükler: siyasi iktidarın sınırlandırılması, hukuk devleti, anayasa yargısı, önleyici denetim, hukuk güvenliği

University : Istanbul Kültür University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Law
Programme : Public Law Doctorate Program
Supervisor : Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU
Degree Awarded and Date : Doctorate –February 2017

ABSTRACT

PREVENTIVE REVIEW IN TERMS OF CONSTITUTIONALITY

Ceren YILDIZ

The most effective way to execute and protect the principle of superiority of the Constitution which is the elements of the rule of law principle and one of the basic qualities of the State is the constitutional review. The constitutional review is not only a way to limit the power, but also an assurance of legal security and fundamental rights and freedoms.

The constitutional review show differences in terms of the countries and application. A preventive review from constitutional review point of view is applied before legal transactions that are charged with governance come into force. Therefore, a preventive review is criticized for being a “political review” and causing violation of the separation of powers principle through the intervention of the judiciary to the legislature. Nevertheless a preventive review is applied in the Continental European constitutional jurisdiction for different legal procedures.

In Turkey, it seems that the posteriori model of constitutional review has frequently been adopted but applicability of the a priori review has also been discussed.

Concepts of acquired right, adjudication of disappearance and stay of execution by jurisprudence which are constituted in order to ensure the functioning of the constitutionality review has also made the legitimacy of the Constitutional Court controversial. Therefore, the necessity of judicial review within the framework of positive regulations revealed the need of a preventive constitutional review. In this study, preventive constitutional review will be explained with examples in comparative law and a model will be proposed to ensure the protection and continuity of the rule of law and legal security.

Key Words: Restriction of political power, the rule of law, constitutional jurisdiction, a preventive review, legal security

GİRİŞ

Tarihsel sürece bakıldığı zaman, siyasi iktidar ve özgürlükler arasında, her iki kavramın birbirlerini kısıtlayıcı öğeler içermesi nedeniyle bir denge arayışının olduğu görülmüştür. Siyasi iktidarın sahip olduğu tahakküm gücünün özgürlükleri sınırlaması, yöneten ve yönetilen arasındaki mesafeyi açarak dengelerin kaybedilmesine sebep olmuştur. Burada karşımıza temel bir soru çıkmaktadır. Siyasi iktidar nasıl sınırlandırılacaktır? Devleti yönetme yetkisini çeşitli yöntemlerle ele geçiren siyasi iktidar sahiplerinin, bu yetkiyi nasıl ve hangi ölçüde kullanacağını belirleyen kurallar anayasacılığı ortaya çıkarmış ve toplumsal sözleşmeler ile birlikte Amerika ve Fransız Devrimleri, denge ve denetim arayışlarının başlangıcını oluşturmuştur.

Bu doğrultuda, anayasacılık faaliyetleri sonucunda ortaya çıkan anayasalar; devlet şeklini, devletin siyasi organlarını ve bu organların yetki ve görevleri belirlerken, aynı zamanda yetki ve görevlerin sınırını çizerek temel hak ve özgürlükleri teminat altına alan hukuki metinler olarak tanımlanmaktadır.

Hukukla sınırlandırılmış devlet modeli olarak tanımlanabilecek hukuk devleti, siyasi iktidarın sınırlandırılmasını sağlayarak ve kötüye kullanılmasının önüne geçerek, bireyi keyfi işlem ve eylemlere karşı korumaya yönelik bir garantör işlevi görmektedir. Bu doğrultuda, halk iradesinin bir tezahürü olan yasama organının bu anlamda sınırlandırılması düşüncesi, yaptığı düzenlemeler ve faaliyetlerinin denetlenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda, öncelikli olarak yasama organına tanınan denetim yetkisi ile anayasaya aykırılıkların ortadan kaldırılacağı düşünülmüş olsa da, bu yetkinin siyasi yönü, yasama organında çoğunluğu oluşturan gruplar ve muhalefet tarafından ön plana çıkartılmış ve “siyasi amaçlar” doğrultusunda kullanılmıştır. Dolayısıyla, bu denetimin kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince yargı makamları tarafından yapılması öngörülmüştür.

Bu korumanın tam anlamıyla sağlanabilmesi ise, anayasanın üstünlüğünün benimsendiği, normlar hiyerarşisini esas alan bir anayasa yargısının hayata geçirilmesinin gerekliliğini ortaya koymuştur. Böylece ister yaygın denetim şeklinde

ister bu konuda uzmanlaşmış merkezi bir yargı organı tarafından gerçekleştirilen bir denetimle, hem temel hak ve özgürlükler korunacak hem de anayasaya aykırı düzenlemeler yürürlükten kaldırılacaktır.

Anayasaya uygunluk denetimi bakımından hâlihazırda uygulanan sistemler birbirlerinden farklı özellikler taşısa da genel olarak normların yürürlüğe girdikten sonra denetimi esası benimsenmiştir. Fakat normların yürürlüğe girmesinden önce yapılacak denetimle de anayasaya aykırılıkların minimum bir düzeye indirileceği ve bu denetimin etkinleştirilmesinin yasama faaliyetlerinin özenli bir şekilde yapılmasında da önemli bir role sahip olacağı düşünülmektedir. Bu husus karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle bakıldığında ve doktrinde yapılan tartışmalar incelendiğinde genel olarak siyasi denetim şeklinde nitelendirilmiş olsa da, bugün Fransa’da her yönüyle başvurulmuş bu denetim sisteminin başta siyasi olan niteliğinin yargısal niteliğe dönüştüğü Konsey kararlarıyla da teyit edilmiştir.

Anayasaya uygunluk denetimi bakımından öğretilerde birçok çalışma olsa da önleyici denetime özgülenmiş çalışmaların sayısı oldukça azdır. Mevcut çalışma ile Türkiye’de bugüne kadar hep tartışma konusu olmuş fakat henüz pozitif hukuk düzenlemesi haline gelememiş önleyici denetim modelinin Türkiye açısından bir ihtiyaç olduğu vurgusu, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine ve uygulamalarına yer verilmek suretiyle yapılarak, konuya yönelik doktrinde yer alan tartışmalar Anayasa Mahkemesi kararlarıyla açıklanmaya çalışılacaktır. Bu çalışmadaki amacımız, önleyici denetimin karşılaştırmalı hukuktaki yerine ve uygulamasına yer vererek, Türk hukuk sistemi açısından, kavramsal niteliğini bir kez daha sorgulamaktır. Önleyici denetime pozitif hukukta yer verilmesi ve önleyici denetimin giderici denetim ile birlikte uygulanması halinde, anayasaya aykırılıkları ivedilikle giderileceği ve hukuk düzeninin korunmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

Bu çalışmanın konusu, hukuk devletini koruyan ve siyasi iktidarın denetlenmesi ve dengelenmesi araçlarından biri olarak kabul edilen anayasaya uygunluk denetim modellerinden, önleyici denetim modelinin açıklanmasına, bu denetime yönelik öneriye ve bu denetimin uygulanabilirliğine ilişkindir. Bu temel noktaları ele alan “Anayasaya

Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim” başlığını taşıyan çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde, siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yönelik arayışların başında yer alan “anayasacılık” tarihsel bir perspektiften incelenecektir. Egemenliğin kullanılması bakımından öngörülen çoğulcu demokrasi anlayışının benimsenmesiyle, devlet yönetiminin tek elden gerçekleştirilmesinin zaman içerisinde anlam değiştirdiğini açıklayabilmek adına karma yönetim kavramından kuvvetler ayrılığı ilkesine geçişin felsefi temelleri Antikçağ, Ortaçağ ve Aydınlanma Çağı düşünürlerinin görüşleri esas alınarak değerlendirilecektir. Erklere birbirlerine müdahale edememesi için birbirlerinden ayrılmasını öngören kuvvetler ayrılığı ilkesi; hukuk kurallarıyla kuralı koyanın da bağlı olması esasını benimseyen hukukun üstünlüğü ile hiyerarşi çerçevesinde en üst norm olarak yer alan anayasanın üstünlüğü ilkesi ve normlara uygun faaliyetlerin ve düzenlemelerin yapılmasına yönelik anayasaya uygunluk denetimi, hukuk devletinin tanımını oluşturan alt unsurlar olarak ayrı ayrı açıklanarak değerlendirilecektir. Çalışmamızın konusunu oluşturan unsur anayasaya uygunluk denetim modellerinden birine ilişkin olduğu için, öncelikli olarak anayasa uygunluk denetiminin tarihsel sürecine yer verilecek, sonrasında yargısal denetimin kapsamını açıklayabilmek adına yargısal denetim modelleri ve yolları üzerinde kısaca durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, tezin temeli olan önleyici denetim modeli birinci bölümde kurulan yapının üzerine yargısal denetimin zaman bakımından sınıflandırılması açısından değerlendirilecektir. Bu bölümde öncelikli olarak karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde önleyici denetim modelini uygulayan ülkelere yer verilecektir. Karşılaştırmalı hukuka ilişkin inceleme bakımından hukuki işlemler bazında yapılacak sınıflandırmanın tercih edilmesinin sebebi, gerçekleştirilen önleyici denetimin yapısındaki farklılıklardan dolayı yaşanan sınıflandırma zorluğudur. Bu nedenle, ülkelerin yaşadıkları tarihsel tecrübeler benimsenen yöntemin ortak yönünü oluşturduğundan, coğrafi konumları esas alınacaktır.

Son olarak Türkiye açısından anayasaya uygunluk denetiminde önleyici denetim modeli ihtiyacı ve önerisi başlığını taşıyan üçüncü bölümde ise, öncelikle ikinci bölüme paralellik sağlamak adına denetime konu olan hukuki işlemler bakımından bir

sınıflandırma tercih edilecektir. Mevcut anayasa yargısı sisteminde giderici denetimin yanı sıra önleyici denetim modeline olan ihtiyaç; Mahkeme'nin içtihatlarında yer verdiği ve tanımında fikir birliği olmayan "kazanılmış hak" olgusu, yokluk kararı ve içtihat ile oluşturulan yürürlüğün durdurulması kurumu, hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde bu konuya ilişkin tartışmaları ve Anayasa Mahkemesi kararlarını da içerecek şekilde değerlendirilecektir. Ardından bu sorun ve tartışmaları giderecek Türkiye için bir "önleyici denetim modeli" önerilecektir.

Anayasa Mahkemesinin, kendisine pozitif düzenlemeler çerçevesinde tanınmayan yetkileri içtihatlarıyla oluşturması, Anayasa Mahkemesinin meşruiyeti ve yargısal aktivizme ilişkin tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların önlenmesi amacıyla, giderici denetim modeli bakımından öngörülen Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenme usulü, önleyici denetimin uygulanması ve meşruiyeti bakımından da değerlendirilerek, bu konuda uygulanan farklı model yapıları karşılaştırmalı hukuktaki örnekleriyle birlikte incelenecektir.

Tüm bu açıklamaların ardından, konunun genel hatlarıyla özetlendiği ve kendi görüşümüzle birlikte Türkiye için önleyici denetimin isabetli olacağı kanısına vardığımız sonuç kısmıyla çalışmamız tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SİYASİ İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI İHTİYACI VE SINIRLANDIRMA ARAÇLARI

I. SİYASİ İKTİDAR

Belli bir devletin sınırları içinde yaşayan vatandaşların, sosyal, ekonomik ve siyasi tercihlerine göre şekillenen bir takım fonksiyonları yerine getirebilmesi için devletin bir güce sahip olması gerekmektedir. Siyasi iktidar adı verilen bu güç¹, ülke içerisindeki gerçek ve tüzel kişilerin iradelerinden üstün olarak, devlet yönetimine ilişkin yetkileri belirleyerek, gerçek ve tüzel kişilerin tabi olduğu kuralları düzenleyen, onları yönetme yetkisine sahip, üstün bir otorite² olarak da açıklanmakta ve toplumun tümü üzerinde etki gösteren makro iktidar olarak tanımlanmaktadır³.

Siyasi iktidar bir toplumdaki en kapsayıcı ve en üstün güç olarak, toplumda birlik ve düzenin sağlanması, temel toplumsal ihtiyaçların giderilmesine yönelik işlerin yapılması ve hizmetlerin görülmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Toplumsal yaşamın vazgeçilmez bir unsuru olan siyasi iktidar, sınırlandırılmadığı takdirde, iktidara sahip olanların, ellerindeki gücü keyfi bir biçimde iktidara sahip olmayanlar aleyhine kullanabilme, dolayısıyla siyasi iktidarı bir baskı aracına dönüştürme tehlikesini de içinde barındırmaktadır⁴.”

¹ Levent Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 54, S. 3, (1999) 99.

² Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.Baskı, (İstanbul: Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982) 93; Levent Gönenç, “Orta Çağ Avrupasında Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt: II, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008) 269; A. Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt: Umumi Esaslar, 1.Baskı, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982) 73; Levent Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *AÜHFD*, C.56, S.1, (2007) 147-150.

³ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 5.baskı, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003) 327-328; Gönenç, Orta Çağ, 269; Gönenç, “Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, 158.

⁴ Levent Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar*, (Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010) 1.

Bu tehlikenin ortadan kaldırılabilmesi için siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yönelik arayışlara başlanmıştır. “*Siyasi iktidar nasıl sınırlandırılır?*” sorusuna cevap aranırken; devleti yönetme yetkisini çeşitli yöntemlerle ele geçiren siyasi iktidar sahiplerinin, bu yetkiyi nasıl ve hangi ölçüde kullanacağını belirleyen kurallar anayasacılığı ortaya çıkarmıştır⁵. Anayasacılığın ortaya çıkışı, farklı toplumsal taleplerin karşılanmasına yönelik olmuştur. Bu açıdan anayasacılığın günümüze gelene kadar geçirdiği evrimsel sürece bakmakta fayda bulunmaktadır.

II. SİYASİ İKTİDARI SINIRLANDIRMA ARAYIŞLARI VE NEDENLERİ

A. Anayasacılığa Giden Tarihsel Süreç

Batı’da yaşanan gelişmelerden kaynağını alan ve buna bağlı olarak felsefi temellerini oluşturan anayasalar, modern toplumsal düşüncenin ve modern çağın bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır. “Özgür birey” ve “sınırlı iktidar” anlayışına dayanan anayasacılık, Batı Uygarlığında yaşanan gelişim süreçlerinin bir sonucu olup, siyasi iktidar ve toplum arasındaki ilişkinin yapısına göre biçimlenmiş ve bu ilişkinin sürekliliğinin sağlanmasına yönelik anlayışları yansıtmaktadır. Bu bağlamda, anayasacılık fikrinin tarihsel gelişimine damgasını vuran olayları değerlendirmek, bu süreçteki arayışların neler olduğu hakkında fikir sahibi olmamızı sağlayacaktır.

Antik Yunan’ın mirasçısı olan Roma’da; sosyal düzen aracı olarak kabul edilen kurallar, toplum ve devlet yaşamında merkezi bir rol oynamış, toplumsal barışı ve düzeni sağlamanın bir aracı olarak kullanılmıştır. Zira her iki uygarlığın kurduğu sistem içerisinde de, anayasacılığın özünü oluşturan hususlarda büyük eksiklerinin olduğu görülmektedir. Örneğin, tüm vatandaşların devlet yönetiminin içerisinde yer alarak

⁵ Ali Öztekin, *Siyaset Bilimine Giriş*, 7.Baskı (Ankara: Siyasal Kitabevi, Kasım 2011) 66. Siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yönelik olarak detaylı bilgi için bkz. Gianfranco Poggi, *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği*, Çev.: Aysun Babacan, 2. Baskı, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008) 18-21.

yönetime katıldığı Antik Yunan'da, iktidarın işleyişine yönelik anayasal bir çerçeve çizmenin güçlüğüyle karşılaşmış ve yönetimde etkin olan gücün azınlığa karşı izlediği siyasetin olumsuz sonuçlarını bertaraf edecek herhangi yasal veya ahlaki bir düzenleme ile karşılaşmamıştır⁶.

Roma'nın yıkılışıyla başlayan Ortaçağ'da ise, anayasacılık düşüncesinin oluşumuna katkıda bulunan birçok unsur ortaya çıkmıştır⁷. Ortaçağ, kendisinden önceki dönemlerden farklı olarak ekonomik, sosyal ve siyasal sisteme, “feodalite” ve “Hristiyanlığın” hakim olduğu bir dönem olmuştur. Söz konusu hakimiyet, “sınırlı iktidar” arayışında, hem muhalefetin hem de bireyin, devlet karşısındaki durumunu belirleyen temel unsur olmuştur⁸. Hristiyanlığın temsilini somutlaştıran Kilisenin dünyevi iktidar karşısındaki duruşu, bir yandan siyasi iktidarın ikiye bölünmesine neden olurken, diğer yandan iktidarın mutlaklaşmasını engelleyen bir denge aracı olmasını sağlamıştır⁹. Böylece, Ortaçağ'a hakim olan Hristiyanlık, dünyevi iktidara rakip bir güç haline gelmiş ve Batı'da izlenen politika açısından bambaşka bir anlayışın doğumuna sebep olmuştur.

Kilisenin siyasi iktidara ortak olmasıyla birlikte, merkezi bir otoritenin yokluğu, “feodalite” adı altında, farklı iktidar odaklarının yeni bir yapılanma altında siyasi ve ekonomik olarak örgütlenmelerine yol açmıştır¹⁰. Bu yeni yapının herkes açısından kabul edilebilir ve sürdürülebilir olmasının sağlanması için başvurulan araçlardan biri olan “sözleşme”¹¹ düşüncesi ile çeşitli feodal otoritelerin katılımıyla oluşan ve danışma ve ortak karar organı olma görevini üstlenen “feodal meclisler”, bu dönemin anayasacılık düşüncesinin gelişimine önemli katkılar sağlamıştır. Fakat feodal otoritelerin zamanla çoğalması ve toprakların daha fazla feodal bey arasında bölünmesi; denetim dışında kalan feodal otoriteler arasında siyasi iktidarın paylaşılması bakımından

⁶ Lee Cameron McDonald, *Western Political Theory Part-I, Ancient and Medieval*, (U.S.A.: Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1968) 98.

⁷ Murat Belge, “Ortaçağ”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, S. 14, (2001) 77-78.

⁸ Serdar Güleler, *Türk Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012) 59.

⁹ Güleler 60.

¹⁰ Marc Bloch, *Feodal Toplum*, 2.Baskı, Çev.: Mehmet Ali Kılıçbay, (Ankara: Gece Yayınları, 1995) 218-220; Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 6.Baskı, (Ankara: İmge Kitabevi, 2006) 171.

¹¹ Güleler 74.

yaşanan mücadeleleri arttırırken, diğer yandan kral ve feodal bey arasında gerçekleşen iktidar paylaşımı, söz konusu ikili iktidarın birbirini frenleyerek dengelemesini sağlamıştır¹². Bu doğrultuda, iktidar kullanımının devamlılığının sağlanması adına adalet ilkelerine uygun davranılması gerekliliği, hem bu ilkelerin iktidarın meşruluk ölçütü olarak kabul edilmesini sağlamış, hem de Batı’da hakim olan yönetim tarzına önemli katkılarda bulunmuştur.

Dünyevi iktidar açısından yaşanan bu gelişmeler, siyasi iktidara bir sınır çizerek, siyasi iktidarı kullananları belli ölçülerde ve öngörülebilir kurallar çerçevesinde davranmaya yönlendiren bir başka denge unsuruna olan ihtiyacı da ortaya çıkarmıştır¹³. Bu ihtiyaç, Kilise ile dünyevi iktidarlar arasında devam eden mücadeleler çerçevesinde, toplum ve siyasi iktidarı kullananlar arasında denge ve teminat sağlamaya elverişli “ikincil yapılanmalar” oluşturulmasına sebep olmuştur¹⁴. Bu bağlamda “şehirlerin kurulması”, hem Kilise ve dünyevi iktidar arasında yaşanan çatışmanın, hem de ticaret alanındaki gelişmelerin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁵. Bu şehirlerde giderek güç kazanan “şehir meclisleri” de, Avrupa’nın anayasacılık geleneğine önemli katkılar sunan bir diğer unsur olmuştur. Zira bu meclisler, siyasi iktidarların talepleriyle toplumun ihtiyaçlarının, Kilisenin varlığına gerek olmaksızın dengelenebileceğinin ve iktidarın, birbirini sınırlayan ve dengeleyen farklı otoriteler arasında bölünebileceğinin somut bir göstergesi olmuştur¹⁶.

15. ve 16. yüzyılda yaşanan Rönesans ve Reform ise, Batı’da yaşanan gelişmelere farklı bir yön vermiştir. O dönemde yaşayan orta sınıf, yükselişe geçerek Ortaçağ’ı egemenliği altına alan Kilise Yasası yerine, toplumun gereksinimlerine daha uygun olan Roma Hukuku’nu canlandırmaya başlamıştır. Dolayısıyla, Antikçağ’da cevabı aranan “*en iyi yönetimin hangisi*” olduğuna ilişkin soru, Ortaçağ’da Kilise

¹² Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi; Sosyolojik Bir Yaklaşım*, Çev. Şule Kut ve Binnaz Toprak, 5. Baskı, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009) 46.

¹³ Levent Gönenç, “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II, Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008) 281.

¹⁴ Ersoy Kontacı, *Avrupa Anayasası Yolunda Yaşanan Gelişmeler ve Türkiye’ye Olası Etkileri*, (Ankara, 2004) 19.

¹⁵ George Schöpflin, “The Political Traditions of Eastern Europe”, *Daedalus*, Vol. 119, No. 1 (Winter 1990) 58.

¹⁶ Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, 59.

iktidarının meşrulaştırılması şeklinde biçimlenirken, Rönesans'ın etkisiyle “*iktidarın nasıl ele geçirileceği, sağlamlaştırılacağı ve korunacağına*” dönüşmüştür. Reform sürecinde ise, ikili iktidar paylaşımı ve dini istikrarı empoze etme amacına dayanan tüm mücadeleler, mutlak iktidarın güçlendirilerek Kilise'nin dünyevi iktidara bağımlı hale gelmesine ilişkin düşüncenin hakimiyeti ile sonuçlanmıştır¹⁷.

Böylece Yeniçağ'a girilirken, hem dini hem dünyevi iktidarlar arasında yaşanan üstünlük mücadelesi sonucunda tüm dengeler yitirilmiştir. Böylece ayakta kalan tek güç, feodal güçleri saf dışı bırakan merkezi krallıklar olmuştur¹⁸. Bu bağlamda, merkezî mutlak monarşi ve bunun en büyük dinamiklerinden olan sosyal statüsünü ve gücünü, eğitiminden ve ekonomik yapısından alan burjuva sınıfı, 16. yüzyılın ortaya çıkardığı en önemli iki sonuç olmuştur. Bu iki sonucun feodalite ve Kilise'nin tasfiyesi üzerine uzlaşmasının etkisi ise 17. yüzyılda da devam etmiştir¹⁹.

18. yüzyılda, gelişen teknoloji ve üretim süreci sanayi devriminin başlangıcını oluşturmuştur. Ticaretin giderek gelişmesi sonucunda ve sömürgelerin de katkısıyla burjuvazi giderek zenginleşmiştir. Ancak burjuvazi, var olan iktidar odaklarına karşı bir mücadeleye girebilmek için, elinde bulunan mevcut ticari gücün yanı sıra başka bir güce daha ihtiyaç duymuştur. Bu ihtiyaç ise, bu sürece orta sınıfı da dahil ederek, yeni bir yaşam anlayışın ortaya çıkmasına sebep olmuştur ve edinilen tecrübeler gereğince iktidarı sınırlandıracak aracın, iktidardan bağımsız olması gerekliliğinin altını bir kez daha çizmiştir. Burjuva değerleriyle, bireyi ön plana alan ve özgürlükçü bir akım olma temennisine dayanan “Aydınlanma”, bu gerekliliğe ilişkin arayışın ve yeni sürecin adı olmuştur²⁰. Bu süreç içerisinde, bireysel aklın ve özgür tercihlerin bir araya gelmesi sonucunda ortaya çıkan toplumsal sistem, sürecin doğal bir sonucu olarak kabul edildiğinden, sistemin işleyişine yapılabilecek her türlü devlet müdahalesi, insanlığın

¹⁷ Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *Tanrı Devlerinden Kral-Devlete*, (Ankara, İmge Kitabevi, 2001) 150-151.

¹⁸ Kontacı 25.

¹⁹ Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, 79-80.

²⁰ Ulrich Im Hof, *Avrupa'da Aydınlanma*, Çev. Şebnem Sunar, (İstanbul, Afa Yayıncılık, 1995) 11-12.

gelişiminin önündeki engel olarak nitelendirilmiştir. Bu yaklaşımla birlikte, ilk defa, “siyasi iktidarın müdahale etmemesi gereken bir alan” düşüncesi oluşturulmuştur²¹.

Şimdiye kadar değinilen bu dönemlerin her birinin, anayasacılık düşüncesinin fikri temellerinin oluşumuna önemli katkılar sağladığına kuşku yoktur. Ancak 18. yüzyılın sonlarında Batı’da yaşanan iki büyük devrim, mutlak iktidarlar ile orta sınıf aydınlanması arasındaki ilişkiyi sonlandırmış ve anayasacılık düşüncesinin ortaya çıkmasına sebep olacak farklı yolların kapılarını aralamıştır.

B. Amerikan ve Fransız Devrimleri’nin Anayasacılık Düşüncesine Yansımaları

Amerikan ve Fransız devrimleri, sınırlı iktidar arayışlarının ve bu arayışlara yönelik araçların ortaya çıkışını sağlayan iki önemli olaydır²².

17. yüzyıldan itibaren Amerika Kıtası’nın Atlantik kıyılarına yerleşmiş olan on üç İngiliz kolonisinin İngiltere’ye karşı elde ettikleri bağımsızlık mücadelesi Amerika Birleşik Devletlerinin kurulmasıyla sonuçlanmıştır. Bununla bağlantılı olarak, Amerikan anayasal sistemi; örf-adet anayasacılığının hakim olduğu İngiliz anayasacılığından²³ ve onun temel prensiplerinden esinlenilerek kurulmuş²⁴ ve birbirini tamamlayan üç ayrı dönemde gerçekleşmiştir. İlk dönemde İngiltere, koloniler üzerindeki yönetimini sıkılaştırarak, onlar üzerinden çeşitli gelirler elde etmeye çalışmıştır. İkinci dönemde

²¹ Güleler 73.

²² David A. J. Richards, “Revolution and Constitutionalism in America and France”, *Mississippi Law Review*, Vol.60, No.2 (1990) 311.

²³ İktidarın sınırlandırılma yollarından biri olan anayasalara yönelik ilk adım, İngiltere tarafından atılmıştır. 16. yüzyılda feodalizmin tasfiyesinin ardından, Krala karşı büyük bir mücadeleye girişen burjuvazi; iktidarın Kral, aristokrasi ve burjuvazi arasında paylaşılmasında büyük bir çaba göstermiştir. Temelinde Kral ve burjuvazi arasında bir dengenin sağlanmasına yönelik olan bu sistem, 18. yüzyıla gelindiğinde yapı değiştirilerek parlamentoda kurumsallaşan iktidar-muhalefet dengesine dönüşmüştür. Bunun neticesinde, egemenliğin monarktan burjuvaziye geçiş sürecinin uzun zamana yayıldığı İngiltere’de, “anayasa” adında bir metinle somutlaştırma yolundan ziyade gelenek anlayışı hakim olmuştur. Detaylı bilgi için bkz. William G. Andrews, “Constitutionalism and Constitutions”, *Constitutions and Constitutionalism*, Ed. William G. Andrews, (U.S.A: D. Van Nostrand Company, Inc., U.S.A. 1961) 21.

²⁴Scott Gordon, *Controlling The State*, (Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1999) 325.

anayasal cumhuriyetçiliğin temel çerçevesi, kolonilerin bağımsızlıklarını ilan etmeleriyle oluşturulmuştur. Üçüncü dönemde ise anayasacılık tarihi açısından en önemli katkı olarak belirtilen yazılı anayasa dönemi başlatılarak federal anayasanın çerçevesi oluşturularak onaylanmış ve anayasanın üstünlüğü ilan edilmiştir²⁵. Amerikan anayasacılığı, modern dönem anayasacılık faaliyetleri açısından bir milat olmakla beraber, Antik Yunan ve Roma'nın mirası ile beslenmiştir. Başta Locke ve Montesquieu olmak üzere 17. ve 18. yüzyıl düşünürlerinin fikirlerinden önemli ölçüde etkilenen ve Ortaçağ'da kökenleri bulunan kuvvetler ayrılığı ve anayasaya uygunluk denetimi gibi mekanizmalar getirerek sınırlı iktidar arayışlarına önemli katkılar sağlamıştır²⁶. Amerika Anayasası ile yeni kurulan merkezi hükümetin normalin üstünde bir güce sahip olacağından çekinilmesi nedeniyle, ifade, basın, din hürriyetleri ile diğer temel hakları koruyan hükümlere ilişkin olarak değişiklikler teklif edilmiştir. Bu değişikliklerden on tanesi eyalet yasama organları tarafından 1791 tarihinde onaylanmış ve bunların Anayasanın kalıcı ekleri olması sağlanmıştır. Bu değişiklikler bugün "Haklar Bildirgesi" olarak bilinmektedir²⁷.

Bununla birlikte, söz konusu sürecin asıl önemi; bu dönüştürmenin yalnızca Amerika Birleşik Devletleri'yle sınırlı kalmayıp, oradan tüm Avrupa'ya yayılmasıdır. Orta sınıf aydınlanması ile mutlak iktidarlar arasındaki ilişkiyi bir daha geri dönmek üzere koparan ikinci devrim Fransız Devrimi'yle gerçekleşmiştir. Fransa, mutlak monarşi üzerine kurulmuş bir krallık olmasına rağmen, feodalite ve bundan kaynaklanan aristokrasiye ilişkin ayrıcalıklar, hala toplumsal ilişkilerin başlıca yönlendireni konumundaydı. XIV. yüzyılın başında Kral, Papa VIII. Boniface'a karşı mücadelesinde ihtiyacı olan desteği, soylular, din adamları ve ayrıcalıklı şehirlerin temsilcilerinden oluşan "Etats – Généraux'nun kurulması ile sağlamıştır²⁸. Kral Meclisine sağlanan bu yeni katılım ise şehir hayatının gelişerek burjuvazinin güçlendiğinin ve toplumda beliren sınıflarla merkezi iktidarın dayanışma içerisinde olduğunun bir göstergesi olmuştur. Fakat, Etats – Généraux'nun iktidara katılması ve iktidarı kral ile paylaşması söz konusu

²⁵ Gülener 90-92.

²⁶ David A. J. Richards, "Revolution and Constitutionalism in America", *Cardozo Law Review*, Vol.14, (1992) 587.

²⁷ Cecelia M. Kenyon, "Constitutionalism in Revolutionary America", *Constitutionalism*, Ed: J. Roland Pennock and John W. Chapman, (New York: New York University Press, 1979) 85-86.

²⁸ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 15.Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2015) 594-595.

olmadığından, nitelik itibarıyla kralın istediği zaman toplantıya çağırıldığı bir danışma meclisinden öteye geçememiştir²⁹. Bu bağlamda, XV. yüzyıl itibarıyla feodalitenin de zayıflamasıyla Etats – Généraux'nun toplantıları giderek seyrekleşmeye başlamış, belli bir süre sonra ise bu toplantılara uzun soluklu bir ara verilmiştir³⁰.

1789 öncesinde Fransız toplumu, soylular, din adamları ve Tiers-Etat adında üçüncü sınıftan oluşan ve Etats – Généraux'ya da yansıyan üç farklı sınıftan oluşmaktaydı³¹. Fransa'da, burjuva, zanaatkârlar, köylüler ve işçilerden oluşan “Tiers Etats” (Üçüncü Toplumsal Tabaka – Halk Meclisi) ile soylular arasında yaşanan çatışmanın yanı sıra Etats – Généraux'nun yeniden toplanması halinde görüşme ve oylamalarda esas alınacak kıstasın temsilci sayısı mı yoksa sınıf esası üzerine mi olacağı hususu, Etats – Généraux'da üçüncü sınıfın mücadelesinin başlamasına neden olarak Fransız Devrimi'ne giden yolda önemli bir rol oynamıştır³². Tiers Etats'nın yanı sıra, özellikle yönetimde soyluların sahip oldukları ayrıcalıklardan rahatsızlık duyan burjuvazinin eşitlik, özgürlük ve temsili rejim talepleri de, soylular ile girilen bu mücadelenin temelini oluşturmuştur³³. 17 Haziran 1789 günü üçüncü sınıfın “Ulusal Meclis” olarak sayılmasının oylanarak kabul edilmesinin ardından, Kral her ne kadar meclisi dağıtmak istese de, kilise ve soyluların temsilcilerinin bir kısmının da Ulusal Meclis'e katılmasının üzerine 27 Haziran'da her üç sınıfın birlikte toplanmasını emretmiştir. Bu toplantı neticesinde, Etats-Généraux krala tabi bir meclis olmaktan çıkarılarak her sınıfı temsil eden ve ulusun temsilcilerinin kralın iktidarına ortak olduğu bir yapıya, 9 Temmuz 1789'da ise Ulusal Meclis yeni bir anayasa yapmakla görevlendirilen bir kurucu meclise dönüştürülmüştür³⁴.

Ulusal Meclis tarafından düzenlenen yeni anayasanın başlangıç bölümünde yer verilen 26 Ağustos 1789 tarihli “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” kabul edilmiştir. Bu bildiriye, Amerikan Devrimi'nin ideolojik argümanlarından etkilenilerek, bu

²⁹ Göze 587-588.

³⁰ Poggi, Modern Devletin Gelişimi, 87.

³¹ Göze 590.

³² Göze 595.

³³ Gülener 93.

³⁴ Göze 596-597.

argümanların büyük ölçüde devralındığı ve ifadelerde daha açık bir üslup kullanıldığı görülmektedir³⁵.

Sınırlı iktidar arayışlarının modern anlamıyla ortaya çıkışını sağlayan Amerikan ve Fransız Devrimleri³⁶, aydınlanmış orta sınıflarla mutlak iktidarlar arasındaki bağı kopartan ve orta sınıflara iktidarı öngörülen sınırlar içinde tutmanın tek yolunun, onu elverişli siyasi kurumlar vasıtasıyla dengelenmek olduğunu öğreten bir süreç olmuştur. Bunun yanı sıra, siyasi iktidarın egemen gücüne karşı insan hakları ön plana çıkmış ve siyasi iktidarın sınırlandırılması yönünde somut adımlar atılmaya başlanmıştır. Söz konusu Devrimler ile siyasi iktidarı sınırlandırmak için önceden kullanılan araçlardan farklı olarak, kişi hak ve özgürlüklerine yazılı belgelerde yer verilerek bireyin devlet karşısında kendisini daha güçlü ve güvende hissetmesi sağlanmış ve daha önceki dönemlerde oluşan sınırlı iktidar arayışları anayasacılık hareketleri şeklinde ifade edilmeye başlanmıştır.

Bu iki devrimin doğurduğu fikirler ve yarattığı etkiler, yalnızca Amerika ve Fransa'yı etkilemekle de kalmamıştır. İngiltere, Amerika ve Kıta Avrupası'nda gerçekleşen anayasacılık hareketleri, farklı biçimlerde de olsa, keyfi yönetimlerin gücünün sınırlanması ve bu sınırlamaların somutlaştırıldığı kurumsal düzenlemelere yönelik arayışlara yönelmiş ve Avrupa'da etkisi 1814 yılına kadar sürecek olan bir "ihtilalci anayasacılık" dalgasının da doğumuna sebep olmuştur³⁷. 18. yüzyılın sonlarında Avrupa, Antik Çağ'dan o tarihlere taşınan değerler ve deneyimlerin eşliğinde, gerilimlerin çözüleceği ve elli yıldan fazla sürecek olan bir devrimler dönemine girmiş ve anayasacılık hareketleri somutlaşarak varlık bulmaya başlamıştır.

³⁵ Crane Brinton, John B. Christopher ve Robert Lee Wolff, *1453'ten Bugüne Dünya Tarihi ve Çağdaş Uygarlık*, Çev.: Mete Tunçay, (İstanbul: Cem Yayınevi, 1982) 242.

³⁶ Michel Rosenfeld, "Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity", *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives*, Ed. Michel Rosenfeld, (Durham and London: Duke University Press, 1994) 3.

³⁷ Gisbert H. Flanz, *XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri, Anayasacılık Hareketlerinin Mukayeseli Olarak İncelemesine Giriş*, Çev.: Necat Erder, Şerif Mardin ve Aydın Sinanoğlu, (Ankara: AÜSBF Yayını, 1956) 30-31.

III. SİYASİ İKTİDARI SINIRLANDIRMA ARAÇLARI

A. Anayasacılık

Anayasacılık ve anayasalar Batı’da, 15. yüzyıldan 18. yüzyılın sonlarına uzanan dönemde yaşanan büyük toplumsal dönüşümün ve bu dönüşümün hakim aktörleri arasındaki ilişkilerin sonucunda biçimlenmiştir³⁸. Kökleri çok eskiye dayanmasına rağmen modern anlamda 17. yüzyılın sonlarından itibaren³⁹ kendisini hissettirmeye başlayan siyasi iktidarı sınırlandırma çabaları genel olarak “anayasacılık hareketleri” şeklinde ifade edilmektedir⁴⁰. Bu doğrultuda “anayasacılık” özellikle burjuvazinin ihtiyaçlarının ve arzu ettiği özgür ve güvenli ortamın gerçekleştirilmesine yönelik olarak yapılan girişimlerin sonucunda⁴¹ ortaya çıkan, bölünmüş ve sınırlı bir iktidarı sağlamaya yönelik fikirlerin hayata geçirildiği; ilkeler, kurumlar ve bunu gerçekleştirmeye yönelik teknikler bütünü olarak tanımlanmaktadır⁴². Bir başka deyişle, birey odaklı bir düşüncenin ürünü olarak doğan anayasacılık⁴³; siyasi iktidarın, bireysel özgürlükleri korumak amacıyla sınırlandırılarak⁴⁴ (hukuk devleti), iktidarın tek elde toplanmasına engel olacak şekilde devlet organları arasında bölünmesine (kuvvetler ayrılığı)⁴⁵ yönelik siyasi ve hukuki yöntemler bütünü olarak tanımlanabilir⁴⁶.

³⁸ Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, 58-59.

³⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15.Baskı, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014) 42; Mithat Sancar, “Devlet Akli” *Kıskacında Hukuk Devleti*, 1.Baskı, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000) 134; Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, 1.Baskı, Çev.: Ergun Özbudun, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997) 251; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 7.Baskı, (Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2015) 70.

⁴⁰ Gülener 26.

⁴¹ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 8.Baskı, (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997) 15.

⁴² Gönenç, “Orta Çağ Avrupasında”, 267-268, 287; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 42-43; Carl J. Friedrich, *Sınırlı Devlet*, 1.Baskı, Çev.: Mehmet Turhan, (Ankara: Gündoğan Yayınları, 1999) 29, 90; Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, 1.Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005) 21-22.

⁴³ Walter, F. Murphy, “Constitutions, Constitutionalism and Democracy”, *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, Ed. Douglas Greenberg, (New York: Oxford University Press, 1993) 3.

⁴⁴ Murray Dry, “Constitutionalism and Republicanism in the American Founding: 1776-1787”, *Teaching Political Science*, Vol. 14, Number: 1, Fall (1986) 5.

⁴⁵ Gönenç, “Orta Çağ Avrupasında”, 267-268, 287; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 42-43; Arslan 21-22; Mustafa Erdoğan, “Demokrasi Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y.10, S. 20, (2011) 28; Adil Şahin; “Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı

Anayasacılık düşüncesinin özü olan sınırlı iktidar ve özgür birey kavramları, Batı'da yaşanan dönüşümlerin ürünü olup, siyasi iktidar ile insanlar arasındaki ilişkinin yapısına göre şekillenen anlayışları yansıtmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan klasik anayasacılık düşüncesi ve bunların ürünü olan anayasalarda; ilk olarak, iktidarın vatandaşlarla olan ilişkileri sınırlandırılmış; ikinci adımda ise, devlet organlarının birbirleriyle olan ilişkileri düzenlenmiştir⁴⁷. 18. yüzyılda gerçekleşen Amerikan ve Fransız Devrimleri, modern anayasacılığın özelliklerinin belirlenmesi açısından önemli birer aşamayı ifade etmektedir. Çünkü bireyin, siyasi iktidar çerçevesinde ve iktisadi ilişkilerde merkezi bir konumda yer almaya başlamasının yanı sıra hak ve özgürlüklerinin de teminat altına alınmasıyla birlikte, anayasacılık hukuki alanda siyasi iktidarı sınırlamak olan klasik anlayışından sıyrılmıştır⁴⁸. Bunun yanı sıra, bu devrimlerle birlikte yazılı anayasa kavramının ortaya çıkması anayasanın temel-üstün norm niteliğine kavuşmasını sağlamış, böylece anayasacılığın temel hedefi olan sınırlı iktidar arayışının merkezine anayasa yerleşmiştir. Ayrıca, 18. yüzyıla kadar birçok düşünür tarafından ifade edilen doğal hakların yazılı belgeler olan anayasalarda yer alması ve karma yönetim anlayışının kuvvetler ayrılığı çerçevesinde Amerikan ve Fransız Anayasalarında düzenlenmesi, sınırlı iktidar arayışlarında belirli araçların kullanılmasının önünü açmıştır⁴⁹.

Temel prensibi siyasi iktidarın sınırlandırılması olan anayasacılıkta⁵⁰ anayasalar, siyasi iktidarı denetleyecek ve dengeleyecek mekanizmaları; bu mekanizmaların bir yandan siyasi iktidarın kullanılmasını mümkün kılacak, diğer yandan siyasi iktidarı sınırlayacak biçimde tasarlamalıdır⁵¹. Bunu gerçekleştirmek üzere yapılacak anayasa ile siyasi iktidarı ortadan kaldırmadan iktidarın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi ve hukukun üstünlüğü esas alınarak bireyler için koruyucu mekanizmaları oluşturularak,

Devlet" Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, (2011) 318.

⁴⁶ Harvey Wheeler, The Foundations of Constitutionalism, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.8, No.5 (1975) 507-514; Gönenç, "Siyaset Bilimi ve Anayasalar", 98.

⁴⁷ Andrews, "Constitutionalism and Constitutions", 14.

⁴⁸ Süheyl Batum, *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*, (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2010) 3.

⁴⁹ Gülener 100.

⁵⁰ Ozan Ergül, *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007) 88.

⁵¹ Meltem Caniklioğlu Dikmen, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", *DEÜHFD*, C.10, S. 1, (2008,) 9-10.

siyasi karar alanların keyfi ve baskıcı yönetimlerini önlemeye ilişkin⁵² halkın denetiminin sağlanması amaçlanmalıdır⁵³. Bu doğrultuda, anayasacılık, bu amaçların bir arada gerçekleştirilmesine imkan verecek hukuki ve siyasi araçlar sunduğundan, denetim ve denge mekanizmaları açısından altı çizilmesi gereken en önemli nokta, bu mekanizmaların bir bütün olduğu zaman bir anlam ifade ettiği'dir. Dolayısıyla mekanizmayı oluşturan her unsurun bir diğerine etkisi göz önünde bulundurularak tasarlanmadığı takdirde, demokratik rejimin işleyişinde aksaklıkların ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Özellikle anayasaların 18. yüzyıl ile birlikte yazılı hale gelmesi onların pozitif hukukun birer parçası olmasının yanında, devlet iktidarının sınırlandırılarak bölünmesi şeklinde kavramsallaştırılan hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine ilişkin yaklaşımların anayasalara girmesi, bu doğrultuda anayasanın üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi ve insan haklarının korunması amacıyla anayasa ihlallerini engelleyecek anayasallık denetiminin oluşturulması, anayasacılığın sınırlı iktidarı gerçekleştirirken kullandığı temel araçlar olmuştur. Bu kavramlar konumuz açısından önemi nedeniyle ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Çoğulcu Demokrasi /Egemenliğin Kullanılması Açısından Demokrasi

Anayasanın en temel işlevi, devlete meşruiyet temeli sağlamaktır⁵⁴. Meşruiyetin ise demokrasiden geldiği yönündeki görüş kabul görmektedir⁵⁵. Demokrasi, yönetmek anlamına gelen "*kratein*" ve halk anlamına gelen "*demos*" sözcüklerinin bir arada kullanımı neticesinde oluşmuştur ve "halkın yönetimini" ifade etmektedir⁵⁶. Demokrasi, iktidarın hukukla uyumlu ve hukukla sınırlı olarak kullanıldığı ve uygulandığı bir siyasal

⁵² Erdoğan, "Demokrasi Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği", 30.

⁵³ Coşgun Uygur, "Dünden Bugüne Anayasacılık", *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, Sayı: 9, (2008) 96-97.

⁵⁴ Ronald Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.28, (2011) 27.

⁵⁵ Dworkin, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", 28.

⁵⁶ Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 232.

rejim olarak tanımlanmaktadır⁵⁷. Demokrasinin klasik tanımını yapmış Abraham Lincoln ise demokrasiyi, “*halkın halk tarafından ve halk için yönetilmesi*” olarak ifade etmektedir⁵⁸. Kuşkusuz, halkın kendi kendini yönetmesi düşüncesi kelimenin tam anlamıyla hayata geçirilemediği için uygulamada bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla ideal demokrasi teorisinin uygulamada bir anlam ifade edebilmesi için, yönetilenlerin hak ve hürriyetleri ile çoğunluğun otoritesi ve yönetme hakkının dengelenmesi gerekmektedir. Her ne kadar demokrasi çoğunluğun görüşünün meşrulaştırılması anlamına gelse de demokrasi ve çoğunluk kararı birbirlerinden farklı iki kavramdır⁵⁹. Bu nedenle, siyasal toplum ile sivil toplum arasındaki mesafe ancak katılımcı demokrasinin uygulanarak alanının genişletilebildiği ölçüde azaltılabilmektedir.

Demokrasiye ilişkin olarak iki farklı yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu yaklaşımlardan ilki, temelini Rousseau'nun genel irade görüşünden alan “*çoğunlukçu demokrasi*” anlayışıdır. Çoğunlukçu demokrasi anlayışının temeli, genel irade ya da milli irade olarak adlandırılan çoğunluk iradesinin, toplumun genel çıkarıyla hiçbir zaman çatışma içinde olmayarak daima kamu iyiliğine yönelmesi gerekliliğine dayanmaktadır. Bu gerekliliğin ortaya çıkardığı sonuç ise, demokrasinin işlerliği için gerekli ancak yeterli olmayan çoğunluk yönetimidir⁶⁰. Çoğunlukçu demokrasi, siyasal kurumların toplum tarafından alınan kararların mümkün olduğu kadar çok sayıda insanın yerleşik kanaatlerini temsil edecek şekilde alınmasına imkan verecek tarzda yapılandırılmasını ve çoğunluğun yerleşik kanaatlerinin ortaya çıkmasını amaçlamaktadır. Ancak burada üzerinde durulması gereken husus; daima kamu çıkarına yönelen çoğunluk iradesine dayalı çoğunlukçu demokrasiyi benimsemiş çoğunluk yönetiminin bu şekliyle kabul edilmesi halinde, çoğunluğun iradesini sınırlayarak, çoğunluk dışında kalan kesimlerin nasıl korunacağı ve bunlara ilişkin tedbirlerin nasıl

⁵⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 11.Baskı, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016) 16.

⁵⁸ Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, Çev.: Ergun Özbudun, Ersin Onurduran, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996) 11.

⁵⁹ Ronald Dworkin, “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, Vol.3, Issue 1, (1995) 2, 10-11.

⁶⁰ Mehmet Turhan, “Çoğunluk İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 4, (1988) 73; Yusuf Şevki Hakyemez, “Çoğunlukçu Demokrasi, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, *AÜHF Dergisi*, C.52, S.4, (2003) 76.

hayata geçirileceğine ilişkindir⁶¹. Bu doğrultuda bir bütün olarak anlam ifade eden toplum iradesinin gerçek anlamda ortaya çıkabilmesi için bireysel hakların yanı sıra özellikle farklı görüşlerin özgür biçimde ifade edilebilmesi ve çeşitli yerlerde tartışılabilmesi için diğer özgürlüklerin yanı sıra ifade hürriyetinin de güvence altına alınması⁶² gerekmektedir. Çoğunluk dışında kalan kesimlere tanınan bu güvencenin karşısında, çoğunluk iradesini sınırlayıcı tedbirler uygulanması ve bu tedbirleri uygulamaya yönelik kurumların oluşturulması da, demokrasinin özüne aykırı değil, aksine uygun⁶³ olduğu için ideal demokrasiye ancak “çoğunluğun sınırlı egemenliği” ile ulaşılabileceği sonucuna varılmaktadır.

Buna karşılık demokrasiye yönelik ikinci yaklaşım olan “çoğulculuk”, modern toplumda yer alan çoklu yapıların, farklı çıkar ve taleplerinin ifade edilmesi gerekliliğini vurgulayan ve hukuk düzeni içerisinde normatif bir düzenleme çerçevesinde siyasi karar alma süreçlerine de dahil edilmelerine imkan veren bir kavramdır⁶⁴. Çoğulcu yönetim, çoğunluğun mutlak hakimiyetini reddeden, sadece azınlığın değil, parlamentoda temsil edilmeyen kesimin de haklarını koruyan, gözeten ve devamlılığının sağlanmasını savunan bir yönetim şeklidir⁶⁵. Dolayısıyla temsil edil(e)meyen azınlığın haklarının kimler tarafından savunulacağı sorusu cevabını çoğulcu yönetimde bulmuştur.

Çoğulcu demokrasi anlayışında da çoğunlukçu demokrasiye benzer bir şekilde, çoğunluğun yönetme hakkı bulunmaktadır; fakat azınlıkta kalan kesimin haklarına da büyük bir önem verilmektedir⁶⁶. Çoğulcu demokrasi anlayışının⁶⁷ temelinde, çoğunluk yönetiminin çoğunlukçu demokrasi anlayışına kayma tehlikesini önleme amacı

⁶¹ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 34.

⁶² Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, 29.

⁶³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 34.

⁶⁴ Levent Köker, “Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 23, (2006) 201.

⁶⁵ Mehmet Merdan Hekimoğlu, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasanın Yargısının Hukuki Boyutları*, (Ankara: Detay Yayıncılık, 2004) 24-25; Münici Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Bası, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1993) 172.

⁶⁶ Hakyemez, 89-90. Bülent Yavuz; “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, (2009) 292.

⁶⁷ Dworkin'e göre, çoğulcu demokrasinin kurulabilmesi için üç şartın kabul edilmesi gerekmektedir. Birinci şart, yurttaşların siyasi kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmasıdır. İkinci şart, alınacak ortak kararların sadece çoğunluğun çıkarına değil, herkesin çıkarına yönelik olması gerektiğinden, eşit özen ilkesi dikkate alınmalıdır. Üçüncü ve son şart ise, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde bu konuya yönelik karar alınmamasıdır. Bkz. Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, 28-30.

bulunmaktadır. Bu doğrultuda, parlamentodaki çoğunluğun üstünlüğünün kabul edilmesine karşın, sınırsız ve mutlak bir çoğunluk yönetimi kabul edilmemektedir. Bu doğrultuda bu temelin uygulamada bir anlam ifade edebilmesi için sistemin güvenceli ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Bu doğrultuda güvenceli ve öngörülebilir bir sistem kıstasından; iktidarı kullanan kesimler bakımından beklenen, seçmenlere verilen sözlerin yerine getirilmesine ilişkin yapılacak düzenlemelerde anayasanın bunu zorlaştırmaması ya da en azından buna engel olmaması anlaşılmalıdır. İktidarda olmayan kesimler bakımından beklenen ise anayasanın kendilerini çoğunluğun diktatörlüğüne karşı koruyarak, temsilciler üzerinde seçim zamanları dışında da denetim ve etkileme yolları kullanılarak demokrasinin çoğunluğun diktatörlüğüne dönüşme tehlikesinin bertaraf edilmesidir⁶⁸. Temsili demokrasinin, yönetenlerin otoritesi ile yönetilenlerin özgürlükleri arasında denge sağlayan bir siyasal rejim olduğu gözetildiğinde, tüm anayasal tedbir ve kurumların “çoğulcu demokrasi” anlayışını işlevselleştirmek üzere⁶⁹, demokratik azınlıkların çoğunluğa dönüşmesinin yolları temin edilmelidir⁷⁰. Özellikle II. Dünya Savaşından önce yaşanmış tecrübelerle dayanarak, çağdaş batı demokrasisinin Dünya genelinde geldiği nokta, çoğunlukçu yaklaşımın yanı sıra azınlığın da dikkate alındığı, dolayısıyla çoğulcu yaklaşımın kabul edildiği bir demokrasi sistemidir⁷¹.

Batı’da demokrasi, liberal siyaset teorisi üzerine kurulduğu için ulusal egemenlik veya halk egemenliği ilkesi liberal değerler ile iç içe geçmiştir. Liberalizm, devletin faaliyet alanını sınırladığı için, halk iktidarı sosyal yaşamın her alanını kapsamamakta, özgülenmiş bir alanla sınırlı olmak üzere kullanılabilir. Bu özellik nedeniyle, demokrasinin olduğu bir devlet yapısında, iktidarın sınırlı olduğu ve bir takım üstün hukuk ilkeleriyle bağlı bulunduğu anlayışı güçlenmiştir. Modern demokrasilerde, liberalizmin siyasal iktidarı sınırlamak için ortaya koyduğu bu temel felsefeyi hayata geçirmek üzere birçok ilke ve kurum benimsenmiştir⁷². Bu doğrultuda, bütün bireylerin ve toplulukların hukukun eşit şekilde sağladığı korumadan yararlanabilmesini sağlayan

⁶⁸ Levent Göneç, “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, *AÜHFD*, C. 50, S. 1, (2001) 146.

⁶⁹ Gözler, *Anayasa Hukukun Genel Esaslar*, 264-265.

⁷⁰ Kapani, 172-173

⁷¹ Hakyemez, 89-90. Yavuz, “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, 292.

⁷² Oktay Uygun, “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”, *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, (Ankara: TBB Yayınları, 2010) 55.

ve bunu gerçekleştirmek üzere hukukun üstünlüğüne dayanan *hukuk devleti anlayışı* bu sürecin sonuçlarından biri olmuştur⁷³.

Hukuk devleti ilkesine anayasal çerçevede pozitif bir hükümle yer verilmiş ve devlet gücünün kötüye kullanımının önüne geçilmesi ve yöneten ile yönetilen arasındaki dengenin sağlanması amacıyla farklı yol ve yöntemler oluşturulmuştur. Bu doğrultuda, devlet gücünün kullanımında, bu gücün işlevlerine göre ayrıştırılarak farklı devlet organları arasında dağıtılması ve ilgili organların birbirlerine karşı sorumlulukları ve konumuna ilişkin öngörülen ilkeler “*kuvvetler ayrılığı*” prensibinde bütünlük kazanarak anlam bulmuştur. Siyasi iktidarın sınırlandırılması için ortaya çıkan çoğulcu demokrasi anlayışına dayanan siyasi rejimler ile bu rejimlerin başvurduğu kuvvetler ayrılığı ilkesi arasında ayrılmaz bir ilişki bulunmaktadır⁷⁴. Dolayısıyla önce kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerinde durulması, ardından hukuk devleti ilkesinin açıklanmasının konunun bütünlüğü açısından daha uygun olacağı düşünülmektedir.

C. Karma Yönetimden⁷⁵ Kuvvetler Ayrılığı İlkesine Geçişin Felsefi Temelleri

Kuvvetler ayrılığı prensibinin fikirsel temeli Antik Yunan’a dayanmaktadır. Bu prensibe ilişkin en net tasnif Montesquieu ve aydınlanma sonrası dönemde yapılmış olsa da, fikrin temelinden başlayarak yapılacak bir anlatımın, konunun önemi ve anlaşılması açısından daha faydalı olacağı düşünülmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesine geçmeden önce, bu ilkeye kaynaklık eden ve siyasi iktidarı denetleme ve dengeleme arayışlarında başvurulan yöntemlerden biri olan karma anayasa kavramı üzerinde durulacaktır.

⁷³ İl Han Özay, “Anayasa Mahkemeleri (Ya Da Yargısının) Meşruiyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9, (1992) 72.

⁷⁴ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 212-213.

⁷⁵ Doktrinde “mixed government” kavramının karşılığı olarak hem “karma yönetim” kavramının hem de “karma anayasa” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ancak Anayasanın modern anlamda kavramsal karşılığı ve ele alacağımız dönemde bunu karşılayacak herhangi bir yapılanmanın olmadığı düşünüldüğünde, çalışmamızda “karma yönetim” kavramını kullanmayı daha doğru bulmaktayız.

1. İlkçağ

Devlet fonksiyonlarının tanımlanarak, bu fonksiyonların farklı kişi ve gruplar tarafından yerine getirilmesi düşüncesinin hakim olduğu İlkçağ siyaset felsefesi, istikrarlı bir devlet modeli geliştirmek adına denetleme mekanizmalarının oluşturulması arayışlarına da yansımıştır. İlkçağ, düşünürlerin bu arayışlara yönelik olarak birbirlerinden esinlenerek teorilerini geliştirdiği bir dönem olmuştur.

1.1. Platon

Platon, anayasal modele bağlı olan toplumdaki güçleri dengelemek için iki farklı strateji öngörmüştür⁷⁶. Bunlardan birincisi, yasaların üstünlüğü ilkesiyle ilgilidir. Platon aslında ilk başta yöneticilerin yasayla bağlı olması fikrine sıcak bakmaz. “*Devlet*” isimli eserinde, filozof-krallar tarafından yönetilen ideal bir devlet tasarlar ve her türlü erdem ve bilgiyle donatılmış bu filozof-kralların⁷⁷ yasayla bile olsa sınırlanmasının gerekli ve doğru olmadığını düşünür. Ancak daha sonra, tasarladığı ideal devletin gerçekleşmeyeceğini anladığında, kötünün iyisi bir rejim olarak anayasal devleti benimser ve yasaların üstünlüğü fikrini savunmaya başlar⁷⁸. Platon “*Yasalar*” isimli eserinde ideal yönetim biçimini açıklarken, yönetimde önemli olan hususun yasalar olduğunu⁷⁹, bu nedenle yasalara dayanarak yönetimin yapılması gerektiğini, yöneticilerin yasaların “köleleri” olduğunu ve yasaların üstün olmadığı devletlerin eninde sonunda çökeceğini söyler. “*Devlet*” isimli eserinde açıkladığı ideal devlete hakim olan “aklın üstünlüğü” ilkesi, aklın rasyonel yasalarda somutlaşacağı varsayımının yer aldığı “*Yasalar*” isimli eserinde, kurulabilir en iyi devlet modeli bakımından yerini “hukukun üstünlüğü” ilkesine bırakır. Platon’un ideal devletinde

⁷⁶ John Morrow, *A History of Political Thought: A Thematic Introduction*, (New York: New York University Press, 1998) 229-230.

⁷⁷ Platon, *Devlet*, Çev.: Cenk Saraçoğlu – Veysel Atayman, (İstanbul: Bordo Siyah Yayınları, 2013) 8.

⁷⁸ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 102.

⁷⁹ Platon, *Devlet*, 28.

yasaların uygulanıp uygulanmadığını denetleme görevi ise “Hukuk Muhafızları” (*Guardians of the laws*) ismi verilen bir kurula verilmiştir⁸⁰.

Platon’un önerdiği ikinci strateji ise, siyasi ve yargısal görevlerin kesin çizgilerle belirlenerek, bu pozisyonlara farklı sınıflara mensup ve farklı yaş düzeyindeki kişilerin getirilmesidir. Böylece söz konusu sosyal unsurlar birbirini dengeleyecek ve denetleyecek, dolayısıyla istikrarlı bir düzen kurulmuş olacaktır⁸¹. Bu doğrultuda Platon, “doğal uyum” ve iş bölümünden yola çıkarak belirlenen tüm unsurların gerektiği gibi işlevlerini yerine getirebilmesi ve adaletin sağlanması için “fonksiyonlar ayrılığı” düşüncesini ileri sürmüştür⁸².

Düşünür daha önce “*Devlet*” isimli eserinde savunduğu siyasi iktidarın tek bir kişinin veya grubun elinde toplanması gerektiğine dair düşüncelerini “*Yasalar*” isimli eserinde değiştirmiş ve siyasi iktidarın bölünmesi ve paylaşılması gerektiğini kuvvetler ayrılığına değinmeden ifade etmiştir. Bu doğrultuda, her sınıfa belli bir görevin verilmesi ve bir sınıfın diğer sınıfın görev alanına müdahale edememesi, günümüzde kuvvetler ayrılığı ilkesinin temelinde yer alan devletin farklı organları arasında siyasi iktidarın bölüştürülmesi ve bir organın diğer organın yetki alanına müdahale edememesi ilkesine benzetilebilir⁸³. Sonuç olarak, Platon’un denge ve dengeleme düşüncesine özel bir önem verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁸⁴.

1.2. Aristoteles

Platon’un düşüncelerinin etkisiyle Aristoteles, en iyi yaşamın gerçekleştirilmesinin hedeflendiği polisin yönetimine ilişkin sorunun en önemli kısmını

⁸⁰ Bu muhafızlar toplumun çoğunluğu tarafından seçilir ancak seçmenler sınıf esasına göre dört farklı gruba ayrılır. Bu ayırım yapılırken kişilerin sahip oldukları malvarlıkları göz önüne alınır ki bu kıstas Platon’un eşitlik tanımına uygundur. Detaylı bilgi için bkz. Platon, *Yasalar*, Çev.: Candan Şentuna – Saffet Babür, (İstanbul: Kabalcı Yayıncılık, 2012) 171-179.

⁸¹ Platon, *Yasalar*, 214-218.

⁸² Levent Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 2.Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, Ocak 2015) 45.

⁸³ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 45.

⁸⁴ Mehmet A. Ağaoğulları, *Kent Devletinden İmparatorluğa*, 3. Baskı, (Ankara: İmge Kitabevi, 2002) 295-297; Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 42-48.

“anayasal/siyasal yönetim⁸⁵” (politeia) kavramının oluşturduğunu düşünmektedir. Düşünre göre, anayasal yönetim, “bir devlet içinde yaşayanları örgütlemenin yoludur” ve aynı zamanda bütün otoritelerin üzerinde yer alarak egemen otoriteyi simgeleyen devletin sürekliliği sağlamaktadır⁸⁶. Anayasal yönetimin temelinde otoritenin nasıl düzenleneceği meselesi yer aldığı için, otoritenin biçimi aynı zamanda anayasanın türüne de işaret etmektedir⁸⁷.

Aristoteles, anayasal yönetim ikiye ayırarak incelemektedir. Bu ayrımı yaparken kullandığı ölçüt, bir anayasanın ortak çıkarı mı yoksa tek bir kişinin çıkarına mı hizmet ettiği. Dolayısıyla otoritenin kullanım şekli ile elde edilen çıkarın niteliği arasında bir ilişki kurar. Aristoteles’e göre, yalnızca ortak çıkarın gerçekleştirilebileceği yönetimler “doğru”, tek bir kişinin çıkarına hizmet edebilecek yönetimler ise “sapma” yönetimlerdir. Bu çerçevede doğru anayasalar; bir kişinin yönetimine dayanan ve ortak iyiliği amaçlayan “krallık”; bir kişi yerine bir azınlığın yönetimine imkan veren “aristokrasi” ve tüm toplumun iyiliği adına yurttaşların tümünün dahil olduğu siyasi yönetim başka bir ifade ile “anayasal yönetim”dir. Doğru anayasalar karşısında yer alan sapma anayasalar ise; krallığın bozulmasıyla oluşan “tiranlık”, aristokrasinin bozulmasıyla oluşan “oligarşi” ve anayasal yönetimin bozulmasıyla ortaya çıkan “demokrasidir.”⁸⁸ Egemenliğe sahip olanlara göre belirlenen bu yönetim biçimlerinin nasıl denetlenmesi gerektiği konusu, Aristoteles’in anayasal yönetim düşüncesinin bir diğer önemli boyutunu oluşturur. Siyasi iktidar, çoğunluğun sınırlandırılmasını sağlayacak bir kuvvetler dengesini içermelidir. Bu dengenin sağlanabilmesi için her bir sınıfın çıkarının gözetildiği bir ortak yarar fikrine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu doğrultuda, ortak yararı sağlama amacıyla azınlık veya çoğunluğun yönetimi fark etmeksizin, doğru bir anayasadan söz edilebilecektir⁸⁹. Buna dayanarak, aristokrasi ve demokrasiye ilişkin hususların birleşimi olan ve bugün siyasi iktidarın organlar arasında dağılımı esasına

⁸⁵ Mehmet Semih Gemalmaz, Devlet, Birey ve Özgürlük, 2.Baskı, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012) 17.

⁸⁶ Aristoteles, *Politika*, 6. Baskı, Çev. Mete Tunçay, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2002) 70, 79.

⁸⁷ Gülener 40.

⁸⁸ Aristoteles 81.

⁸⁹ Aristoteles 81.

dayanan kuvvetler ayrılığı fikrine yakın en eski ve temel benzetme “*karma yönetim*” (*mixed government*) teorisi ile tasarlamıştır⁹⁰.

Tek bir toplumsal sınıfın keyfi yönetimini engellemek üzere oluşturulan karma yönetim, çıkarların siyasal alanda denge ve denetleme mekanizmasıyla kontrol altında tutulması işlevini görür. Karma yönetim teorisi saf haliyle iki temel varsayım üzerine kurulmuştur. Bunlardan ilki, eğer siyasi iktidar sadece belli bir kişi, grup veya sınıfın elinde toplanırsa kötüye kullanılma olasılığı yüksektir. İkincisi ise, bunu önlemenin en etkili yolu, toplumdaki diğer grup veya sınıflara iktidarın kullanımında söz hakkı tanıyarak, bunları, iktidarı kötüye kullanma olasılığı olan kişi, grup veya sınıflar karşısına dengeleyici bir güç olarak çıkarmaktır. Karma yönetim teorisine göre, monarşik (tek kişinin yönetimi), aristokratik (azınlığın yönetimi) ve demokratik (çoğunluğun yönetimi) yönetim biçimleri bir araya getirilerek oluşturulacak kurumsal yapı içinde, siyasi iktidar farklı grup veya sınıflar tarafından kullanıldığı (örneğin yasalar aristokratik ve demokratik unsurlar tarafından yapılıp uygulanması monarşik unsurlara bırakıldığı) takdirde, belli bir grup veya sınıfın diğerleri üzerinde hakimiyet tesis etmesi veya diğerlerine iradesini zorla kabul ettirmesi mümkün olmayacaktır⁹¹. Böylece, yönetim içerisindeki araçlardan kaynaklanan dengesizlik anayasal demokrasinin gerekleriyle sınırlı kalacağından⁹², bireylerin hak ve özgürlükleri de korunabilecektir. Dolayısıyla, organlar sadece kendi alanlarında hareketsiz kalmak suretiyle “pasif” olarak değil, birbirlerine karşı sahip oldukları araçları da kullanarak aktif olarak birbirini denetlemeye başlamıştır⁹³.

Aristoteles’e göre anayasal yönetim; bir devlette görevlerin dağılımını, egemenliğin kimin elinde olduğunu ve toplumun gerçekleştirmeyi amaçladığı nihai hedefleri gösteririr. Bu doğrultuda devlet yasası içerisinde yer alan “kuvvet”, her bir organın içerisinde yer alması gereken sınıfları ifade ederek, toplumsal güçlerin dengesini

⁹⁰Larry Arnhart. *Siyasi Düşünce Tarihi*, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Ankara: Adres Yayınları,2004, 75; Manfred G. Schmidt. *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, Çev.: M. Emin Köktaş, Ankara: Vadi Yayınları, 2002, 42.

⁹¹ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 101-102.

⁹² Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 42.

⁹³ M. J.C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers*, Second Edition, (Indianapolis: Liberty Fund, 1998) 18-19.

esas alan teoriye dayanır⁹⁴. Bu hedefler her anayasada bulunmakla birlikte bunların arasındaki ilişkiler farklı şekilde düzenlenir⁹⁵. Kuvvetler ayrılığı prensibinin kaynağı olarak kabul edilen⁹⁶ görüşün sahibi Aristoteles; dönemin Yunan devlet yapısındaki organlardan yola çıkarak her devlette üç temel fonksiyon olduğundan bahseder. Bunlardan birincisi, ulus çapında önem taşıyan her şeyin topluca tartışılıp görüşüldüğü müzakereler⁹⁷ şeklinde yürütülen “yasama” fonksiyonudur. İkincisi, alınan kararların uygulanmasını sağlayacak görevlilerin veya memurların belirlenmesini içeren ve kumanda fonksiyonunu yerine getiren ‘yürütme’ fonksiyonu ve üçüncüsü adaleti sağlayan “yargı⁹⁸” fonksiyonudur⁹⁹. Bu noktada Aristoteles, örneğin, anayasal kuvvetlerin dağıtılması ve belirli dönemlerde yöneticilerden hesap sorulması (hesap verebilirlik) gibi uzmanlaşmaya dayalı denetim mekanizmalarını kabul etmemektedir. Onun yerine çoğunluğun denetimi fikrini benimser. Egemenliği elinde tutanın jüri üyesi, kurul üyesi, meclis üyesi olmadığını, onların sadece bütünü içerisinde yer alan birer parça olduklarını ifade ederek egemenliğin asıl sahibinin halk yani jüri, kurul veya mahkeme olduğunu belirtir¹⁰⁰. Aristoteles, yasama-yürütme-yargı organı ayrımını yaptıktan sonra toplumsal kuvvetlerin iktidar dengesi olan bu üç organ arasında iktidarın nasıl paylaşılacağını tartışır.

Aristoteles, devletin temel olarak iki görevi olduğunu ileri sürmektedir. Bu görevler; “adalet” ve savunma dolayısıyla “siyaset”e ilişkin sorunları görüşüp tartışmaktır. Aristoteles bu görevlerin farklı kimselere verilmesi mi yoksa hepsinin aynı

⁹⁴Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, (Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989) 3-4.

⁹⁵ Ağaoğulları, Kent Devletinden İmparatorluğa, 356.

⁹⁶ Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, (Ankara: AÜSBF Yayını, 1951) 50.

⁹⁷ Müzakereler; ölüm, sürgün ve malvarlığına el koyma cezalarının yanı sıra, barış ve savaşa ilişkin karar alınması, fonksiyonları icra edecek görevlilerin seçilerek görev sürelerinin davranışlarından sorumlu olmaları nedeniyle soruşturmaya konu edilmelerini içermektedir. Bununla birlikte, yasama faaliyetlerine ilişkin konuların tartışılarak karara bağlandığı ve izlenecek siyasi programın kararlaştırılmasına yönelik faaliyetleri içermektedir.

⁹⁸ Aristoteles’in ileri sürdüğü düşüncelerden, yargıyı ayrı bir erk olarak nitelendirdiği görülmektedir. Aristoteles’e göre mahkemeler; mahkeme üyelerinin niteliği ve atanma biçimi ile mahkemenin yetki alanlarının giren konuların türü bakımından farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Düşünürce göre, mahkeme üyelerinin niteliği ve atanma biçimine ilişkin üzerinde durulması gereken husus; üyelerinin tek bir sınıf tarafından mı yoksa herkes tarafından mı seçileceği, atamaların ise kurayla mı yoksa seçimle mi olacağına ilişkindir. Detaylı bilgi için bkz. Aristoteles 140.

⁹⁹ Aristoteles 132-133.

¹⁰⁰ Aristoteles 89.

topluluğa mı bırakılması gerektiği sorusuna, Platon'a benzer bir şekilde; bu işlerin en iyi şekilde yapılabilmesi için doğadaki duruma göre, yaşlıların bilgeliğinin, gençlerin ise gücünün, esas alınarak, görevlerin dağılımının da buna göre yapılmasının hem kendi içerisinde amaca uygun hem de faydalı olduğu gerekçesiyle ayrı ayrı kimselere verilmesi gerektiği şeklinde cevap vermektedir¹⁰¹. Yetkinin ayrı kimselere verilmesi sınırsız çoğunluk egemenliğine karşı bir sınırlama aracı olarak görülmüş ve mülkiyet hakkına müdahaleyi önlemek üzere kurgulanan bir kuvvetler ayırımının da başlangıcını oluşturmuştur¹⁰².

Çoğunluk kararlarının yanı sıra “iyi yasa” fikri de diğer bir sınırlama aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha öncesinde Platon'un ifade ettiği, yönetimin yasalara bağlı olması ve kişilerin sadece yasaların uygulayıcıları olduklarına ilişkin Tanrı'nın ve aklın egemenliğini ifade etmek için kullanılan “yasanın egemen olması”¹⁰³ ilkesi Aristoteles tarafından da tekrar edilmiştir. Yasanın egemenliğinin temeli olan iyi bir düzenin ise iki ögesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, konulmuş olan yasalara uyulması, ikincisi ise uyulan yasaların iyi olmasıdır¹⁰⁴. Dolayısıyla, keyfi kararlarla değil, yürürlükteki hukuk kurallarına bağlı bir yönetim doğrultusunda “iyi yasalar” aynı zamanda anayasacılığın temelleri olan hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerinin de bir ifadesidir.

1.3. Polybios

Aristoteles ile başlayan karma yönetim teorisini Batı düşüncesinde bilindiği şekliyle kavramsallaştıran Polybios'tur. Polybios siyaset felsefesine dair düşüncelerini “yönetimlerin döngüsü” temeli üzerine kurmuştur. Monarşi, aristokrasi ve demokrasi olmak üzere üç temel devlet veya yönetim biçimi vardır. Polybios'a göre, tüm mutlakiyetçi yönetimler krallık biçiminde adlandırılmaz. Krallıktan bahsedilmesi için gönüllü olarak benimsenen şiddet ve korku yerine, inandırmaya dayanan bir yönetimin

¹⁰¹ Aristoteles 211.

¹⁰² İrfan Çelik, “Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm, Liberal Düşünce”, Y. 16, S. 61-62, Kış-Bahar (2011) 144-147.

¹⁰³ Aristoteles 103.

¹⁰⁴ Aristoteles 123.

varlığı gerekir. Yine aristokrasinin var olabilmesi için yönetimin, erdemli yapılarıyla ön plana çıkan adaletli ve akıllı kişilerin elinde olması gerekmektedir. Benzer şekilde demokrasinin varlığı için yurttaşların istedikleri ve önerdikleri her şeyin yapılmasının yeterli olmadığını, aynı zamanda yasalara da bağlılığın gerektiğini düşünmektedir¹⁰⁵. Düşünere göre, siyasi rejimler veya yönetim biçimleri belli bir sıra izleyerek yerlerini bir diğerine bırakırlar. Ancak Polybios'a göre bu yönetim biçimlerinin her biri özünde kendi kötülüğünü barındırır ve eninde sonunda bozulur. Yönetimlerin bozulmasını önlenmek üzere, yönetimin döngüsel değişimine, her iyi yönetim biçiminin en iyi unsurlarını alıp bir araya getirerek "karma yönetim" oluşturulmasına¹⁰⁶ ve iktidara hakim olacak güçler arasındaki denge arayışlarına yönelik önerilerde bulunur. Böylece, oluşturulacak "karma yönetim" ile bahsi geçen yönetimlerin döngüsü değiştirilemeyebilirse de en azından geciktirileceği düşünülmektedir¹⁰⁷.

Siyasi organları temsil ettikleri toplumsal kesim üzerinden değerlendiren Polybios'a göre; siyasi iktidar, devleti oluşturan farklı unsurlar arasında bölüştürülmüştür. Konsüller, senato ve halk arasında "fren-denge" sistemi esasına dayalı bir ilişki söz konusudur¹⁰⁸. Yürütme kuvvetini elinde bulunduran konsüller, gerek halkın gerekse senatonun desteğini almak zorunda olduğu gibi, halk da konsülleri hoşnut tutma durumundadır. Benzer biçimde senato ile halk arasında da karşılıklı ilişki söz konusudur ve dıştan gelen tehlikeler bu unsurların birleşmesine neden olmaktadır. Polybios'un, Roma Cumhuriyet kurumlarını esas alarak çizdiği karma yönetim sistemi Aristoteles'in karma yönetimi ile benzerlik göstermekle beraber, Aristoteles gibi toplumsal sınıfları değil Roma Cumhuriyeti'nin organlarını esas alarak kurulmuştur¹⁰⁹. Dolayısıyla daha kurumsal bir yapı kurarak "sosyal denge" düşüncesinden "kurumsal denge" düşüncesine geçişin alt yapısı hazırlanarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin temeli oluşturulmuştur¹¹⁰.

¹⁰⁵ Mete Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi: Seçilmiş Yazılar Eski ve Orta Çağlar*, 2. Baskı, (İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010) 268-269.

¹⁰⁶ Gönenç, "Siyaset Bilimi ve Anayasalar", 103.

¹⁰⁷ B C. McGing, *Polybius' Histories*, (New York: Oxford University Press, 2010) 170-174.

¹⁰⁸ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 51-52.

¹⁰⁹ William Ebenstein, *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*, 5. Baskı, Çev. İsmet Özel, (İstanbul: Şûle Yayınları, 2005) 58.

¹¹⁰ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 52.

1.4. Cicero

Cicero, daha öncesinde Platon ve Aristoteles'te ilk biçimini bulan ve Polybios'un geliştirip savunduğu karma yönetim düşüncesini benimsemiş ve Roma Anayasasının karma yönetimin en belirgin örneği olduğunu belirtmiştir. Üç yönetim biçiminin birleştirilmesiyle oluşturulan karma yönetimin; sürekliliği sağlayarak, yöneticiler tarafından büyük bir hata yapılmadıkça herhangi bir devrime yol açmayacak en iyi yönetim olduğunu savunmuştur. Cicero'nun düşüncesindeki yönetim ile Polybios'un karma yönetiminin birtakım farklılıkları bulunmaktadır: Bunlardan ilki; Cicero'nun amacının anayasal bir düzenleme yapmaya yönelik olmamasıdır. İkincisi ise Polybios, Roma Anayasasında üç gücün birbirini dengelediğini söylemekle yetinmiş olmasına rağmen, Cicero, üç yönetim biçiminin iyi taraflarının alınması suretiyle, yönetim biçimlerine özgü iktidar anlayışlarının dengelenmesini sağlamıştır. Böylece eşitlik ve sürekliliği teminat altına alarak karma yönetim üzerinde bir değer yargısı kurmuştur¹¹¹.

¹¹¹ Mehmet Ali Ağaoğulları ve Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 6.Baskı, (Ankara: İmge Kitabevi, 2006) 61-62.

2. Ortaçağ

Ortaçağ, sosyal, ekonomik ve siyasi sisteme feodalite ve Hristiyanlığın hakim olduğu bir dönem olmuştur. Sınırlı iktidar arayışı, bu hakimiyetin yanı sıra bireyin devlet karşısındaki durumunu belirleyen temel unsur olmuş¹¹² ve İlkçağdan devralınan karma yönetim kavramı geliştirilmiştir.

2.1. Aquinum’lu Thomas

Antik Yunan’dan Roma’ya yansıyan “karma yönetim” düşüncesi Ortaçağ’da da etkisini göstermiştir. Ortaçağ’ın önemli düşünürlerinden olan Aquinum’lu Thomas, dünyevi devleti siyasi ve ahlaki amaçları olan canlı bir organizmaya benzetmektedir. Canlı bir organizma olarak benimsenen devletin, kendi üyelerinin tek tek kişisel çıkarlarından ayrı bir “ortak çıkar”a sahip “bağımsız” bir nitelik taşıdığını düşünmektedir. Dolayısıyla bu organizmanın sahip olduğu siyasi ve ahlaki amaçları ifade eden “ortak yarar”ın gerçekleştirilmesi için, yönetim ilkesinin “yöneticinin kişisel çıkarı”na göre değil, “ortak yarar”a göre belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu gerekliliğin ise “tek kişi yönetimi” ile değil, “ortak yarar”ı oluşturan parçaların söz sahibi olduğu “karma yönetim” ile yerine getirileceğini savunmuştur. Dolayısıyla Aquinum’lu Thomas, karma yönetim biçimini insan doğasına en uygun yönetim olarak kabul eder¹¹³.

Düşünür, ortaya koyduğu yönetim biçimleri ve yasa kavramı çerçevesinde, ilk sınırlı iktidar uygulamasını, “tiranlaşma” olgusu etrafında incelemiştir. En iyi yönetim biçimi “krallık”tır, ancak bir kral adaleti gerçekleştirmekten saptığı zaman kolayca tiranlaşabilmektedir. Aquinum’lu Thomas bu noktada çözümü, “karma yönetim” olarak sunmuştur. Buna göre, erkin en iyi biçimde düzenlenebilmesi için herkesi komuta edebilecek erdemli bir baş, yani “kral” ve onun emri altında erdemli yöneticilik yapma kabiliyetine sahip olan başka kimselerin de bulunması gerekir. Ayrıca yöneticileri kendi

¹¹² Gülener 59.

¹¹³ Ağaoğulları / Köker 243.

içlerinden seçtikleri için herkes bu yönetime katılmaktadır. Böylece, krallık, aristokrasi ve demokrasinin karışımından oluşan karma bir yönetim ortaya çıkararak, yönetimin tek bir elde tutularak yozlaşmasının ve keyfi bir biçimde kullanılmasının önüne geçmeye çalışmaktadır.

Aquinum’lu Thomas’ın savunduğu tiranlaşmayı engelleyen karma yönetim modeli, iktidarın farklı kuvvetler tarafından dengelenmesinin sağlaması açısından Ortaçağ düşüncesinde önemli bir aşamayı ifade etmektedir. Ayrıca yasaya bağlı yönetim fikrinin daha seküler bir yaklaşımla ele alınarak, iktidarın dünyevi boyutuna yapılan vurgunun artmış olması, Aquinum’lu Thomas’ın düşüncelerini daha da farklı kılmaktadır¹¹⁴.

2.2. Machiavelli

Machiavelli, Polybios gibi saf yönetim biçimlerinin eninde sonunda dejenere olarak kötü versiyonlara dönüşebileceğini, bunu önlemek veya geciktirmek için karma bir yönetim modelinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹⁵. Machiavelli, eğer aynı devlet içerisinde farklı yönetim biçimlerine ait unsurlara bir arada yer verilirse, her birinin diğerinin görev alanına saygı duyarak, yetkilerini kontrollü bir şekilde kullanma hususunda hassasiyet göstereceğini vurgular. Böylelikle her bir unsur diğerine karşı korunmuş olur. Dolayısıyla karma yönetimi, devletin zarar görmesini engelleyecek ve siyasi iktidarın tüm toplumun menfaatine uygun olarak kullanılmasını güvence altına alacak bir araç olarak kabul etmiştir.

3. Aydınlanma Çağı

Amerikan ve Fransız Devrimleri sonucunda ortaya çıkan liberal eğilimlerin olgunlaştırarak geliştirdiği “anayasa” kavramı, devletin dayandığı temel kurallar bütünü

¹¹⁴ Tunçay, *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Eski ve Ortaçağlar*, 434; Güleler 70.

¹¹⁵ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 57-58.

olmaktan ziyade; “sınırlı iktidar” ve “özgür birey” kıstaslarıyla temellendirilen bir devlet anlayışı olarak tanımlanmış ve Batı’nın gelişiminde bambaşka yolların kapılarını açmıştır. Liberal anayasacılığın doğuşunda “liberal bireyciliğin babası” olan John Locke’un “halk egemenliği” ve doğal hukuk düşüncesi¹¹⁶, dönem içerisinde Montesquieu tarafından iktidarın devlet organları arasında paylaşılmasına kadar genişletilmiştir.

3.1. John Locke

Locke’ un yaşadığı dönem olan 17. yüzyıl; siyasi, ekonomik, dini ve sosyal alanlarda krizlerin yaşandığı ve bu krizleri gidermeye yönelik toplumu düzenleyecek güçlü iktidarların olmadığı bir dönem olmuştur¹¹⁷. Hem iktidarlara güçlendirmek hem de sınırlandırmak adına devlet fonksiyonlarının tek bir organ tarafından mı yoksa farklı organlar tarafından mı yerine getirileceği sorusuna cevap arayan Aydınlanma Çağı’nın liberal düşünürleri, İlk ve Ortaçağda çeşitli düşünürler tarafından savunulan “karma yönetim¹¹⁸” teorisinden esinlenerek bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için bu fonksiyonların ayrı ellerde toplanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹¹⁹. Buna yönelik olarak iktidarların sınırlandırılmasına ilişkin araçlardan biri olan kuvvetler ayrılığının felsefi temelini oluşmasında John Locke’un önemli bir etkisi olmuştur. Locke, o döneme kadarki düşüncelerden farklı olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesini sınıf temeline dayandırmayıp, gücün kötüye kullanılmasının önüne nasıl geçileceğini esas alan ilk düşünürdür¹²⁰.

Tek vücut halinde birleşmiş ortak bir yasaya ve aralarındaki anlaşmazlıkları bir karara bağlama ve suçluları cezalandırma yetkisi olan ve başvuracakları bir yargıya

¹¹⁶ Gülener 85.

¹¹⁷ Göze 172; Müzeyyen Eroğlu, “John Locke’un Devlet Teorisi”, *Akademik Bakış Dergisi*, Sayı 21, Temmuz-Ağustos-Eylül, (2010) 3, <http://www.akademikbakis.org/eskisite/21/07.pdf> (Erişim Tarihi: 16.03.2016)

¹¹⁸ Bkz. 28.

¹¹⁹ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 103.

¹²⁰ Gülener 103.

sahip olanlar birbirleriyle *sivil bir toplum* oluştururlar¹²¹. John Locke, sivil toplumun varlığını ve sürekliliğini koruyacak olan kuvvetler ayrılığı prensibini millet egemenliği ve temsili hükümet açısından ele almıştır¹²². Locke, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ancak sınırlı iktidarın kurulabileceğini ve monarşinin yerine parlamenter yönetimin uygulanması amacıyla, devleti yasama¹²³ (kanun yapma kuvveti), yürütme (icra kuvveti) ve federatif kuvvetlerden (devletin dışındaki topluluklar ve bireylerle ilişki ve işlemlerini düzenleyen, savaş ve barış yapmak, birlikler ve ittifaklar kurma erkine sahip bir kuvvet) oluşan bir ayrıma tabi tutmuştur¹²⁴.

Yasama gücü, bireylerin ve toplumun korunması adına devlet gücünün nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin yönlendirilen, halk tarafından seçilmiş temsili bir organdır. Locke'a göre, yasama gücü; toplumun kamusal yararı ile sınırlı¹²⁵ olan, sadece belirli amaçlara yönelik faaliyet gösterebilmesi için yetkilendirilmiş¹²⁶, keyfi hareket etmesi halinde veya verildiği amaca aykırı davranıldığında verilen yetkinin geri alınabildiği emanetçi fakat egemen bir iktidardır¹²⁷. Devletin yönetimi açısından hangi yönetim biçimi benimsenirse benimsensin, devlet yöneten iktidar tarafından, belirsiz kararlarla ve geçici emirlerle değil, yayımlanmış ve kabul edilmiş yasalarla yönetilmelidir¹²⁸. Yürütme gücü ve federatif güç kendi içlerinde "ayrı" ancak pratikte birleşen güçlerdir, dolayısıyla aynı elde toplanırlar¹²⁹.

Locke' un modelinde, yasama ve yürütme güçleri olmasına rağmen yargı gücünden söz edilemez; çünkü bu güç yerine yasamaya bağlı "federatif güç" ten söz

¹²¹ John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci Tez*, Çev.: Aysel Doğan, 8.Baskı, (İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2014) VII, parag. 87, 84.

¹²² Feyzioğlu 51.

¹²³ Yasama gücünün, üç ayrı kişinin onayına bağlı olduğu varsayıldığında bunlar; kalıtımla daimi üstün yürütme gücüne sahip olan tek bir şahsın, onunla birlikte diğer iki organı toplama ve dağıtma gücüne sahip olması, kalıtımla gelen soylular meclisi, halk tarafından geçici bir süre için seçilen temsilciler meclisidir (XI, para. 141).

¹²⁴ Mustafa Kutlu, *Kuvvetler Ayrılığı (Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001) 109; John Locke, *Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*, Çev.: Serdar Taşçı - Hale Akman, (İstanbul: Metropol Yayıncılık, 2002)113-114; John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, Çev.: Fahri Bakırcı, 2.Baskı, (Ankara: Babil Yayıncılık, Mayıs 2012) 95.

¹²⁵ Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (Ankara: Babil Yayıncılık, 2004) 113.

¹²⁶ Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (Ankara: Babil Yayıncılık, 2004) 179.

¹²⁷ Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (Ankara: Babil Yayıncılık, 2004) 125.

¹²⁸ Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (Ankara: Babil Yayıncılık, 2004) 116.

¹²⁹ Mehmet A. Ağaoğulları, Filiz Çulha Zabcı ve Reyda Ergün, *Kral Devletten Ulus Devlete*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2005) 208-210.

edilir. Locke, her devlet yapısı içerisinde “doğal” olarak adlandırılabilir başka bir gücün olduğunu, bu gücün her insanın bir toplumu oluşturmadan önce doğal olarak sahip olduğu güce karşılık geldiğini belirtmiştir. Bir ulusun bireyleri birbirlerine göre farklı kişiler olarak, toplumun yasaları tarafından yönetilseler de, insanoğlunun geri kalanına göre tek bir vücut oluştururlar. Bunun sonucunda, birlikler ile ittifaklar, savaş ile barış ve devlet dışındaki bütün bireyler ve toplulukları kapsayan bir federatif güç oluşur¹³⁰.

Tam bir eşitlik olan doğa durumunda doğal hukuka aykırı davranarak bunlara karşı gelen birini cezalandırma hakkı ise yine doğal hukuktan gelen bir hak olup her insanın kendi elindedir. Bu hakka dayanarak, her insan suç işleyenleri, yani doğal hukuka karşı gelenleri cezalandırma hakkını elinde tutar; zira hiç kimsenin diğeri üzerinde üstün bir güç ve yargılama yetkisi bulunmamaktadır. İnsanlığı koruma hakkına dayanarak insanlara zarar veren şeyler sınırlandırılıp, gerektiğinde ortadan kaldırılabileceğinden, her insan suçluyu cezalandırma ve doğa yasasının uygulayıcısı olma hakkına sahiptir. Fakat bu durumda, herkesin kendi davasının yargıcı olmasından dolayı yargılamalar taraflı yapılacaktır. Bu ise tutku ve intikam duygularıyla birleşerek beraberinde karmaşa ve düzensizliği getirecektir. Bu nedenle Tanrı bir taraftan yana olmayı ve insanın şiddetini önlemek için hükümeti görevlendirmiştir. Dolayısıyla, pozitif yasaların, yetkili bir ortak yargıcın ve bir otoritenin yokluğu, insanları sözleşme yapmaya yönlendirir. Sözleşmeyi yaparken, doğa durumunda sahip oldukları doğa yasasını ihlal edenleri cezalandırma yetkilerini tamamen siyasi otoriteye devrederken, savunma haklarını saklı tutarlar.

Locke, yasama ve yürütme kuvvetlerinin neden birbirlerinden ayrılması gerektiğini ise şu şekilde açıklar: kısa süre içerisinde ve bir defaya mahsus olmak üzere yapılan yasalar sabit ve sürekli bir güce sahip olduklarından, sürekli ve kesintisiz bir yürütmeye ihtiyaç duyacaklardır. Bu nedenle Locke çıkan yasaların yürürlükte kalmasını

¹³⁰ Locke, icracı ve federatif gücün yapılarının farklı olmasına rağmen, ayrı kişiler tarafından icrasının çok zor olduğunu belirtmiştir. İcracı ve federatif gücün uygulanması toplum gücüne dayandığından, bu gücün kullanımına ilişkin yetkinin farklı kişilere verilmesi, bu yetkileri kullanılamaz hale getireceğinden, Locke’a göre, bu durum belli bir süre sonra düzensizliğe veya yıkıma sebep olacaktır. Locke, *Uygur Toplum Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*, 113-114; Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, 95-97; Locke, *Uygur Toplum Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*, 115.

sağlayan ve sürekli toplantı halinde olan bir iktidarın varlığının gerekliliğini ifade etmektedir¹³¹. Yasama kanunları yapan organ olduğu için, bir de kanunların uygulama görevini üstlenirse, kendilerine yaptıkları kanunlardan muafiyet tanıyabilirler veya kanunu siyasal toplumun çıkarına¹³² değil özel menfaatlerine uygun olarak uygulayabilirler. Dolayısıyla burada toplum için ortaya çıkacak olası bir zarar ve tehlikenin önüne geçmek için yasama gücünün, yasalara uyan, yasayı yaptıktan sonra dağılan ve kamu yararını gözeten farklı kimselere verilmesi gerekliliğine işaret eder¹³³. Bunun yanı sıra yasa koyucular topluma faydalı olabilecek her şeyi öngöremeyebileceklerinden ve bunu sağlayacak yasalar yapamayacaklarından, yasaların uygulayıcısı elindeki gücü, -yerel yasada belirtilmediği durumlarda, yasama gücü uygun bir şekilde toplanıp ilgili yasayı yapıncaya kadar - ortak olan doğa yasası gereği toplumun iyiliği için kullanma hakkına sahiptir. Yasanın öngöremediği ve sağlayamadığı şeylerin, kamunun yararı ve iyiliğinin gerektirdiği şekilde düzenlenmek üzere yürütme gücünü elinde bulunduranın takdirine bırakılması gereklidir¹³⁴.

Bunun yanı sıra, Locke'un teorisine göre, yasama ve yürütme birbirlerine eşit iktidarlar olmadığı gibi, siyasi iktidarı bölmek ve dengelemek için de birbirinden ayrılmamıştır. Yasa koyucu toplumun bütün kesimleri için yasa yapma, onların eylemlerine kural koyma ve çiğnediklerinde cezalandırma hakkına sahip olduğu ve geri kalan tüm yetkiler ondan elde edildiği ve ona tabi olduğu için, yürütme gücü ister istemez yasamayla sınırlanmıştır. Hem bu nedenle hem de yürütme de yasamaya tabi olduğu için yasama üstün bir güçtür¹³⁵.

3.2. Montesquieu

Siyasi iktidarı sınırlandırma ve çoğunluğu dengeleme düşüncesi Aristoteles'den sonra Montesquieu ile farklı bir model önerisiyle devam etmiştir. Montesquieu'nun,

¹³¹ Locke, Uygur Yönetim Üzerine, 113-114; Locke, Hükümet Üzerine İkinci Tez, Çev.: Aysel Doğan, 134.

¹³² Locke, Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, 121-122.

¹³³ Locke, John; Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Çev.: Fahri Bakırcı, 95.

¹³⁴ Locke, John; Hükümet Üzerine İkinci Tez, Çev.: Aysel Doğan, 138.

¹³⁵ Locke, John; Hükümet Üzerine İkinci Tez, Çev.: Aysel Doğan, 130.

iktidar kontrolü ve denge sağlamaya yönelik olarak tasarladığı kuvvetler ayrılığı teorisini açık, net ve hukuki kavramlarla açıkladığı ve bu modelin, İngiliz siyasal kurumlarına duyduğu hayranlığın etkisiyle şekillendiği söylenmektedir¹³⁶. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* adlı eserinin XI. Kitabının “İngiliz Anayasası Üzerine” başlıklı VI. Kısımında bu hususu daha detaylı bir şekilde ele almıştır.

Montesquieu'ya göre, özgürlük temeline dayanan bir düzen yalnızca ılımlı bir yönetimi benimsemiş rejimlerde kurulabilir. Tarihsel sürece bakıldığında, yaşanan tecrübelerden, yetkilendirilmiş her kişinin, herhangi bir sınırlandırmayla karşılaşmıyacağı kadar, yetkisini kötüye kullanma eğiliminde olduğu görülmektedir. Kötüye kullanma eğiliminin ve yönetimlerin her zaman taşıdığı olası bozulma tehlikesinin önüne geçilebilmesi açısından yönetim şekillerini ılımlılaştırmanın tek yolu, yurttaşların kişisel yetkileri ile devletin içerisinde yer alan farklı iktidar yapılarını birbirleri ile sınırlandırmaktır. İktidarda olanların devlet gücünü kendi çıkarları için kullanmalarının ancak ikinci bir iktidarın varlığı ile engellenebileceği düşüncesinden hareket eden Montesquieu'nun siyasi kuramı, dengeye ve iktidarın bir başka iktidarla sınırlandırılmasına dayanmaktadır. Siyasi özgürlüğü teminat altına alarak iktidarların dengesini sağlamak için devleti oluşturan çeşitli kuvvetler birbirinden ayrılmalı ve farklı ellere verilmelidir¹³⁷.

17. ve 18. yüzyılda Locke ve Montesquieu, çağdaş kuvvetler ayrılığı prensibinin temelini oluşturan devlet fonksiyonlarının üçlü ayırımına giden yolu açmışlardır. Siyasi özgürlüğün sağlanabilmesi, yani vatandaşların huzur ve güven içinde toplumsal yaşamı sürdürebilmeleri, bu üç gücün farklı organlar arasında bölüştürülmesine bağlıdır¹³⁸. Düşünürce göre her devlette yasa kavramından yola çıkarak tespit edilen üç tür yetki vardır: bunlardan birincisi, *yasama* yetkisidir. Yasama; geçici bir süre ya da sürekli olarak yürürlükte olması öngörülen yasaları düzenler, önceden düzenlenmiş olan yasaları düzeltir veya yürürlükten kaldırır. Dolayısıyla yasama kuvveti kendi koyduğu kuralları uygulama yetkisine sahip olmadığından, sınırlı bir kuvvettir. İkincisi Locke'un

¹³⁶ İrfan Çelik, “Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm”, *Liberal Düşünce*, Y.16, S.61-62, (2011) 148.

¹³⁷ Uygun 29.

¹³⁸ Ağaogulları / Zabcı / Ergün 422- 424; Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı, 65.

federatif yetki olarak adlandırdığı devletler hukukuna bağlı olan düzenlemeleri ve yasaları uygulama ve *yürütme* yetkisidir¹³⁹. Dış ilişkilerin düzenlenmesini, Locke ayrı konfederatif bir kuvvet olarak öngörürken, Montesquieu, bunu da yürütmenin bütünlüğü çerçevesinde yürütmeye dahil eder. Yürütme kuvveti kendi fonksiyonunu yerine getirirken özerk olmasına rağmen sınırlı bir kuvvettir. Yapılan işlemler yasama tarafından düzenlenen kanunlar doğrultusunda yapılmalı ve kanunlara aykırı olmamalıdır. Çünkü yasaya aykırı işlem yapmak yasaya benzer bir işlemin ortaya çıkmasına sebep olacağından, yürütmenin yasamanın alanına müdahale etmiş sayılacağı kabul edilir. Bu doğrultuda yasama ve yürütme güçleri aynı topluluklara ya da kişiye verilmemelidir¹⁴⁰, aksi takdirde özgürlükten söz edilemeyecektir. Üçüncüsü ise *yargı* yetkisidir. Yargı da sınırlı, gerektiğinde ortaya çıkan bir güç olup, süreklilik arz etmez. Yargılama yetkisi devamlı olarak yerine getirilmek üzere bir senatoya değil; kanunlar gereğince, halk arasından seçilen kişilerden oluşacak yılın çeşitli zamanlarında ve incelemeye konu olan hususa ilişkin öngörülen süre içerisinde faaliyete geçecek mahkemelere verilmelidir. Fakat yargılama yetkisi sürekli ve düzenli kurullara verilerek, yargılamayı yapacak hakimler bu kurullar içerisinde seçilirse, yine güçlerin tek yerde birleşmesi sorunuyla karşı karşıya kalınacaktır¹⁴¹. Bu doğrultuda Montesquieu, yargı organına bir takdir alanı bırakmamaktadır; çünkü yargıçların “... *yasayı okuyan bir ağızdan başka bir şey olmadığını...*”¹⁴² düşünmektedir. Bununla birlikte Montesquieu daha önce çok fazla önem verilmemiş olan yargıya daha çok dikkat çekmiş, yargı erkinin yürütme ve yasama erklerinden de bağımsız ve ayrı olması gerektiğini savunmuştur¹⁴³. Bu doğrultuda, bir yandan yargıyı ayrı bir kuvvet olarak kabul ederken, diğer yandan herhangi bir siyasi faaliyeti olmadığı gerekçesiyle görünmez olarak nitelendirmesi, rejimlerin sınıflandırılmasında yargının dikkate alınmamasına yol açmıştır¹⁴⁴.

¹³⁹ Vile 95.

¹⁴⁰ Vile 99.

¹⁴¹ Vile 94 (footnote 44).

¹⁴² Ağaoğulları / Zabcı / Ergün 422- 424. Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı, 65.

¹⁴³ Vile 94 (footnote 44).

¹⁴⁴ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 19.Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2015) 493.

Siyasi rejimlerin sınıflandırılmasında yasama ve yürütme ilişkileri dikkate alınır¹⁴⁵. Yasama ve yürütme yargının aksine, sürekli organlardır ve uygulamada karşılaşılan zorluklardan ve olası sakıncalardan ötürü bu işlevler temsilciler tarafından yerine getirilmelidir¹⁴⁶. Montesquieu, yürütme yetkisinin tek bir kişiye verilmesi gerektiğini, fakat yasama yetkisinin ise “tek bir kişi yerine birbirini dengeleyecek birden fazla kişi tarafından oluşan bir kurul¹⁴⁷ tarafından daha iyi kullanılacağını” ileri sürerek, birçok kişiden oluşan bir yapıyı savunmaktadır. Temsilcilerden oluşan kurul, tek görevi yasa hazırlayıp, çıkarmak ve bu yasaların doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmek olmak üzere sadece yasama faaliyetlerini yerine getirmeli, yürütmenin işlerine karışmamalıdır. Bu doğrultuda meclis yapısına yönelik olarak, yasama organının yapısı açısından tek meclis usulünden ziyade soylular ve halkın da ayrı ayrı temsiline imkan veren çift meclis sistemini savunmaktadır. Erkların her biri diğerini sınırlandırmalı, her birinin diğerine karşı “önleme yetkisi” olmalıdır. Böylece yürütme erki yasama erkini sınırlandırabileceği gibi, yasama erki de yürütme erkini sınırlandıracaktır¹⁴⁸. Dolayısıyla, bu kontrol mekanizmaları “kuvvetlerin birleşimini” oluşturmamakta, yönetimin kolları arasında bulunan bağlantılar ile her biri kendilerine özgü fonksiyonları yerine getirirken birbirini sınırlandırmaktadır¹⁴⁹.

Montesquieu; yargılama erkinin, yasama ve yürütme erkinden ayrılmadığı durumlarda veya eş zamanlı olarak aynı kişi ya da kişilerin elinde¹⁵⁰ bulunması halinde de ortada yine özgürlüğün kalmayacağını¹⁵¹ ileri sürmüştür. Bunu şu şekilde gerekçelendirmiştir: yargıcın, yasa koyucu konumuna geçerek yetki kullandığı durumlarda, yurttaşların yaşamı ve özgürlüğüne ilişkin kullanılacak yetkilerin keyfi

¹⁴⁵ Teziç, Anayasa Hukuku, 494.

¹⁴⁶ Montesquieu yasama (iki kamaralı meclis) ve yürütme (monark) organları arasında bir tür denetim ve denge sistemi kurulmasını da önerir. Yürütme organı ordu ve bütçeye ilişkin yasaların görüşülmesi için yılda en az bir kez olmak kaydıyla, yasama organını toplantıya çağırma ve oturumların başlangıç tarihi ve sürelerini belirleme hakkına sahiptir. Ayrıca yürütme organının yasaları veto etme yetkisi olmasına rağmen, yasamanın yürütme işlemlerini durdurma veya etkisiz kılma yetkisi bulunmamaktadır. Yasama ancak yasaların nasıl ve ne şekilde uygulandığına dair yürütmeden hesap sorabilir. Bununla birlikte yürütmenin başı olan Monark bu hesap sorma mekanizmasının dışındadır. Ağaoğulları / Zabcı / Ergün, 425-426.

¹⁴⁷ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev.: Fehmi Baldaş, (İstanbul: Hiperlink Yayınları, 2014) 174.

¹⁴⁸ Montesquieu, 173, 177 (XI.Kitap - Konu VI); Vile 91.

¹⁴⁹ Vile 104.

¹⁵⁰ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, 297.

¹⁵¹ Vile 94 (footnote 44).

olacağını; yargının yürütme erkiyle birlikte kullanılması halinde ise yargıcın elinde uygulama ve karar verme yetkisinin yanı sıra bir de baskı gücünün bir araç olarak bulunacağını ve bu doğrultuda adaleti ikinci plana alarak ona istediği gibi yön verebileceğini¹⁵² ifade etmiştir.

Kuvvetler ayrılığı prensibi ile birlikte anılan Montesquieu, bu prensibi geliştirirken büyük oranda dönemin İngiliz kurumlarına duyduğu hayranlığın etkisiyle parlamenter monarşiden ve Locke'un fikirlerinden etkilenmiştir. Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı teorisi; farklı toplumsal güçlerin temsil edilmelerinin ve güçler arasındaki dengeyi esas alan karma bir rejim örgütlenmesi olarak, meşruiyet, temel haklar ve özgürlükler, iktidarın erkler arasında bölünmesi ve karma yönetimden oluşan bir sentez içermektedir. İktidarın erkler arasında bölünmesinde esas aldığı kuvvetler dengesi teorisinde önce organlar ayrımı yapılır. Fakat Montesquieu'nun teorisi, Aristoteles'in teorisinde yer verilen hukuki anlamda organların ayrımına değil, organlarda yer verilen siyasal güçlerin dengesine ve siyasal özgürlüğün koşulu olarak öngörülen toplumsal güçlerin dengesini sağlamasına dayanmaktadır. Kuvvetler ayrılığına ilişkin saf doktrini¹⁵³ sürdürmese de fren ve denge mekanizması ile karma yönetim fikirlerini birleştirerek, kuvvetler ayrılığı ilkesine en büyük katkıyı yapmış ve kuvvetlerin ayrılığı prensibinin hürriyetlerin başlıca teminatı olduğunu savunmuştur.

Kuvvetler ayrılığı teorisi, başta İngiltere olmak üzere, Fransız ve Amerikan devrimlerini ciddi anlamda etkilemiştir. Aydınlanma Çağı düşünürlerinden Locke'un anayasacılığı özellikle sınırlı iktidar kavramıyla ilgili olup, ona göre siyasi iktidarın tek meşru kaynağı vatandaşların rızasıdır. Her birey doğuştan özgür ve bağımsız olduğu için hiçbir güç rızası olmadan o bireye emir verme hak ve yetkisine sahip değildir. Bireyler ancak açık veya zımnî olarak bir sosyal sözleşme vasıtasıyla yöneticilere rıza gösterir. İşte bu sosyal sözleşme yöneticilerin meşru hareket alanının sınırlarını çizer. Yöneticilerin bu sınırların ötesine geçerek bireylerin doğuştan sahip oldukları hak ve özgürlüklere tecavüz etmesi durumunda sosyal sözleşme ihlal edilmiş olur ve

¹⁵² Kutlu 114; Feyzioğlu 52.

¹⁵³ Amerika Anayasasının kurucuları ile Fransız düşünürler, 18 ve 19. yüzyıl İngiliz düşünürlerinden farklı olarak, kısmi kuvvetler ayrılığı, fren ve denge mekanizmasından oluşan saf doktrin olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Vile 94.

vatandaşların yöneticilere itaat etme zorunluluğu ortadan kalkar. Öyleyse sosyal sözleşme yöneticilerin iktidarını vatandaşların hak ve özgürlükleri lehine sınırlayan bir araçtır¹⁵⁴. Montesquieu'nun anayasacılığı ise daha çok bölünmüş iktidar kavramıyla ilgilidir. Düşünürü göre, bireylerin temel hak ve özgürlükleri, yasama, yürütme ve yargı güçlerinin farklı ellerde toplandığı devletlerde daha iyi korunabilir. Böylece Locke ve Montesquieu'nun anayasacılığı bir arada ele alındığında 18. yüzyılda gerçekleşen, Amerikan ve Fransız devrimleri öncesinde savunulan ve günümüzde de büyük ölçüde geçerli olan anayasacılık fikrine, yani sınırlı ve bölünmüş iktidar fikrine ulaşılır¹⁵⁵.

Kuvvetler ayrılığı teorisinin yankıları 19. yüzyıl anayasacılık hareketleri üzerinde etki bırakmıştır ve özellikle rejimlerin sınıflandırılmasında önemli bir yere sahip olmuştur. Bu ilkeye devrimlerin ardından yazılı anayasa akımı ile birlikte, demokratik yönetimler için özgürlükçü rejimler oluşturmaya çalışan birçok toplumun anayasasında yer verilmiştir. Bu doğrultuda kuvvetler ayrılığı teorisinin uygulanması ilk kez 1787 tarihli Amerika Anayasası ile gerçekleşmiş, daha sonra Fransa'da Devrim Anayasalarında (1791, 1795) ve 1848 Anayasasında yer almıştır.

D. Kuvvetler Ayrılığı

Siyasi iktidarı etkin biçimde sınırlandırmanın en işlevsel yolu, siyasi iktidarın çeşitli devlet organları arasında bölüştürülüp paylaştırıldığı kuvvetler ayrılığı ilkesidir.

Önceki bölümlerde üzerinde detaylı şekilde durulan kuvvetler ayrılığı ilkesine kaynaklık eden “karma yönetim” kavramı, Antik Yunan'da Platon ve özellikle Aristoteles tarafından, Antik Roma'da ise Polybios tarafından “en iyi yönetim hangisidir?” sorusuna cevap aranmak üzere Roma Cumhuriyeti'nin kurumları esas alınarak geliştirilmiştir¹⁵⁶. Karma yönetim düşüncesinden evrilerek gelişen kuvvetler ayrılığı, modern çağın başındaki ifadesini ise Montesquieu'nun yapıtlarında bulmuş ve o zamandan beri liberal anayasaların vazgeçilmez ilkelerinden biri olmuştur.

¹⁵⁴ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 104-105.

¹⁵⁵ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 104-105.

¹⁵⁶ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 103.

Kuvvetler ayrılığı teorisinde yer verilen erklerin görevlerini yerine getirirken faaliyetlerinin sınırlı olmasıyla birlikte öngörülebilir olması da büyük bir önem taşımaktadır. Yurttaşlar, yasaların öngördüğünün dışında bir işlemle karşılaşmayacaklarını bilmeli, bundan emin olmalı, aksine bir durumun ortaya çıkması halinde yasalar tarafından tanınan haklarını savunabilmek için gerekli güvencelere ve mekanizmalara sahip olmalıdırlar. Buna yönelik olarak temel insan hak ve özgürlüklerinin korunacağı, mümkün olduğunca en zayıf azınlığın da parlamentoda temsil edilmesine imkan sağlayan bir seçim sisteminin kabulüyle halkın tüm kesimlerini temsil edecek katılımcı bir yönetim modeli benimsenmelidir. Bu yönetim modelinin işlevselliği ise, siyasi iktidarın nasıl bölüştürüleceği, kullanılacağı ve bu organlar arasındaki karşılıklı etkileşim ve işbölümünün¹⁵⁷ nasıl sağlanacağı sorularının cevabını kendi anlamında birleştiren “kuvvetler ayrılığı” ilkesi ile sağlanmalıdır¹⁵⁸.

Yukarıda açıklandığı üzere *kuvvetler ayrılığı ilkesi* büyük ölçüde tek bir sınıfın iktidarının yol açacağı yozlaşmanın ve keyfiliğin engellenmesi için ortaya koyulan karma yönetimden yola çıkılarak geliştirilmiş ve kurumsallaştırılmıştır. Bu ilke, temel olarak modern devletin üç temel fonksiyonu olan yasama, yürütme ve yargının oluşumları ve işleyişleri bakımından birbirlerinden bağımsız olmalarını ve bu sayede iktidar üzerinde bir kontrol ve denge mekanizması yaratılmasını amaçlamaktadır. Kuvvetlerin üçünün karşılıklı olmak üzere birbirine bağımlılığı ve bir kuvvetin diğer kuvvetler tarafından denetlenmesi ya da dengelenmesi düşüncesi¹⁵⁹, bugün anayasasılık araçlarının ilk basamağını oluşturan kuvvetler ayrılığı ilkesini oluşturmaktadır¹⁶⁰. Bu açıdan bakıldığında kuvvetler ayrılığına kaynaklık eden karma yönetim ile kuvvetler ayrılığı ilkesi arasındaki farkı görebilmek mümkündür. Kuvvetler ayrılığı prensibinde iktidarın fonksiyonel dağıtımını öngörülmüşken, karma yönetim teorisinde sınıfsal yapılar ön plana çıkmaktadır¹⁶¹.

¹⁵⁷Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, 16. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2016) 106.

¹⁵⁸ Ergül 88; Cemil Oktay, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 1, (1984) 222.

¹⁵⁹ Tunçay 280-283.

¹⁶⁰ Tunçay 282-283; Gülener 55.

¹⁶¹ Gönenç “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 101-102.

Kuvvetler ayrılığı teorisinin saf halinde, her organ kendi işlevini yerine getirmekle sınırlı olmalı, diğer organların işlevlerine müdahale etmemelidir. Ayrıca organlarda görev alan kişiler bakımından da ayrılık söz konusu olmalı, bir başka deyişle hiç kimse birden fazla organda aynı zamanda görev almamalıdır. Bu doğrultuda, her bir organ diğerleri için bir denetim unsuru olacak böylece tek bir grubun devlet mekanizmalarını kontrol altına alması engellenecektir¹⁶².

Kuvvetler ayrılığı prensibi, kontrol ve denge mekanizması amacı çerçevesinde, ilkenin fikir olarak ortaya çıkarak gelişme sürecinden bugüne kadar önemli değişiklikler geçirerek, farklı uygulamalara konu olmuştur. Demokratik bir devlette yetkilerin devlet organları arasında paylaşılmasına ilişkin tek tip bir yapı ya da biçim bulunmamaktadır. Günümüzdeki uygulamasına bakıldığında, bu tipler parlamentarizmden, yarı-başkanlık ve başkanlık sistemlerine kadar değişiklik göstermektedir. Kuvvetlerin yumuşak ayrımına dayanan parlamenter sistemin tarih boyunca en belirgin örneği İngiltere olmuştur. Kuvvetlerin sert ayrımına dayanan başkanlık sisteminin en belirgin örneği ise Amerika Birleşik Devletleri'dir. Her iki sistemde yargının konumu aynı iken asıl farklılık, yasama ve yürütmenin sahip olduğu yetkiler ve iki kuvvetin birbirine karşı kullanabileceği farklı dengeleme ve denetleme araçlarından kaynaklanmaktadır¹⁶³. Benzer bir şekilde yarı başkanlık sisteminde de, devlet başkanının halk tarafından seçilmesine karşılık bakanların siyasi sorumluluğunun olduğunun kabulü, kuvvetlerin kendi içerisinde dengelenmesini, parlamenter ve başkanlık sisteminin özelliklerinin bir arada uygulanmasıyla sağlamıştır¹⁶⁴. Kuvvetler ayrılığı ilkesi hükümet sistemleri açısından farklı biçimde uygulansa da yargının, yasama ve yürütme organlarından ayrı olarak, bağımsızlığının korunması, her iki sistemi de demokratik kılan temel unsurlardan biri olmuştur. Çünkü ancak bağımsız bir yargı hukuk devleti ilkesini hayata geçirebilmektedir¹⁶⁵. Bir başka deyişle, yargı yasamaya veya yürütmeye ya da her ikisine birden organik olarak bağlı olursa, bu organların etkisine ve denetimine girerse, onların anayasaya ve yasalara uygun hareket edip etmediğini denetleyebilmesi ve eğer

¹⁶² Vile 13; Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, 40.

¹⁶³ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 497.

¹⁶⁴ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 503.

¹⁶⁵ K.C. Wheare, *Modern Anayasalar*, Çev.: Mehmet Turhan, (İstanbul:Değişim Yayınları, 1984) 36.

bir aykırılık varsa bunu tespit ederek ilgili yaptırımını uygulayabilmesi söz konusu olamaz.

Bu doğrultuda öngörülen kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının sınırlandırılması ve böylece aşırılıklarının önlenmesi suretiyle demokratik bir yönetim biçimine ulaşabilmek amacıyla geliştirilmiştir¹⁶⁶. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ilkesi asıl itici gücünü, bireyin temel bir değer ve merkez olarak ortaya çıkmasından ve bunun siyasal ve anayasal düzeye yansımalarından almaktadır¹⁶⁷. Her biri devlet iktidarının bir kısmını kullanan bu organların karşılıklı olarak sahip oldukları yetkiler, birbirlerini denetleyip, dengeleyip ve yeri geldiğinde frenleyerek “sınırlı” veya “anayasal” bir devlet yönetimi ortaya çıkaracak, böylece kişi haklarının ve özgürlüklerinin devlet iktidarı karşısında korunmasına ve güvence altına alınmasına imkan sağlayacaktır¹⁶⁸. Kuvvetler ayrılığı kapsamında her üç kuvvet de hukukun belirlediği sınırlar içinde hareket etmek zorundadır. Böyle bir yapıda devlet organları, kendilerine hukuk yoluyla verilmemiş hiçbir yetkiyi kullanamamakta ve kendilerini hukukun yetkilendirmediği bir alanda yetkili kılamamaktadırlar¹⁶⁹. Bu şekilde hukuk devletinin temel şartlarından biri olan yasama, yürütme ve yargının hukuka bağlılığı gerçekleşmektedir.

Devletin keyfilikten arındırılarak hukukla sınırlandırılması, faaliyetlerinin yargısal denetim yoluyla bir takım ilkeler benimsenerek, kurumlar aracılığıyla denetlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması, kuvvetler ayrılığı ve yasa önünde eşitlik gibi ilkeler, bir üst kavram olan hukuk devletinin kurucu ve alt unsurları olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri, bir arada, siyasi iktidarın hukuk kurallarıyla ve bölünerek sınırlandırılmasını öngören kuramın iki boyutunu oluşturur. Bu açıdan bakıldığında kuvvetler ayrılığı ilkesi ile hukuk devleti ilkesi birbirini destekleyici ve güçlendirici bir özelliğe sahiptir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Ulrich Karpen, “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti”, Çev.: A. Ersoy Kontacı, *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005) 41.

¹⁶⁷ Oktay 222.

¹⁶⁸ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 40-42.

¹⁶⁹ Gülener 100.

¹⁷⁰ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar*, 4.

E. Hukuk Devleti İlkesi

Batı siyasi düşüncesinin tarihi evriminden günümüzün çağdaş demokratik toplumlarına devrolunan mirasın en önemli unsurlarından biri de, hukuka bağlı iktidar anlayışıdır. Bu prensip; bireylerin ve toplumun, siyasi iktidar tarafından hiçbir durumda ihlal edilemeyecek bir takım temel haklarla donatıldığını ve siyasi iktidarın meşru hareket alanını belirleyen başlıca ölçütlerden birinin de, bu çekirdek alana saygı gösterilmesi olduğunu savunmaktadır. Siyasi iktidarın hukuk kurallarıyla sınırlandırılmasını öngören ve anayasacılık kavramının bir yönü olan¹⁷¹ *hukuk devleti*; adaletli bir hukuk sistemine sahip bir devlet düzeninin yanı sıra, yönetilenler bakımından hukuki güvenliği sağlamak adına, temel hak ve özgürlükleri geniş bir biçimde tanıyarak, uygar ülkelerce korunan ortak değerlerin Anayasa ile güvence altına alınıp, devletin yetkilerinin ayrı organlar tarafından kullanılarak, her türlü eylem ve işlemlerde hukuka uygun davranılması gerekliliğini ifade etmektedir.

Tarihi süreç içerisinde özgürlük mücadelesi hep monarka karşı yapılmış, parlamentolar ise monarka karşı özgürlükleri koruyucu görev üstlenmiştir. Böylelikle, parlamentonun çıkardığı kanunlar, özgürlüklerin en büyük güvencesi olmuştur. Bu anlayışla hukuk devleti ve kanun devleti örtüşse de, parlamentodaki geçici çoğunlukların çıkardığı kanunlarla, özgürlüklerin ortadan kaldırıldığı ve baskı yönetimlerinin kurulduğu görülmüştür. Dolayısıyla tanınan özgürlüklerin teminat altına alınabilmesi için, kanun devletinin yeterli olmadığı görülmüş ve parlamentonun çıkardığı kanunların da denetlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır¹⁷². Bu gereklilik üzerine siyasi iktidar, hukuku kendi isteğine göre dönüştüren ve değiştiren bir güç olma halinden, demokrasiyi oluşturan değerler sistemine bağlılığını taahhüt ederek, sistemin devamlılığının korunması şartıyla meşruiyetini koruyan sınırlı bir güç haline gelmiştir¹⁷³. Genel iradenin temsil edildiği parlamentonun üstünlüğü ve dolayısıyla çıkardıkları kanunların üstünlüğünü esas alan kanun devleti anlayışı yerini, iktidarı sınırlandırıp, temel hak ve

¹⁷¹ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar*, 4.

¹⁷² Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 134; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 171,176-177; Tanör / Yüzbaşıoğlu 106.

¹⁷³ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 16; Caniklioğlu *Dikmen* 24-25.

özgürlükleri koruyan ve hukuka üstünlük tanıyan hukuk devleti anlayışına bırakmıştır¹⁷⁴. Aynı şekilde, kişiler için bir güvence sistemi oluşturulması ancak demokratik bir hukuk devleti ile gerçekleşebilecektir¹⁷⁵. Demokratik hukuk devleti, çoğulculuk içinde diyalog ve uzlaşma sağlayan, özgürlükler ile otorite arasındaki hassas dengeyi kurarak temsili demokrasiyi koruyan bir rejim olduğundan¹⁷⁶, hukuk devleti ile özgürlükçü çoğulcu demokrasi ortak paydada birleşmektedir¹⁷⁷. Böylece demokrasi hukuk devletine meşruiyet sağlarken, hukuk devleti de demokrasinin varlığını ve sürekliliğini teminat altına almaktadır¹⁷⁸. Dolayısıyla çağdaş çoğulcu demokratik rejimler aynı zamanda “demokratik liberal hukuk devleti” olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁹.

Siyasi iktidarı sınırlandırmak üzere hukuk devletinin hayata geçirilmesinde iki temel unsur önem taşımaktadır. Bu unsurlardan ilki; hukukun üstünlüğünün kabul edilerek, bireylerin, siyasi iktidar ve idarenin işlem ve faaliyetleri karşısında hukuk kurallarıyla hukuk güvenliğinin¹⁸⁰ teminat altına alınması ve temel hak ve özgürlüklerin yazılı belgelerle somutlaştırılmasıdır. Hukuk devletinin temelinde devlet organları başta olmak üzere tüm bireylerin hukukla bağlı olması gerekliliği yatmaktadır. Yürürlüğe konmuş hukuk kurallarının; soyut, genel, herkes tarafından anlaşılabilir ve önceden bilinebilir nitelikte olması, kurallara saygının ise hukuki yaptırımlarla güvence altına alınması gerekmektedir¹⁸¹. Söz konusu hukuk kurallarıyla sadece bireyler arasındaki ilişkiler değil, aynı zamanda devletle birey arasındaki ilişkiler de düzenlendiğinden, hukukun üstünlüğünün kabulü hukuk devleti prensibinin de ön şartını oluşturmaktadır¹⁸².

¹⁷⁴Bakır Çağlar, “Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”, *Anayasa Yargısı* Dergisi, Cilt. 8, (1991) 8; Tanör / Yüzbaşıoğlu 470.

¹⁷⁵ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 114.

¹⁷⁶ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 16; İbrahim Kaplan, “Demokrasi – Hukuk – Otorite”, *AÜSBF Dergisi*, C.49, S.1, (1994) 268.

¹⁷⁷ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 16.

¹⁷⁸ Michel Troper, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, Çev.: Ender Ethem Atay, *GÜHFD*, C. 1, S. 2, (1997): 303-304; Yılmaz Aliefendioğlu, “Hukuk - Hukukun Üstünlüğü - Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001 -2, (2001) 32.

¹⁷⁹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 471.

¹⁸⁰ Arslan 67.

¹⁸¹ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 14.

¹⁸² Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 98.

İkinci unsur; iktidar yetkilerinin kullanılmasında devlet organlarının ve işlevlerinin düzenlenmesi ve yasama, yürütme ve yargı organlarının eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmaları gerekliliği doğrultusunda hukuk kurallarına bağlı kalınmasıdır. Böyle bir yapıda devlet organları kendilerine hukuk yoluyla verilmemiş bir yetkiyi kullanamazlar ve kendilerini hukukun yetkilendirmediği bir alanda yetkili kılamazlar¹⁸³. Bu doğrultuda hukuk devleti prensibi, siyasi iktidarın eylemlerinin tek gerçek dayanağının hukuk kuralları olduğu ve iktidarın kullanılması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında çizilen bu çerçevenin dışına çıkılmasının mümkün olmadığı bir yönetim biçimini ifade etmektedir. Bu yönetim biçiminin işlevselliği ve siyasi iktidarın demokratik bir anayasayla ve hukuk kurallarıyla sınırlı ve bağlı olmasının sağlanmasında başvurulacak yol ise *yargı denetimidir*¹⁸⁴. Demokratik düzenin çoğunluk ilkesinin hukukla sınırlandırılması suretiyle güvence altına alınması, bir başka ifadeyle “yasama yetkisinin sınırlılığı”, hukuk devletinde yargının mutlak ve zorunlu bir yetki olarak doğmasına sebep olmuştur¹⁸⁵. Hukuk devletinin tam olarak hayata geçirilebilmesi için, yasama organı tarafından yapılan ve hukuk güvenliğine zarar verecek düzenlemelerin ortadan kaldırılabilmesi¹⁸⁶, bunun için de yasama ve yürütme organının yaptığı işlemlerin anayasaya uygunluğunun yargı organlarıca denetlenebilmesi gerekmektedir¹⁸⁷. Bu noktada, kuvvetler ayrılığı ilkesinin anayasacılığın bir diğer aracı olan hukuk devleti ile olan bağı da ortaya çıkmaktadır.

Burada öngörülen yargı fonksiyonunun amacı, hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi, korunması ve devamlılığının sağlanmasıdır¹⁸⁸. Anayasal düzen içerisinde hukukun, hem rehber hem de adaleti gerçekleştirmeye yönelik bir amaç olması, çizdiği çerçeve içerisinde devlete ilişkin tüm hususların içeriğinin hukuk esas alınarak yeniden yorumlanmasını gerektirmektedir. Bunun sonucunda da yargı, yalnızca

¹⁸³ George P. Fletcher, “The Separation of Powers: A Critique of Some Utilitarian Justifications”, *Constitutionalism*, Edit by. J.Roland Pennock and John W. Chapman, (New York: New York University Press, 1979) 299.

¹⁸⁴ Mustafa Koçak, *Devlet ve Egemenlik*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006)132; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 126; Gönenç, “Ortaçağ Anayasacılığı”, 269.

¹⁸⁵ Caniklioğlu Dikmen 22 vd.

¹⁸⁶ Tanör / Yüzbaşıoğlu 108.

¹⁸⁷ Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimi Kapsamı ve Organları)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997) 17; Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1997) 37-38; Fatih Özkul, “Ulusal İrade ve Hukuk Devleti”, *TBB Dergisi*, S.94, (2011) 51.

¹⁸⁸ Tanör / Yüzbaşıoğlu 447.

çoğulcu demokratik hukuk devletinin zorunlu bir unsuru değil, aynı zamanda değişen toplum ve yönetim sorunlarının gerektirdiği yeni hukuk çerçevesini oluşturmada önemli katkıları olan bir organ olarak ortaya çıkmaktadır¹⁸⁹.

Yargı denetimi ile birlikte, denetimin etkinliği açısından gerekli olan *adil yargılanma ilkesinin ve yargı bağımsızlığının* sağladığı güvenceler de hukuk devletinin kurucu unsurlarıdır¹⁹⁰. Yönetilenler için öngörülen güvenceler bağımsız yargı organları ile sağlanmaktadır; çünkü *yargı bağımsızlığı* “hukuk devleti” ilkesini hayata geçirirken, yargının yasama ve yürütmeden ayrılmasını sağlayan “kuvvetler ayrılığı” ilkesinin de anlamlandırılmasının ön şartıdır. Zira eğer hukuki işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetimi bağımsız ve tarafsız bir yargı makamı tarafından yapılmayacaksa, anayasal devletten ve hukuk devletinden bahsetmek söz konusu olmayacaktır.

1. Anayasanın Üstünlüğü

Hukuk devletinden bahsedebilmek için en başta gerekli olan “*hukuk düzeni*” nin varlığı tek başına yeterli olmayıp, hukuk düzeninin dolayısıyla hukuk kurallarının aynı zamanda yönetilenler ve siyasi iktidarı kullanan devlet organlarını da bağlaması gerekmektedir. Bu gereklilik ise hukuk devleti ve hukuk düzeni içerisinde *hukukun üstünlüğü* ilkesinde anlam bulmaktadır. Hukuk devletinin dayanağı olarak kabul edilen hukukun üstünlüğü kavramı; devletin özellikle temel hak ve özgürlüklere dayanan temel hukuk ilkelerinden ayrılmadan, bu ilkelere bağlı kalacağı bir toplum ideali olarak ifade edilmiştir¹⁹¹. Hukukun üstünlüğü ilkesinin yaşama geçirilebilmesi ise normlar hiyerarşisi ve bu hiyerarşiye saygı gösterilmesi ile yakından ilişkilidir¹⁹².

Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilmesi için, hukuk düzeni içerisinde yer alan tüm ilke ve kuralların anayasanın koruduğu ilkelere ve kurallara aykırı

¹⁸⁹ Oktay 227.

¹⁹⁰ Tanör / Yüzbaşıoğlu 106.

¹⁹¹ Yaşar Karayalçın, “Hukukun Üstünlüğü (Kavram ve Bazı Problemler)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 47, S. 3, (1992) 201.

¹⁹² Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 100.

olmaması gerekmektedir¹⁹³. Bunun için de karşımıza normlar hiyerarşisi kavramı çıkmakta; bu doğrultuda hukukun genel ilkeleri ile kişi hak ve özgürlükleri başta olmak üzere, iç hukuk normlarının kademelenmesi ve hiyerarşik yapıda aşamalı olarak altta yer alan normun üst norma uygunluğunu sağlayan yapının kurularak, Anayasaya en üst norm olarak yer verilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Hukukun üstünlüğünü temel alan ve hukuk devletine uygun davranılmasının gerekliliğini ortaya koyan anayasa metinlerini diğer hukuk normlarından ayıran temel unsur ise anayasanın üstünlüğü ilkesidir¹⁹⁴. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin iki anlamı bulunmaktadır: Birincisi, bu ilke gereği, tüm devlet organlarının yetki ve görevleri anayasa ile tanımlanır. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organları anayasanın çizdiği sınırlar içerisinde hareket etmek zorundadır ve yasama, yürütme ve yargı organlarından kaynaklanan her faaliyet ve işlemin anayasaya uygun olması gerekmektedir¹⁹⁵. İkincisi ise, çağdaş hukuk sistemleri “hiyerarşik” olarak yapılandığı için, alt seviyedeki norm üstte yer alan norma aykırı olamaz¹⁹⁶. Hukuk kuralları arasında bir hiyerarşik düzenin olduğu, normlar hiyerarşisinde en üstte Anayasanın bulunduğu ve dolayısıyla, diğer hukuk kurallarının Anayasaya aykırı olamayacakları vurgulanmaktadır. Anayasanın, bir devletin hukuk sistemi içerisinde, en üstün hukuk kuralı sayılması anlamına gelen anayasanın üstünlüğü ilkesi, Montesquieu ve Rousseau’nun fikirlerinden esinlenilerek geliştirilen, doğal kanunun toplum kanunlarından önce geldiği varsayımının bir ürünüdür¹⁹⁷.

Hukuk devletinde, hukukun üstünlüğünün anayasanın üstünlüğünü de içerecek şekilde tanımlanması, hukuk devletinin anayasacılık ile olan ilişkisini de ortaya çıkarmaktadır¹⁹⁸. Çağdaş liberal demokratik rejimlerde hiyerarşik yapılanma esas alındığında anayasanın üstünlüğü ilkesi, bu ilkeyle yakından ilişki içerisinde olan “*anayasanın bağlayıcılığı*” ilkesi ile tamamlanır. Dolayısıyla devlet organları

¹⁹³ Muvaffak Akbay, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, C. 4, S. 1-4, (1947) 34-42; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004) 279; Ahmet Halûk Atalay; “Saf Hukuk Kuramı ve Anayasa Yargısı”, *İzBD*, Y. 73, S.4, (2008) 169-173.

¹⁹⁴ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 99; Levent Gönenç, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, (Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010) 3.

¹⁹⁵ Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) 51.

¹⁹⁶ Aliefendioğlu, “Hukuk - Hukukun Üstünlüğü - Hukuk Devleti”, 32.

¹⁹⁷ Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 21; Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, 25.

¹⁹⁸ John C. Reitz, “Constitutionalism and the Rule of Law: Theoretical Perspectives”, *Democratic Theory and Post-Communist Change*, Ed.: Robert Grey. Upper Saddle River, (NJ: Prentice Hall, 1997) 113-114.

anayasadan almadıkları bir yetkiyi kullanamayacak, aldıkları yetkiyi ise yetkiyi düzenleyen normun çizdiği çerçevede dahilinde kullanacaklardır.

Modern anlamda dünyanın ilk yazılı anayasalarından biri olarak kabul edilen 1787 Amerikan Anayasası'nın 6.maddesinde anayasanın üstünlüğü prensibine yer verilmiştir. Ancak anayasanın üstünlüğü prensibini sadece anayasal bir hüküm haline getirmek o anayasayı üstün kılmaya yetmemektedir. Zira anayasa hükümlerinin ihlali durumunda, bu ihlalin tespit edilmesi ve yaptırıma da bağlanması gerekmektedir. Amerikan Anayasasında bu ilke bir hükümlerle teminat altına alınmış olsa da bu üstünlüğü sağlayacak bir mekanizma kurulmamış; bu sistem ancak zaman içerisinde yargı içtihatlarıyla geliştirilmiştir¹⁹⁹. Bu örnekten hareketle anayasanın üstünlüğü ilkesinin hukuki açıdan iki sonucu olduğu söylenebilir: Bunlardan ilki anayasaların yasalar “gibi” değiştirilememesi, ikincisi ise anayasaların yasalar “ile” değiştirilememesidir. Anayasaların yasalar gibi değiştirilmemesi ilkesi anayasaların yasaların tabi olduğu kurallardan farklı kurallar içermesi, bu denetimin “şekli” açıdan yargısal denetime konu edileceği sonucuna varmamıza sebep olur. Çağdaş hukuk sistemleri, anayasaların üstünlüklerini ve bağlayıcılıklarını sağlayabilmek amacıyla çeşitli denetim mekanizmaları getirmiştir²⁰⁰. Bu doğrultuda, Anayasaların yasalar ile değiştirilmemesine ilişkin olarak ise yasaların anayasaya uygunluğunu siyasal ve yargısal yollarla denetlemeye yönelik yöntemler geliştirilmiştir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının teorik boyuttan çıkarılarak hayata geçirilmesi, anayasanın “yaptırım ve denetim” gücüne sahip bir hukuk metni haline gelmesinin yanı sıra üstünlüğünün ve bağlayıcılığının kabul edilmesi ve hukuk devletinin 21. yüzyıldaki anlamına kavuşabilmesi; anayasaya uygunluk denetiminin uygulanması ve herkesin eşitliğinin bağımsız bir yargının varlığı ile sağlanmasıyla mümkün olmuştur²⁰¹.

Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirecek organın yapacağı denetimde esas alınacak husus, hukuk kurallarının hiyerarşik bir yapıda yer aldığı sistemdir. Bu

¹⁹⁹ Gönenç, “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, 100.

²⁰⁰ K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, (London: Oxford University Press, 1966) 167-180; Louis Favoreau, “Constitutional Review in Europe”, *Constitutionalism and Rights, The Influence of the United States Constitution Abroad*, Ed.: Louis Henkin and Albert Rosenthal, (New York: Columbia University Press, 1990) 37-40.

²⁰¹ Batum 445; Jutta Limbach, “The Concept of the Supremacy of the Constitution”, *The Modern Law Review*, Vol. 64, No: 1, (2001) 3-4.

kademeli hukuk düzeninde, alt kural varlığını ve gücünü üstteki kuraldan alır. Dolayısıyla anayasa yargısı için temel dayanak, normlar hiyerarşisidir ve bu doğrultuda bir denetimin yapılabilmesi için yazılı hatta katı bir anayasanın varlığı zorunludur. Yazılı ve katı bir anayasanın bulunduğu bir hukuk sisteminde ise, anayasanın üstünlüğü ve dolayısıyla bağlayıcılığı, bu zincirin doğal bir sonucu olarak anayasaya uygunluk denetiminin hukuki temelini oluşturmaktadır²⁰².

2. Anayasaya Uygunluk Denetimi

Tarihi süreç, kanun devletinin yetersiz kaldığını ve yasamanın çıkardığı kanunların da denetlenmesi gerekliliğini ortaya koyarken bu süreçteki arayış dayanağını ve işlevselliğini anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinde bulmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yönetenlerin aynen yönetilenler gibi hukuka saygı göstermesi²⁰³, bu soyut ilkelerin insan haklarını koruyabilmesi için somutlaştırılmaları ve yaptırım güvencesi ile desteklenmeleri gerekmektedir. Bu gerekliliği hayata geçirebilecek araç da anayasaya uygunluk denetimine imkan veren anayasa yargısıdır²⁰⁴. Farklı gelişim çizgilerine sahip olmakla birlikte, yazılı ve sert anayasaların ortaya çıkıp yaygınlaşmaya başlamasının bir sonucu ve “demokratik düzenin meşru ve doğal bir kurumu²⁰⁵” olan anayasa yargısı, bugün dünyanın genelinde hukuk devleti kuramının bir tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir.

Anayasaya uygunluk denetiminin, bazı hukuk prensiplerine üstünlük tanınması, bu prensiplerin yazılı hale getirilerek anayasallaştırılması, yasama organına karşı korunması ve bu doğrultuda yargının anayasanın hukuki teminatlarından biri olarak kabul edilmesi şeklinde genel bir gelişme çizgisi bulunmaktadır²⁰⁶. Normlar hiyerarşisi temeline oturtulan ve en yalın ifadesiyle normlar arasındaki ilişkisinin uzantısı olarak

²⁰² Teziç, *Anayasa Hukuku*, 176; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 403; Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 19-21; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.10, (1993) 381; Tanör / Yüzbaşıoğlu 470.

²⁰³ Ergül 70.

²⁰⁴ Çağlar, “Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı”, 8; Tanör / Yüzbaşıoğlu 470-471.

²⁰⁵ Özay, “Anayasa Mahkemeleri (ya da yargısının) Meşruiyeti”, 73.

²⁰⁶ Mauro Cappelletti, “Judicial Review in Comparative Perspective”, *California Law Review*, Vol.58, Issue 5, (1970) 1032.

kurgulanan anayasa yargısı, kanunların, kendi dayanaklarını oluşturan anayasalara uygun olma zorunluluğunun da bir sonucudur. Aynı zamanda bu yol, bütün hukuk sisteminin geçerliliğini güvence altına alacak “hukuk düzeni” içerisindeki hiyerarşik olarak alt sırada bulunan kuralın kendi üstünde yer alan kural ölçü alınarak denetlenmesinin önünü açmıştır²⁰⁷.

Anayasa yargısı meşruiyetini, “bireyin” özgürlüklerinin korunması işlevinden almaktadır. Böylece, çoğulcu, çağdaş ve katılımcı demokrasi ilkelerine dayanan bir anayasa yargısı sistemi, bireyi tüm toplumsal ve kamusal yaşamın merkezi haline dönüştürebilme gücünü kendisinde bulabilmektedir²⁰⁸. Dolayısıyla her halükarda korunması hedeflenen unsurun; anayasa yargısının temelini oluşturan demokratik hukuk devleti olduğu bir kez daha karşımıza çıkmaktadır²⁰⁹.

Rejim değişiklikleri içerisindeki ülkeler²¹⁰, siyasi sistemlerini yeni anayasalarıyla kurgularlarken; anayasa yargısını - ve daha çok merkezileşmiş anayasaya uygunluk denetimini- demokratikleşme ve insan haklarının koruyucusu olarak hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmişlerdir. Bu bakış açısından hareketle, anayasaya uygunluk denetiminin; hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü ilkelerini temel alarak, tarihsel süreçte öncelikli olarak bir siyasi denetim şeklinde ortaya çıktığını, fakat sonrasında bir yargısal denetim biçimine dönüştüğünü belirtmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle önce *anayasaya uygunluğun siyasi denetimine* değinildikten sonra *anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi* üstünde durmak yerinde olacaktır.

²⁰⁷ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*. Güncelleşmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı, (Ankara: İmge Kitabevi, Ekim 2007) 14, 16.

²⁰⁸ Özay, “Anayasa Mahkemeleri (ya da yargısının) Meşruiyeti”, 74.

²⁰⁹ Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi*, (İstanbul: Kardeşler Matbaası, Mart 1989) 187.

²¹⁰ John Ferejohn and Pasquale Pasquino, “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice,” *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post – Communist Europe in A Comparative Perspective*, Ed.: Wojciech Sadurski, (Netherlands: Kluwer Law International, 2002) 21.

IV. ANAYASAYA UYGUNLUĞUN SİYASİ VE YARGISAL DENETİMİ

Hukuki işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetimine ilişkin çeşitli mekanizmalar öngörölmüştür. Bu başlık altında siyasi iktidarı sınırlandırarak anayasaya uygunluğun denetimi amacıyla başvuru olan siyasi denetim yolu, gerçekteştirme araçlarına da yer verilerek incelendikten sonra yargısal denetim kavramı, yargısal denetimin tarihsel süreci ve şekilleri üzerinde durulacaktır.

A. Siyasi Denetim

Siyasi denetim; siyasi organlar tarafından hazırlanan tasarı veya tekliflerin parlamentoya sunulmasından yürürlüğe girdiği ana kadar geçen sürede yine siyasi organlarca gerçekteştirilen, anayasaya aykırılığı tespit edilen bir hukuki işlemin yürürlüğe girmesini geciktiren fakat engelleyemeyen, etkisi sınırlı olan kendi kendini denetleme mekanizmasıdır²¹¹.

Kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin olarak siyasi denetim sisteminin tercih edilmesindeki temel neden, siyasi bir organa veya işlemlerine yönelik yapılacak denetimin ancak siyasi bir organ tarafından yapılması gerekliliğine dayanmaktadır. Bu doğrultuda yasama organı genel iradeyi ifade etmektedir. Bu doğrultuda, yargı organına kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin verilmesinin, mahkemelerin genel iradenin üzerine çıkartılması anlamına geleceği ve böyle bir çözümün kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olacağı belirtilmiştir. Buna ek olarak, kanunun siyasi tercihleri yansıtan bir düzenleme olması nedeniyle siyasi sonuçlar doğurduğu, bunun da ancak siyasi bir organ tarafından değerlendirebileceği ileri sürölmüştür. Halkın iradesinin bir tezahürü olan meclis iradesini, birbiriyle özdeşleştiren bu bakış açısı, aynı zamanda

²¹¹ Erdal Onar, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüller*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakölteyi Yayınları, 2003) 19; Gönenç, “Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi”, 4.

kanun koyucunun herhangi bir siyasi sorumluluğu olmayan organlar tarafından denetlenmesi sonucunda doğabilecek olası sakıncaları da göstermektedir²¹².

Siyasi denetim; kanun yapım sürecinde yasama organında yer alan komisyonlar tarafından, yasama organının çift meclisli olmasının sağladığı denetim yoluyla ve/veya devlet başkanının anayasaya aykırı bulduğu bir kanunu yasama organına, tekrar görüşülmesi için geri göndermesi aracılığıyla yapılmaktadır²¹³.

1. Yasama Organı Tarafından Oluşturulan Komisyonlar

Birçok temsilcinin yer aldığı parlamentoların ön hazırlık yapmaksızın karar almaları mümkün olmayacağından, gerek yasa yaparken, gerek diğer yasama faaliyetlerini yerine getirirken, konuya ilişkin hazırlıkları önce kendi üyelerinden oluşan “komisyon” adındaki daha küçük kurullara yaptırarak, incelemelerde bulunurlar. Meclis genel kurulu, çalışmalarını çoğu zaman konuya ilişkin ilgili komisyonların hazırladığı raporu esas alarak sürdürmektedir. Önceden belirlenmiş, farklı konularla ilgilenmek üzere kurulan *sürekli komisyonların* yanı sıra, gereksinim duyulduğunda, somut bir konunun ayrıntılarıyla incelenmesi için kurulan ve inceleme bittiğinde görevinin sona ermesi sebebiyle dağılacak özel nitelikteki *ad hoc* komisyonlar da bulunmaktadır²¹⁴. Böylece, Komisyonlar, kendilerine gelen yasa tasarıları ya da tekliflerini anayasaya uygunluk yönünden inceleyerek, meclis genel kurulunda görüşülmesinden önce ilgili tasarı veya teklif hakkında bir ön denetim yapmış olmaktadır. Parlamentonun seçimle işbaşına gelmesi, parlamento tarafından yapılacak denetimin meşruluğunu sağlarken, bu denetimi yapacak organı kendi içinden seçmesi ise ilgili organın meşruluğunu sağlamaktadır²¹⁵.

²¹² Tunaya 136-137.

²¹³ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, 35-40; Mahmut C. Cuhruk, “*Türk Anayasa Mahkemesi*”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 4, (1987) 6.

²¹⁴ Yasama meclisindeki komisyonlara ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclisinde Komisyonlar*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1965) 115-206.

²¹⁵ Alec Stone Sweet, *Constitutions and Judicial Power*, *Comparative Politics*, Ed. Daniele Caramani, Oxford University Press, 2008) 220; Gülenler 122.

Fransız Devriminden önce Fransa’da, İngiltere’de bulunan “Magnum Regis” ve “Concillium” benzeri feodal düzenin birer parçası olan danışma meclisleri kurulmuş olsa da, bu meclisler kralın iktidarını sınırlandırma konusunda oldukça zayıf kalmışlardır²¹⁶. Özellikle XIV. Louis’in kral olduğu dönemde, kendisine muhalefet edebilecek her kişi ve her türlü kurum etkisiz hale getirilmiştir. Ülkenin yönetimini, kendisine bağladığı konseyler aracılığıyla sağlarken, soyluların kontrolünde olan parlamentoların yasalar üzerinde yaptıkları yargısal denetime ilişkin yetkiyi kendilerinden almış ve bağımsız bir yargı sisteminin oluşmasını engellemiştir²¹⁷.

Yasama organındaki komisyonların işlevleri ve kararlarının niteliği ülkeler arasında farklılık göstermektedir. Bunlardan bazı örnekler bakmak gerekirse, kanunların anayasaya uygunluğu bakımından soyut norm denetimi yapabilecek bir Anayasa Mahkemesinin bulunmadığı ülkelerden biri olan Finlandiya’da, anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetim, parlamento tarafından oluşturulan komisyonlarca (grundlagsutskott) gerçekleştirilmektedir. Parlamenter Komisyon başlığını taşıyan Anayasa m.35’de, Parlamentonun yasama süresi için büyük komisyon, anayasa komisyonu, yabancı ilişkilere ilişkin komisyon ve finans komisyonu gibi parlamento içtüzüğü ile öngörülen sürekli komisyonların oluşturulması düzenlenmiştir. Parlamento aynı zamanda belli bir konunun hazırlanması veya uygulanmasına ilişkin geçici bir komisyon da oluşturabilmektedir. Anayasaya Komisyonu, Anayasa m.74’e göre, diğer komisyonların ya da hükümetle ilgili komisyonların talebi üzerine, kanun tasarısı veya tekliflerinin anayasa ve temel hakları teminat altına alan uluslararası antlaşmalara uygun olup olmadığına ilişkin görüşlerini bildirir. Bununla birlikte görüşleri hukuki açıdan her zaman bağlayıcı nitelikte değildir²¹⁸.

1919 tarihli Anayasa’nın 92.maddesinde, sadece yürütme organının düzenleyici işlemlerinin anayasaya veya diğer kanunlara aykırı olması durumunda bu kuralların mahkemeler ve diğer makamlarca uygulanamayacağı öngörülmüş olup, kanunların anayasaya aykırı olması hali ve anayasaya uygunluk denetiminden ise hiç söz edilmemektedir. 2000 tarihinde yürürlüğe giren mevcut Anayasanın 106. maddesinde,

²¹⁶ Göze 586; Bkz. 13-14.

²¹⁷ Ağaoğulları / Zabcı / Ergün 35; Gülener 93.

²¹⁸ Onar 102.

“Anayasanın üstünlüğü” kenar başlığı altında, “Bir mahkeme tarafından yapılan bir yargılama sırasında, bir kanunun uygulanması Anayasa ile açık bir çatışmaya yol açacaksa, mahkemenin Anayasadaki hükme üstünlük tanıyacağı” düzenlenmiştir²¹⁹. Bu hüküm doğrultusunda Mahkemeler kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğunu tespit ettiği zaman anayasaya üstünlük verilmektedir. Hükümler çatıştığı zaman alt norm anayasaya uygun olarak yorumlanmak suretiyle, anayasaya aykırılık sorunu ortadan kalkabilmektedir. Bu durum karşısında, Finlandiya’da bu aşamaya gelinmeden siyasi bir organ olan komisyon tarafından gerçekleştirilen önleyici denetimin daha işlevsel olduğu söylenebilir²²⁰.

İsveç, ülkedeki tüm adli ve idari mahkemeler tarafından sürdürülen yaygın bir anayasaya uygunluk denetimine ek olarak (The Instrument of Government, Bölüm 11, § 14); siyasi organlar ile bazı yüksek yargıçların katılımıyla sürdürülen bir tür “ön denetim sistemine” sahiptir. “Yasama Konseyi” (Lagrådet) olarak adlandırılan ve tamamı Yüksek Mahkeme (Högsta domstolen) ve Yüksek İdare Mahkemesi (Regeringsrätten) yargıçlarından oluşan bu kurul, Hükümetin veya Parlamentonun ilgili komitesinin talebi üzerine, Parlamento’ya sevk edilen ve Anayasada belirtilen alanlara ilişkin hazırlanmış yasa teklifleri hakkındaki görüşünü bildirmekle görevlendirilmiştir (The Instrument of Government, Bölüm 8, § 18)²²¹.

Konseyin görüşü, kendisine sunulan teklifin, “temel yasalar” ve özellikle de hukuk devleti ilkesi açısından bir değerlendirmesini içermekte ve böylece muhtemel bir anayasaya aykırılık sorununun daha en başta fark edilmesine imkan sağlamaktadır. Buna karşın, yasama sürecinde yaşanabilecek gecikmelerin önlenmesi için veya konunun niteliği itibarıyla Konseyin vereceği görüşün önemli görülmemesi durumlarında; Anayasanın öngördüğü alanlarda dahi bu yöntemden vazgeçilebilmektedir. Çünkü bir yasa teklifi hakkında Konseyin olumlu görüşünün alınmamış olması söz konusu yasanın

²¹⁹Finlandiya Anayasası’nın Fransızca metni için bkz.

<http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/fr19990731.pdf> (Erişim Tarihi: 31.03.2016), “Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, 5 Mars 2010, 2031, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2010/1989.pdf> (Erişim Tarihi: 16.10.2015)

²²⁰ Jaakko Husa, "Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, (2000) 366-367, 366 dn. 85; Onar 102.

²²¹ “Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2034.

yürürlüğe girmesine ve uygulanmasına bir engel oluşturmamaktadır. Ancak görüşler hukuki açıdan bağlayıcı olmasa da, önleyici nitelikte bir anayasaya uygunluk denetimi yapıldığından²²² genellikle göz önünde bulundurulmaktadır²²³. Dolayısıyla söz konusu denetim, Yasama Konseyi üyelerinin ve kararlarının saygınlığı nedeniyle kendine özgü bir siyasi denetim mekanizması olarak kabul edilmesine imkan vermektedir.

İsveç’de kanunların anayasaya uygunluğu açısından bir başka siyasi denetim aracı, Meclis Başkanının yapmakta olduğu denetimdir. Parlamento Kanunu (The Riksdag Act) B.2, § 9 uyarınca Meclis Başkanı, parlamentoya sunulan bir teklifte yer alan hükümlerden herhangi birinin temel yasalara aykırı olduğu kanısına varırsa, bu konudaki gerekçelerini de belirterek konuyu genel kurul gündemine sunmayı reddedebilmektedir²²⁴. Parlamento çoğunluğunun aksi yöndeki tutumu ve talebi halinde ise sorun Anayasa Komitesine havale edilmekte ve buradan gelecek yanıtı göre bir tutum belirlenmektedir. Anayasa Komitesinin, kendisine sunulan teklifin temel yasalara aykırı olmadığı yönündeki görüşü üzerine, artık Meclis Başkanının siyasi denetim yetkisi bağlamında yapabileceği başka bir şey olmadığından, konuyu genel kurul gündemine taşımakla yükümlü olmaktadır²²⁵.

Belçika’da ise farklı bir sistem uygulanmaktadır. Belçika’da anayasaya uygunluk açısından önleyici denetim, yasama ve yürütmeden bağımsız olarak, ülkenin idari açıdan en yüksek mercii olan Danıştay tarafından gerçekleştirilir. Danıştay’ın yanı sıra, “Danışma Komitesi” adı altında federasyonun farklı hükümetlerinin temsilcilerinden oluşan ve önleyici bir denetim gerçekleştiren siyasi bir organ bulunmaktadır. Danıştay federe devlet ve federal devlet arasında yetki paylaşımı hususunda bir ihlal olduğunu saptadığında, komite ilgili kanun tasarısını inceler. Eğer Komite oybirliği ile olumsuz

²²²Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law*, (Cambridge University Press: 1989) 173.

²²³“Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2034.

²²⁴ Türkiye’de TBMM Başkanına böyle bir yetki tanınmamıştır. Ancak Hasan Mezarıcı ve on milletvekilinin imzaladığı, “1926 yılında İzmir’de Atatürk’e suikast hazırlığında iken suçüstü yakalanan ve idam edilen kişilerin itibarının iadesi” hakkında Meclis Araştırma Komisyonu kurulmasına ilişkin TBMM Başkanlığı’na sunulan önerge, TBMM Başkanlığı tarafından işleme konulması reddedilerek, önergede imzası bulunan ilgililere geri gönderilmiştir.

²²⁵ Gönenç, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar”, 17.

görüşe sahipse tasarı, hazırlayan ilgili makama geri gönderilir. Dolayısıyla bu inceleme hukuki açıdan bağlayıcıdır²²⁶.

Türk anayasal sisteminde siyasi denetim yasama sürecinde gerçekleşir. Siyasi denetimin ilk aşaması tasarı veya tekliflerin TBMM komisyonlarında görüşülmesi sırasında karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu komisyonların öncelikli görevi, kendilerine havale edilen tasarı ve teklifleri incelemektir. Bu incelemenin anayasaya uygunluk denetimi niteliğinde olup olmadığı tartışılmıştır. Doktrinin bir kısmı tarafından bu denetim bir anayasaya uygunluk denetimi şeklinde nitelendirilirken²²⁷, diğer kısmı komisyonlardaki çoğunluğun yasama organında çoğunluğa sahip bir siyasi parti üyeleri tarafından oluşturulmuş olması sebebiyle bu denetimi etkin bulmayarak, komisyonlarda yapılan incelemenin anayasaya aykırı düzenlemelerin çıkmasını engellemediğini savunmuştur²²⁸. Komisyon tarafından yapılan incelemenin anayasaya uygunluk açısından etkin olmasa da önleyici ve siyasi nitelikte olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²²⁹. Türk hukuk sistemi açısından siyasi denetim komisyon denetimiyle sınırlı kalmayıp, tasarı veya teklifin TBMM’de kabul edilip Cumhurbaşkanının önüne gelmesinin ardından, siyasi denetimin bir başka aşamasına geçilmektedir. Bu konuya bir sonraki başlıkta yer verilecektir.

2. Yasama Organının Çift Meclisten Oluşması

Anayasaya uygunluk denetimini, siyasi denetim aracılığıyla gerçekleştirmeyi sağlayan bir diğer araç çift meclisli yasama organıdır. Yasama organının çift meclisli olması, yasama yetkisinin iki kanattan oluşan bir parlamento tarafından kullanılmasını ifade etmektedir. Antik Yunan ve Roma’da görülen ilk örneklerinden sonra, Avrupa’da çift meclisli yasama organı yapılanmasının ortak özelliği, ayrıcalıklı toplumsal gruplara

²²⁶ “Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2029.

²²⁷ Feyzioğlu, 14-15, dipnot 9.

²²⁸ R.Galip Okandan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız”, *İÜHFİM*, C. 33, S. 1-2, (1967) 13-14; Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 64-65; Teziç, *Anayasa Hukuku*, 215-216; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 404.

²²⁹ Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 65.

(kilise, kentler, soylular vb.) ayrıcalıklı bir temsil olanağı yaratma çabasının bir sonucu olmalarıdır²³⁰. 19. yüzyıldan sonra, çift meclis sisteminin önemini kaybetmeye başladığı ve dünyada tek meclis sistemi yönünde bir eğilimin hakim olmaya başladığı söylene de, bazı ülkelerde çift meclis sisteminin hala devam ettirildiği görülmektedir²³¹.

Temelde farklı politik çıkarların ve farklı sınıfsal grupların bir araya getirilerek birbirini denetlemesi²³² esasına dayalı çift meclisli bir yasama organı yapılanmasına gidilmesinin çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Çift meclis sisteminin uygulandığı ülkeler ya bu sisteme geleneksel olarak anayasal düzenleri içinde yer vererek, ikinci meclislerine simgesel görevler vermektedirler ya da çoklu devlet yapısı içerisinde yer alan yapıların temsil edilmesini sağlamaktadırlar. Federal devlet yapısında yer alan çift meclis sistemi, federal yapı içinde yer alan federe devletlerin temsili üzerine kurulduğundan, federal sistemin gereği olarak federal anayasada düzenlenmektedir. Federal devletlerin yanı sıra üniter yapıli devletlerde uygulanan çift meclis sistemi ise tarihsel geleneğin devam ettirilmesi ya da devlet iktidarının sınırlandırılması (Romanya, İtalya, İrlanda, Polonya, Fransa ve 1961 Anayasası döneminde Türkiye²³³) amacıyla

²³⁰Roger D. Congleton, “On the Merits of Bicameral Legislatures: Intragovernmental Bargaining and Policy Stability”, *Democratic Constitutional Design and Public Policy – Analysis and Evidence*, Ed. Roger D. Congleton and Birgitta Swedenborg, (Cambridge, Massachusetts, London: The MIT Press, 2006) 163-164.

²³¹ George Tsebelis and Janette Money, *Bicameralism*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1997) 6.

²³² John Uhr, “Bicameralism”, *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Ed. R. A. W Rhodes, Binder, Sarah A. Binder and Bert A. Rockman, (Oxford University Press: 2008) 485.

²³³ İtalya, Fransa, Romanya, Polonya ve 1961 Anayasası döneminde Türkiye’de, çift meclis sistemi uygulanmıştır. Türkiye açısından tarihsel geçmişe bakıldığında, çift meclis sisteminin Osmanlı döneminden gelen bir yapı olduğu görülmektedir. Osmanlı-Türk Anayasa tarihinde, ilk kez 1876 Anayasasında karşımıza çıkan çift meclis sistemine dayanan Parlamento, Heyet-i Mebusan ve Heyet-i Ayan olmak üzere iki heyetten oluşmaktadır. Heyet-i Mebusan tarafından kabul edilen bir kanun tasarısının, Heyet-i Ayan tarafından anayasaya uygunluk bakımından denetleneceği Anayasa m.64’de hükme bağlanmıştır. Bu açıdan bakıldığında, Kanun-i Esasi’nin aynı zamanda kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi bir organ aracılığıyla denetlenebileceğini öngördüğü söylenebilir. 1961 Anayasasında da çift meclis sistemi tercih edilmiş, “Millet Meclisi” ve “Senato” olmak üzere iki kamaralı bir yapı oluşturulmuştur. 1961 Anayasası ile öngörülen Cumhuriyet Senatosu’nun kurulmasındaki temel gerekçe, parlamentonun birinci kanadında oluşacak çoğunlukların aşırılıklarının frenlenmesi ve daha özelde de anayasal düzenin temel ilkelerinin korunmasıdır. Fakat Cumhuriyet Senatosu kendisinden beklenen işlevi yerine getirememiş, Senato’nun 1961-1980 arası dönemde yasama sürecine somut katkısı, kanunların kabulünün geciktirilmesinden ibaret olmuştur ve Cumhuriyet Senatosuna tanınan, Anayasa Mahkemesine iptal davası açma yetkisinin de bu dönemde boyunca etkin bir biçimde kullanılmamıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından sonradan anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal edilen kanunların çoğu ise Senatóda genellikle hiçbir itirazla karşılaşmadan kabul edilmiştir. Çift meclis sisteminin kendisinden beklenen faydayı sağlamadığı gerekçesiyle 1982 Anayasası ile tek meclis sistemine geçilmiştir. Bu sistem değişikliğinin gerekçesinde, 1961 Anayasası döneminde anayasaya aykırı kanunların denetiminin ikinci meclis tarafından yapılması neticesinde bir sonuç alınmadığı için, söz konusu denetim yetkisi Anayasa

kullanılmaktadır. Çift meclis sisteminin benimsenmesinin nedeni, oluşturulacak ikinci meclisle, birinci mecliste oluşacak çoğunlukların ve bunların aşırılıklarının frenlenip dengelenerek, birinci meclis tarafından kabul edilen bir kanunun, yerindelik ve anayasaya uygunluk bakımından ikinci meclis tarafından gözden geçirilerek, eğer gerekli ise ilgili düzeltmelerin yapılmasının sağlanmasıdır²³⁴. Böylece, çift meclisli olarak yapılan yasama organı içerisinde başvurulabilecek bu dolaylı denetim yoluyla, “organ içi” bir denetim de sağlanmış olacaktır²³⁵.

İkinci meclisler denetleme ve dengeleme işlevini yerine getirirken, yasama sürecini kusursuzlaştırmak adına, birinci meclis tarafından gözden kaçırılan eksikliklerin veya ihmal edilen noktaların tamamlanmasını da sağlamaktadır. Böylece, çift meclis yapılanmasının; hem birinci meclisteki çoğunluğun siyasi tercihlerinin ikinci meclisin rasyonel tavrıyla toplumun ortak yararına daha uygun bir hale getirilerek bir dengeleme aracı fonksiyonu gördüğünü, hem de anayasaya uygun yasama faaliyetlerinin yapılabilmesi açısından bir tedbir²³⁶ niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²³⁷.

3. Devlet Başkanının Veto veya Geri Gönderme Yetkisi

Devlet başkanları devletin başı sıfatıyla anayasanın koruyucusu olarak kabul edilmektedir. Bu koruyuculuğun kurumsal yapılanması olarak siyasi denetimin diğer bir boyutu olan devlet başkanının “veto” veya “geri gönderme” yetkisi karşımıza çıkmaktadır²³⁸. Hukuki işlemlerin devlet başkanı tarafından kabulü ve yayımlanması ile

Mahkemesine verildiği belirtilmiştir. Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 404; Gönenç, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelenmesi”, 25; Cem Eroğul; *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Yayınları No.398, 1977) 84; Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, *1982 Anayasası Madde Gereçleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 1998) 587-588.

²³⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Levent Gönenç, *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, *Kluwer Law International*, (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2002) 340.

²³⁵ Kapani 287, dipnot 70.

²³⁶ Andrew Heywood, *Key Concepts in Politics*, (New York: St. Martin's Press, 2000) 189-190; Gönenç, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi ve Dengelenmesi”, 25.

²³⁷ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 446.

²³⁸ Feyzioğlu 15; Onar 48-90.

ilgili olarak “mutlak veto”, “güçleştirici veto” ve “geri gönderme” kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Anayasa hukuku açısından veto, devlet başkanının bir kanunu onaylamama yetkisini ifade etmektedir. Bu anlamıyla veto, kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin bir denetim aracı olarak değerlendirilebilir. Kanunlara ilişkin kullanılan “veto” yetkisi de devlet başkanının hükümrانlığını ve otoritesini temsil eder²³⁹. Kanun metninin, devlet başkanınca onaylanmasının öngörüldüğü bir hukuk düzeninde, devlet başkanının kanun tasarısını yayımlaması ya da uygun bulmayarak bir daha görüşülmek üzere parlamentoya geri göndermesi ihtimallerinde, mutlak vetodan ya da güçleştirici vetodan söz edilir. Mutlak veto yetkisi genellikle monarşi ile yönetilen devletlerde söz konusu olup, parlamento tarafından kabul edilen tasarının kanunlaşabilmesi için devlet başkanı tarafından onaylanması gerekliliğinden türetilmiştir. Devlet başkanının yayımlama yetkisi, kanun metninin oluşumu açısından bir etkiye sahip olmasa da, kanunun yürürlüğe girebilmesi için devlet başkanının iradesi zorunludur. Şayet devlet başkanı ilgili düzenlemeyi onaylamayıp reddederse, ilgili düzenleme “mutlak” nitelikte veto edilmiş sayılacağından, kanunun varlığından söz edilemeyecektir. Devlet başkanının uygun bulmadığı kanunları tekrar görüşülmek üzere meclise iade etmesi halinde, meclisin iade olunan kanunu tekrar kabul edebilmesi için nitelikli bir çoğunluk gerekiyorsa bu durumda güçleştirici vetodan söz edilir. Tanınan bu yetkinin kullanıldığı durumlarda devlet başkanı, meclisin nitelikli çoğunlukla tekrar kabul ettiği kanunu yayımlamak zorundadır.

Geri gönderme yetkisi ise, güçleştirici vetoya benzetmekle beraber birtakım farklılıklar içermektedir²⁴⁰. Geri gönderme yetkisi; parlamentoda kabul edilerek

²³⁹Yılmaz Aliefendioğlu; “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 21, S. 1, (1988) 7. İngiltere’de devlet başkanının kanunları onaylama ve mutlak veto yetkisi olmasına rağmen, bu yetki günümüze kadar kullanılmamıştır. Siyasi açıdan sorumlu olarak kabul edilen Kabinenin ortaya çıkışı ile parlamenter rejimin yeniden şekillenmesi, bunun yanı sıra hükümetin güvenoyu almış programının gerçekleştirme araçlarından olan kanunların, siyasi açıdan sorumsuz olan devlet başkanı tarafından veto edilmesi, hükümete karşı bir güvensizlik anlamına geleceğinden kanunların veto edilmesinin pratikte bir değeri kalmamıştır. Erdoğan Teziç, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, *İÜHFİM*, C. 52, S. 1-4, (1987) 102-104.

²⁴⁰ I. Meşrutiyet dönemindeki mutlak veto yetkisi, II. Meşrutiyet döneminde yapılan değişiklikle, geciktirici veto niteliğine dönüştürülmüştür. Türkiye’de, Cumhuriyet dönemi Anayasaları (1924 (m. 35), 1961 (m. 93) ve 1982 (m. 89)) kanunların Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere anayasaya aykırı bulunduğu hususları belirterek, TBMM’ye geri gönderilebileceğini öngörmüştür. Siyasi denetim bir

kanunlaşan kanun metninin, devlet başkanı tarafından uygun bulunmayarak meclise geri gönderilmesi durumunda, meclisin aynı kanun metnini herhangi bir nitelikli çoğunluk koşulu aranmaksızın tekrar oylayarak kabul etmesi neticesinde devlet başkanının kanunlaşan bu metni yayımlamasıyla tamamlanan sürecin bir parçasıdır. Devlet başkanı geri gönderme yetkisini iki gerekçeyle kullanmaktadır; ilki, bir kanunun ilgili hükümlerinin içeriklerini yerinde bulmadığına ilişkin olup, ikincisi, anayasa aykırı bazı düzenlemeler tespit etmesinden kaynaklanmaktadır. İlkine “*yerindelik (opportunité) denetimi*”, ikincisine ise “*anayasallık, yasallık (legalite) denetimi*” denilmektedir²⁴¹. Bu bakımdan güçleştirici veto ile bir daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi de birbirlerinden farklıdır²⁴². Böylece, devlet başkanları, yasama organı tarafından çıkartılan kanunların, tamamının veya bir kısmının tekrar yasama organı tarafından gözden geçirilmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla da bu yetki yasama işlevi niteliğindedir.

Yasama organında yer alan çoğunluk ile devlet başkanının aynı ya da benzer siyasi görüşe sahip olmaları ya da zaman içerisinde siyasi ideolojinin ortak paydayı oluşturduğu bir zemin üzerinde buluşma ihtimalleri karşısında, siyasi denetim yolunun kendisinden beklenen faydayı sağlayamayacağı açıktır. Bunun yanı sıra devlet başkanlarının da bir siyasi tercihi olacağı ve bir takım kararlarını bu tercihler doğrultusunda verebileceği ihtimali düşünüldüğünde, temsil kabiliyeti esasına dayanan ve farklı görüşlerin yansıtılmasına aracı olan yasama organının yapmış olduğu düzenlemeler üzerinde, tümüyle bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesini engelleyici yetkilere sahip olması, demokrasi açısından da büyük bir tehlike oluşturacaktır. Bu nedenle, devlet başkanlarına, kanunları yalnızca bir kez daha görüşülmesi için yasama organına geri gönderme yetkisinin tanınması ile yetinilerek, yasama organına geri gönderilen kanun hakkında bir kez daha görüşme fırsatının verilmesi ve daha etkin bir

bütün olarak değerlendirildiğinde, TBMM aşamasında, özellikle iktidar partisinin kontrolündeki komisyonlarda yapılan denetime nazaran, Cumhurbaşkanının yaptığı denetim daha etkili olmasına rağmen, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir yasanın nihai olarak yürürlüğe girmesini engellemez. Çünkü Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilen bir yasa TBMM tarafından aynen kabul edildiği takdirde, Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete’de yayımlamak zorundadır. Bülent Tanör, *Osmanlı – Türk Anayasal Gelişmeleri*, 12.Baskı, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2004) 194; Gönenç, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi Dengelenmesi ve Anayasalar”, 18.

²⁴¹ Onar 53.

²⁴² Teziç, “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, 102-104.

denetimin yapılabilmesi için konunun yargı organlarına yönlendirilmesi daha doğru olacaktır²⁴³.

Sonuç olarak, siyasi organlar tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetiminin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunarak, güvence altına alınması açısından yetersiz olduğu görülmektedir. Yukarıda detaylarıyla anlatılmaya çalışılan siyasi denetim araçları göz önünde bulundurulduğunda, siyasi amaçların korunmasına öncelik verilmesi, siyasi denetim yolunun yargısal denetime göre, daha az güvenceli olmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle, adaleti ve hukukun üstünlüğünü sağlamak adına, anayasayı ve kanunları yorumlama ve anayasaya uygunluk denetimini, bağımsız ve tarafsız bir şekilde yerine getirebilecek yargı mercilerine bırakma eğilimi yaygınlık kazanmaya başlamıştır.

B. Yargısal Denetim

Yargısal denetim yolu; hukuki işlemlerin anayasaya uygunluk denetiminin bağımsız yargı mercileri tarafından, öngörülen usuller çerçevesinde denetlenme usulü şeklinde tanımlanmaktadır.

18. yüzyıl ile birlikte anayasaların yazılı hale gelerek²⁴⁴ pozitif hukukun birer parçası haline almaları ve 20. yüzyılın ilk yarısına hakim olan devlet kudretinin sınırlandırılması düşüncesi doğrultusunda yasama yetkisinin sınırlı bir yetki olarak kabul edilmesi²⁴⁵, yasama ve yürütme erklerinden bağımsızlaştırılmış bir yargı erkinin önemini ortaya çıkarmıştır. Kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine anayasalarda pozitif bir düzenleme ile yer verilmesi, insan haklarının korunması amacıyla anayasa ihlallerinin ortadan kaldırılması ve yapılan düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun sağlanması

²⁴³ Onar 89-90; Uslu 25-26.

²⁴⁴ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 403; Francis Sejersted; "Democracy and Rule of Law: Some historical Experiences of Contradictions in the Striving for Good Government", *Constitutionalism and Democracy*, Edited by John Elster and Rune Slagstad, Studies In Rationality and Social Change, (Cambridge University Press, July, 1993) 133.

²⁴⁵ Bakır Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik Bir Deneme İçin Notlar", *AYD*, C. 3, (1986) 152-154; Onur Sır, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011) 194, 200; Friedrich, *Sınırlı Devlet*, 188-189.

özel bir denetimi zorunlu hale getirmiştir. Bu zorunluluğun devletler tarafından tanınarak, anayasaya uygunluk denetimine ilişkin oluşturulan yargısal denetim sisteminin yaygınlaşması ise ancak 20. yüzyılın ortalarına doğru gerçekleşmiştir.

Anayasaya uygunluğun yargısal denetimine bağlı olarak ortaya çıkan anayasa yargısı dar anlamda, kanunlar başta olmak üzere, yasama organı tarafından yapılan diğer işlemlerin anayasaya uygunluğunun yargı mercileri tarafından denetimi olarak tanımlanmaktadır²⁴⁶. Anayasa yargısı geniş anlamda ise, doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamayı amaçlayan veya devlet tarafından yapılan işlemlere ilişkin olarak gerçekleştirilen her türlü anayasa uygunluk denetimini ifade etmektedir²⁴⁷. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında, tarihi tecrübelerden alınan destekle insan haklarının korunması zorunluluğunun bilincine ulaşılması, bu doğrultuda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabulü ve 1950'de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin imzalanması ile insan haklarının korunması ve geliştirilmesi hususunda bir farkındalık yaratmıştır. Bu farkındalık hukuk devletinin kapsamında ve anlamında bir değişiklik daha meydana getirerek anayasa yargılamasını anayasacılık hareketlerinin temel konusu haline getirmiştir²⁴⁸. Bu denetim, anayasacılığın iktidarı sınırlandırırken kullandığı temel araçlardan olmuş ve zaman içerisinde giderek yaygınlaşmaya başlayan anayasa mahkemeleri aracılığıyla özelleştirilen yeni bir görünüme kavuşmuştur²⁴⁹.

Anayasa Mahkemeleri, anayasanın üstünlüğü bağlamında hukukun üstünlüğü ilkesinin güvencesi olup, diğer organlardan bağımsız bir yargı organı sıfatıyla hukuka, anayasaya, kendi kuruluş ve işleyiş kurallarına saygı çerçevesinde yetkilerini kullanarak görevlerini yerine getirmektedir. Anayasa Mahkemeleri öncelikli olarak anayasal dengelerin sürekliliğinin sağlanmasının yanı sıra, hak ve özgürlükler rejiminin de korunması ve geliştirilmesi temeli üzerine kurulmuştur. Bu yapı, hukuk devleti ilkesi

²⁴⁶Metin Kıratlı, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, (Ankara: A.Ü.S.B.F. Yayını, 1966); Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 403.

²⁴⁷ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 13

²⁴⁸ Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri", 154; Sır 14.

²⁴⁹ Anayasacılığın araçları için bkz. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 24-29; Ergül 69-91; Güleler 99; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 350; Şeref İba, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, 2. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008) 192-193; Osman Korkut Kanadoğlu, "Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25, (2008) 61; Kapani, 292-293; Onar 11; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 405-408; Tanör / Yüzbaşıoğlu, 448-449; Tunaya 136-138; Sır 211.

çerçevesinde anayasaya dayanarak kurulan kurumların kendi içerisinde uyumlu ve dengeli işleyişinin de güvencesini oluşturmaktadır²⁵⁰. Bu doğrultuda yapılacak anayasaya uygunluk denetimi ise anayasal devleti, temel kurum ve ilkelerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olası tehlikelere karşı koruyan, zaman içerisinde politize olan bir toplumda demokratik çoğunluk ilkesinin artan önemine ve olası tehlikelerine karşı “çoğulcu rejimi” benimseyen bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵¹. Bunun yanı sıra anayasa yargısı, birbirini tamamlayan anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin hayata geçirilmesini esas almak suretiyle, bu ilkelere aykırılık oluşturan durumlara karşı da bir yaptırım şekli olmaktadır²⁵². Dolayısıyla anayasaya uygunluk denetiminin, hukuk devletinin asli araçlarından biri olarak büyük ilgi gördüğü²⁵³ ve böylece 20. yüzyılın başta anayasa olmak üzere anayasa mahkemesi aracılığıyla da hukuk devletine ilişkin önemli gelişmelerin yaşandığı bir çağ olduğu olduğu söylenebilir²⁵⁴.

Bu doğrultuda anayasa yargısını ve anayasa mahkemelerinin ortaya çıkışına kadar geçen süreçte, bu yolu açan iki önemli tarihi karara değinilmesi uygun olacaktır.

1. Yargısal Denetimin Tarihsel Arka Planı

İktidarın sınırlandırılmasında yargı denetiminin bir araç olarak kullanılması bakımından 17. yüzyıl İngiliz siyasi kültürünün, modern anayasacılığın ve Anglo – Amerikan hukuk geleneğinin yadsınamaz bir payı vardır. İngiltere’de görülen 1610 tarihli, “Dr. Bonham Davası”²⁵⁵ anayasaya uygunluk denetiminin tarihteki ilk örneği olmuştur ve yargısal denetimin yolu açılmıştır.

²⁵⁰ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 169-170.

²⁵¹ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 181; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 382.

²⁵² Tanör / Yüzbaşıoğlu 470-471.

²⁵³ Lûtfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *AYD*, C. 1, (1984) 57.

²⁵⁴ Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri”, 154; Sır 14.

²⁵⁵ Karar metni için bkz. http://presspubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html. (Erişim Tarihi: 09.04.2016)

1.1. 1610 Tarihli Doktor Bonham Kararı

Doktor Bonham, *London Royal College of Physicians*'ın (LRCP)²⁵⁶ kendisine lisans verilmemesi ve ruhsatı olmamasına karşın, İngiltere Kraliyet Tabip Odası (Royal College of Physicians) tarafından doktorluk yaptığı gerekçesi ile hapis cezasına mahkum edilmiştir. Söz konusu mahkumiyetin ortadan kaldırılmasına ilişkin açılan davada, LRCP, ilgili kanunun kendilerine görev alanlarına ilişkin düzenleme yapma ve cezalandırma yetkisi verdiği, dolayısıyla verdiği kararın yasalara dayandığı yönünde bir savunma yapmıştır. Mahkeme hakimi Yargıç Coke, somut uyuşmazlığa konu olan cezayı veren Tabip Odasının uygulamasının tarafsızlık ilkesi doğrultusunda, bir örf ve adet hukuku kuralı olan “*kimse kendi davasında hakim olamaz*” ilkesine aykırı bulmuştur. Kararının gerekçesinde, örf ve adet hukukuna²⁵⁷ uygunluğun, kanunların (*Act of Parliament*) geçerliliğinin ön şartı olduğunu, aynı zamanda örf ve adet hukuku kurallarının parlamento tarafından kabul edilen kanunların üstünde olduğunu²⁵⁸, bir kanunun ortak yarara aykırı olması veya hukukun amacına aykırılık teşkil eden bir konuyu düzenlemesi halinde, söz konusu kanunun örf ve adet hukukuna uygunluğunun denetlenerek, geçersizliğinin ilan edilebileceğine hükmetmiştir²⁵⁹.

Kararda, ortak yararı gözetmeyen kanunların geçerliliğinden söz edilemeyeceğinden²⁶⁰, kanunların üzerinde üstün ilkelerin varlığının kabul edilerek, anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce uygulanamayacağından ve Parlamento

²⁵⁶ Londra'da görev yapacak hekimlerin çalışma izinlerini vererek, gerektiğinde ceza vermeye ve mesleki konularda da düzenlemeler yapmaya yetkili makamdır.

²⁵⁷ Ölçü norm olarak öngörülen, “Common Law”, doğal hukuk veya İngiliz mahkemelerinin zaman içerisinde verdikleri kararlarla benimsenen değerlerin oluşturduğu ortak ve yaygın bir hukuku ifade etmektedir. Onar 8. Detaylı bilgi için bkz. Raoul Berger, “Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 117, No. 4, (1969): 521-545.

²⁵⁸ 17. yüzyılın sonlarından itibaren İngiltere’de hakim olmaya başlan “parlamentonun üstünlüğü” olgusu, yasama organının kanun yapımının ötesinde birtakım yetkilere sahip olmasına dayanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ergun Özbudun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1-2, (1968) 59, 61-62.

²⁵⁹ David Deener; “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, Çev.: Tunçer Karamustafaoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S. 3-4, (1969) 181; Bülent Yücel; “Bir Siyasi Tartışmanın Hukuki Yansıması: “Seçilmişler ile Atanmışlar Çelişkisi Ya da Atışması Üzerine Bir Soru” (Anayasa Yargısı Olmalı mıdır?)”, Erdal Onar’a Armağan, Cilt II, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013) 1257.

²⁶⁰ F. T. Theodore Plucknett, “Bonham’s Case and Judicial Review”, *Harvard Law Review*, Vol. 40, No. 1, (1926) 32-34; Harold Cook, “Against Common Right and Reason: The College of Physicians Versus Dr. Thomas Bonham”, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXIX, No. 4, (1985) 302, <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, (Erişim Tarihi: 15.04.2016);

işlemlerini denetleme yetkisinin yargı organlarınca yapılması gerekliliğinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla Bonham kararı, yasama organının işlemlerinin anayasaya aykırı olamayacağı ve üstün bir hukuk ilkesine dayanarak verilen yargı kararına karşına söz konusu işlemlerin ikincil nitelikte olduğunun kabul edilmesi açısından oldukça önemlidir.

Bonham Kararı, “yargısal denetim” kavramının kaynağı olan bir karardır ve hukuk devletini anlamlandırmak ve teminat altına almak adına yargı mercilerinin önemini ortaya koyan ilk örnektir²⁶¹. Bonham Kararı’yla, anayasaya aykırı düzenlemelerde önceliğin anayasaya verileceğine ilişkin atılan ilk adımın devamı, İngiltere’de hakim olan parlamentonun egemenliği ilkesi nedeniyle gelemede, Amerikan hukukunda mutlak bir şekilde yer eden anayasaya uygunluk denetiminin başlangıcına bir temel oluşturmuştur²⁶².

1.2. Marbury v. Madison Davası²⁶³

İngiliz hakimlerinin özgürlüklerden yana bir tavır sergilemesi neticesinde, yargıç yaratısı hukuka (*judge-made law*) ve içtihatlarla hukukun kaynakları arasında yer verilmesi, Amerikan hukuk sisteminde de örnek alınmıştır²⁶⁴. 1610 tarihli Doktor Bonham kararında , “örf ve adet hukuku” parlamento tarafından hazırlanan kanunların aykırı olmaması gereken “üstün hukuk” olarak kabul edilmiş ve bu karar Amerika’da anayasa yargısını kuran 1803 tarihli “Marbury v. Madison” kararının kaynakları arasında yerini almıştır.

İngiltere’de yaşanan bu ilk örnek sonrasında, 1787 tarihli Amerika Anayasasında kanunların anayasaya uygunluğunun mahkemeler tarafından denetlenebileceğine açıkça yer verilmemesine rağmen, Amerika Yüksek Mahkemesi, 1803 yılında Marbury v. Madison davasında verdiği tarihi kararda, yasama ve yürütme işlemlerine ilişkin

²⁶¹ Deener, “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, 181; Sır 219.

²⁶² Plucknett 53-54; Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 30.

²⁶³ Kararın çevrimiçi metnine ulaşmak için: <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>. (Erişim Tarihi: 16.04.2016).

²⁶⁴ İlhan Arsel, *Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme*, (Ankara: AÜHF Yayınları, 1958) 86 vd.; Feyzioğlu 153.

yapılacak anayasaya uygunluk denetimine yönelik yetkinin, anayasanın üstünlüğü prensibinin bir sonucu olarak²⁶⁵ ortaya çıktığını ifade etmiştir.

Kararda şu hususun üzerinde durulmuştur: “Anayasa ya alelade kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur; ya da yasama organı tarafından dilendiği zaman değiştirilabilen alelade kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Eğer birinci ihtimal doğru ise, anayasaya aykırı bir kanunun hukuki geçerliliğinden söz edilemeyecektir. Eğer ikinci ihtimal doğru ise, yazılı ve sert anayasaların hiç bir anlamı kalmaz.” Yargıç Marshall’a göre, “denetimi yapacak olan yargı organının başlıca görevi, hukukun ne olduğunu beyan etmektir. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin, özel bir düzenlemeye gerek olmaksızın, bütün mahkemeler bakımından mahkemelerin derecesi gözetilmekteksizin gerçekleştirilmesi, bir hak olmasının yanı sıra bununla birlikte bir görevdir²⁶⁶. Mahkeme, davaya konu olan somut bir olayın çözümüne ilişkin olarak, birbirleriyle çatışan iki hukuk normu arasında kalırsa, bu normların uygulama alanını ayrı ayrı belirlemek durumundadır. Söz konusu somut olaya ilişkin hem kanunda hem de anayasada uygulanabilecek bir hüküm varsa, Mahkeme ilgili uyuşmazlığı ya kanunda yer alan normu esas alarak hükme bağlayacak ve anayasayı ihmal edecektir ya da anayasada yer alan normu esas alarak kanunu ihmal edecektir. Konuya ilişkin en yerinde çözüm, anayasanın yasama organının alelade işlemlerinden üstün olduğu ilkesi esas alınarak, kanunla anayasanın çatışması halinde somut olayın kanunda yer alan norma göre değil, anayasada yer alan norma göre sonuçlandırılmasıdır²⁶⁷. Bu yorumuyla Yüksek Mahkeme anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanarak anayasaya aykırı yasaların mahkemeler tarafından uygulanmaması gerektiğine karar vermiş, anayasayı, -yasama organına karşı da- koruyacak bir merciin olması ihtiyacını vurgulamış ve bunun da yargı olduğuna hükmeden bir karara imzasını atmıştır. Böylece, anayasaya aykırı olan kanunların mahkemeler tarafından geçersiz sayılacağına karar verilerek, yargısal denetim anayasanın üstünlüğünü temel alan hukuk devletinde en temel güvence haline getirilmiştir.

²⁶⁵ Bakır Çağlar, “Yeni-Anayasacılık” Üzerine Notlar”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 6, S. 1-3, (1985) 35-36.

²⁶⁶ Murat Sevinç, “Amerikan Yüce Mahkemesi”, *AÜSBFD*, C.51, S.1-4, (1996) 395; Feyzioğlu 171.

²⁶⁷ Feyzioğlu naklen 171.

Bu karardan sonra, ABD’de tüm yargıçların bakmakta oldukları davalarda, uyguladıkları yasaların anayasaya aykırı olup olmadığını inceleme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiş, böylece ABD’de yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yaygınlaşarak devam etmiştir. Amerika Yüksek Mahkemesi, anayasa yargısının temellerinin atılmasını sağlayan *Marbury v. Madison* davasının sonrasında, bir kanunun anayasaya aykırı bulunması için, “hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde” anayasa metnine aykırı olması, ancak bu takdirde ilgili kanunların uygulanmasından vazgeçilebileceğini kabul etmiştir. 1868 yılında yapılan on dördüncü Anayasa değişikliğindeki “*Hiç kimse uygun bir hukuki usule başvurulmadan hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemez.*” hükmüyle, Yüksek Mahkeme tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi bir tür pozitif güvenceye kavuşturulmuş olmaktadır²⁶⁸.

Kral ve parlamento karşısında bazı hukuk ilkelerinin üstünlüğü düşüncesinin geliştiği Dr. Bonham kararı, *Marbury Madison* kararının temelini oluşturmuştur. Amerika Birleşik Devletleri’nde, anayasayı yapan “halk” ile kanunları hazırlayan “yasama” arasındaki fark gözetilerek, yasama organına kıyasen halkın üstünlüğü vurgulanmış ve kanunlara ilişkin yapılacak bir yargısal denetim ihtiyacına yönelik tartışma *Marbury v. Madison* davasıyla sonuçlanmıştır. Bu nedenle her iki karar açısından bir kez daha vurgulanması gereken husus, anayasaya uygunluk denetimi fikrinin uygulamaya geçirilmesinde önemli birer basamak olduklarıdır²⁶⁹.

Normların anayasaya uygunluğunun Kıta Avrupası’ndaki gelişimi ancak 20. yüzyılın ilk çeyreğinde vücut bulmaya başlamıştır ve Anglo – Amerikan hukuk sisteminden, işleyiş yapısı bakımından önemli farklılıkları bulunmaktadır. Kıta Avrupası’nda uygulanan yargısal denetim yolunun temelini, normlar arası ilişki ve anayasa karşısında diğer norm yapılarının hukuk düzeninde yer aldıkları hukuki konum oluşturmaktadır.

²⁶⁸ Feyzioğlu 179-180.

²⁶⁹ Feyzioğlu 169.

2. Yargısal Denetim Modelleri

Anayasaya uygunluğun yargısal denetimi, bütün devletlerde aynı sistem tercih edilerek yapılmamaktadır. Her devletin sahip olduğu tarihi tecrübeler, duyduğu ihtiyaçlar, bulunduğu coğrafi konum, benimsediği hukuk sistemi gibi etkenler, belirli bir anayasa yargısı sisteminin benimsenmesinde temel etken olmaktadır. Bu nedenle anayasaya uygunluk denetiminde iki farklı model benimsenmiştir²⁷⁰.

Anayasaya uygunluk denetimi modelleri, Amerika Modeli olarak adlandırılan yaygın denetim ve Avrupa Modeli olarak adlandırılan merkezileşmiş denetim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2.1. Amerikan Modeli (Yaygın Denetim)

Amerikan modeli, yargıçların önlerine gelen somut olaylarda uygulayacağı normun anayasaya uygunluğa ilişkin denetim yapmasına imkan veren bir sistemdir. Anayasaya uygunluk denetimine ilişkin yetki yasayı uygulamakla görevli tüm mahkemelere verildiği için, Amerikan modeli bir başka ifadeyle “yaygın denetim” olarak da adlandırılır²⁷¹. Bu denetimin temelinde yer alan düşünce, somut olaya uygulanacak normun, hukuka ve ilgili normun üstünde yer alan norma uygunluğunun denetlemesi gerekliliğine ilişkindir. Bu sistem, bir üst başlıkta yer verildiği gibi, anayasaya uygunluk denetiminin ilk somut örnekleri olan Dr. Bonham ve Marbury v. Madison kararı ile başlamıştır²⁷².

Yaygın denetim sisteminde iki belirleyici özellikten bahsedilir. Bu özelliklerden birincisi bütün mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimini yapabilmesidir. İkincisi ise her mahkemenin, önüne gelen bir herhangi somut uyuşmazlıkta ilgili normatif düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesidir²⁷³. Buna göre, mahkemeler

²⁷⁰ Uslu 61.

²⁷¹ Feyzioğlu 168-172.

²⁷² Yücel 1258.

²⁷³ Uslu 62; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 15-16.

bir kanunun ya da bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğuna karar verdiklerinde bu kanun ya da ilgili hükmün iptaline karar vermeyip ihmali yönünde bir tavır takılmaktadır²⁷⁴. Böylece anayasaya aykırı olduğuna karar verilen kanun hükmü hukuken iptal edilmediği için hukuk sisteminde kalmaya devam etse de anılan kanun hükmü fiilen uygulanamaz hale gelmektedir.

ABD dışında, Latin Amerika ülkelerinden olan, Dominik Cumhuriyeti, Kolombiya, Meksika Federal Devleti, Arjantin, Brezilya, Güney Amerika ülkelerinden Arjantin ve Uruguay, Kuzey Amerika ülkelerinden Kanada ve Kuzey Avrupa ülkelerinden İsveç, Norveç, Danimarka, Asya ülkelerinden Hindistan, Japonya ve Avustralya'da²⁷⁵ Amerikan modeli (yaygın denetim) denetim sistemi benimsenmiştir.

2.2. Avrupa Modeli (Merkezileşmiş Denetim)

Kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin bütün yargıçlara verildiği Amerikan Modeli, düşünsel alt yapısını Hans Kelsen'in oluşturduğu ve anayasaya uygunluk denetiminin belirleyicisi olan "normlar hiyerarşisine" dayanan Avrupa modelinin yaygınlaşarak uygulanmaya başlamasıyla birlikte ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Normlar hiyerarşisi sisteminde, yürürlükteki hukuk kurallarının farklı değer sırası ve düzeyine sahip olmaları, her normun kendisinin üstünde yer alan norma uygunluğu bakımından geçerli olacağı öngörülmesi ve denetimin buna göre yapılması, anayasaya dayanan anayasaya uygunluk denetimini meşrulaştırmaktadır.

Amerikan Modeli denetim sisteminde, somut olaya uygulanacak hukuk kuralını tespit etmek asıl amaç iken, Avrupa Modeli denetimde ise uygulanacak hukuk kuralını tespit etmenin yanı sıra anayasaya aykırı kuralların hukuk sisteminden çıkarılması da amaçlanmaktadır. Avrupa Modelinde, Amerika modelinin aksine, münhasıran anayasal uyuşmazlıkların çözümü için, anayasal uyuşmazlıklar haricinde de anayasada öngörülen görevleri ve denetimleri de yapmakla yetkilendirilen, kuruluşu ve yapısı ayrı bir kanunla düzenlenen yüksek ve merkezi bir yargı olarak anayasa mahkemesi kurulmuştur. Anayasa mahkemesinin amacına benzer bir şekilde kurulmuş bir mahkeme ya da yüksek

²⁷⁴ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 15-17

²⁷⁵ Uslu 61.

mahkemenin bir dairesinin²⁷⁶ de yetkilendirilmesi halinde aynı işlevi göreceği kabul edilmiştir²⁷⁷. Bu sebeple Avrupa modeli anayasa yargısına, merkezileşmiş denetim de denilmektedir²⁷⁸. Hans Kelsen, merkezileşmiş anayasaya uygunluk denetim sistemini benimserken, yaygın denetimi alanında uzmanlaşmamış olması gerekçesiyle eleştirmiş ve merkezileşmiş ve bu denetim için özelleştirilmiş bir makam tarafından yapılacak anayasaya uygunluk denetiminin, daha iyi bir sonuç verebileceğini ve anayasaya aykırı normların çok daha etkin bir şekilde tespit edileceğini savunmuştur²⁷⁹. Dolayısıyla merkezileşmiş bir mahkeme aracılığıyla yapılan anayasaya uygunluk denetiminin hukuk güvenliği ilkesi bakımından daha işlevsel olacağı düşünülmektedir. Avrupa modelini Amerikan modelinden ayıran özelliklerden bir diğeri de, genel mahkemelerin önlerine gelen olayda, anayasaya aykırı bir kanun ile karşılaştıklarında, kanunu ihmal ederek anayasa kuralını uygulamak yerine, bu aykırılığın çözümünü bu denetimi yapan özel organa bırakmalarıdır.

Amerikan modeline yöneltilen eleştiriler ve Kelsen'in savunduğu görüşün yaygınlaşması sonucunda Avrupa Modeli anayasa yargısı ortaya çıkmış ve anayasa mahkemesinin Avrupa'da giderek çoğalmasında belirleyici bir etkisi olmuştur. Avrupa Modeli anayasa yargısı üç dalgadan oluşmaktadır. Bu dalgalardan ilki, I. Dünya Savaşı ile eş zamanlıdır. Avrupa'da Kelsen teorisine uygun olarak, anayasaya aykırılıkların denetimi bakımından münhasır yetkiye sahip tek yetkili yüksek mahkeme, 1920 yılında Çekoslovakya'da kurulmuştur²⁸⁰. Etkin bir denetim gerçekleştiremeyen bu Mahkeme'ye 1938 yılında son verilmiştir²⁸¹. Bunu takiben yine 1920 yılında Avusturya'da, anayasa yargısının ilk örneği olan "Avusturya Yüksek Anayasa Divanı" kurulmuştur²⁸². 1931

²⁷⁶ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 22; Bkz. aynı yönde Onar 119; Ender E. Atay, "Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli", *Prof. Dr. Ali Naim İnan' a Armağan*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009) 1105.

²⁷⁷ Sır 320.

²⁷⁸ Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 81; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 22.

²⁷⁹ Ümit Güveyi, "Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVI, S.3 (2012) 149.

²⁸⁰ Brewer-Carías, 195; Feyzioğlu 93.

²⁸¹ Brewer-Carías 195.

²⁸² Alec Stone, "The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe", *Policy Studies Journal*, Vol. 19, Number 1, Fall (1990) 83; Brewer-Carías 195 – 196; Louis Favoreu; "Constitutional Review in Europe", *Constitutionalism and Rights - The Influence of the United States Constitution Abroad*, Ed.: Louis Henkin and Albert Rosenthal, (New York: Columbia University Press, 1990) 51-52; Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 81; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 18. 1934 Avusturya Anayasası, anayasa ve idare "yüksek mahkemelerini" birleştirerek bağımsızlığı zayıf bir

yılında İspanya’da “Anayasal Teminatlar Mahkemesi” adı altında, bu tür bir merkezi yargı organı oluşturulmuştur²⁸³. Ancak, bu Mahkeme sadece 5 yıl görevde kalmış ve 1936 yılında Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır²⁸⁴. 1937 yılında İrlanda’da anayasa mahkemesi kurulmuştur.

Bu ilk örneklerin ardından, anayasaya uygunluk denetiminin merkezi bir yargı organı tarafından yapılmasının, II. Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaştığı görülmektedir²⁸⁵. Gerçekten, savaştan sonra yapılan yeni anayasalarda, olağan yargı organları eli ile sürdürülen bir anayasaya uygunluk denetiminden çok, merkezi bir yargı organı tarafından sürdürülen denetim türü tercih edilmiştir. İkinci dalga, 1945’de anayasal kanun ile yeniden kurulan Avusturya Anayasa Mahkemesi aracılığıyla gerçekleşmiştir²⁸⁶. 1947 yılında Japonya’da, 1948 yılında İtalya’da²⁸⁷, 1949 yılında Almanya’da²⁸⁸, 1958 yılında Fransa’da, 1961 yılında Türkiye’de²⁸⁹, 1963 Anayasası ile Yugoslavya’da²⁹⁰, 1964 yılında Malta’da anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Üçüncü dalga ise Avrupa’da otoriter sistemlerden demokratik-liberal sistemlere geçişle eşzamanlıdır. 1975 yılında Yunanistan’da “Albaylar Rejimi”, 1979 yılında İspanya’da ve 1982 yılında Portekiz’de “Salazar” döneminin son bulmasından sonra yapılan

Federal Anayasa Divanı’na dönüştürmüş olsa da, 1938’de Almanya’nın Avusturya’yı işgal etmesiyle ortadan kalkmıştır.

²⁸³ Çağlar, “-Yeni-Anayasacılık- Üzerine Notlar”, 34.

²⁸⁴ Onar 120; Feyzioğlu 95-96; Çağlar, “-Yeni-Anayasacılık- Üzerine Notlar”, 34; Brewer-Carías 225-226.

²⁸⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 405.

²⁸⁶ Kaboğlu, “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıları”, 383.

²⁸⁷ İtalyan Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak bkz. Feyzioğlu 107-110; Favoreu, “Constitutional Review in Europe”, 52-53; Brewer-Carías 215-224; Mary L. Volcansek, “Political Power and Judicial Review in Italy”, *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, (1994) 492-509.

²⁸⁸ Favoreu, “Constitutional Review in Europe”, 52; Brewer-Carías 203-214; Donald P. Kommers, “The Federal Constitutional Court in the German Political System”, *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, (January 1994) 483.

²⁸⁹ Kanunların anayasaya uygunluğu bakımından yargı denetiminin yapılabilmesi için katı ve yazılı bir anayasanın varlığı gerekir. Yumuşak bir anayasa olan 1921 Anayasasında, kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. 1924 Anayasası’nın 103. maddesinde kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiş, ancak kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1924 Anayasası döneminde yerel mahkemelerin, kanunun Anayasaya aykırılığını tespit etmesi halinde, o kanunu uygulamaktan kaçınarak, Anayasaya uygunluk denetimi yapma girişimleri, yüksek mahkemelerin bu uygulamayı benimsemeleri nedeniyle mümkün olmamıştır.

²⁹⁰ Brewer-Carías 237-242.

anayasalarla Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur²⁹¹. 1983 yılında Belçika'da da merkezi olarak denetim yapan anayasa mahkemeleri kurulmuştur²⁹². Ayrıca daha sonraki yıllarda sosyalizmin sona ermesiyle bağımsızlığını ilan eden yeni devletler de, rejim değişikliği akabinde yapılan anayasalarında, anayasa mahkemelerine yer vermişlerdir. Sovyetler Birliğinin dağılışımdan sonra, gerek Doğu Avrupa'daki ülkelerde, gerek Orta-Asya devletlerinde, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirecek model söz konusu olduğunda, tercih merkezi bir yargı organından yana yapılmıştır²⁹³. Arnavutluk, Azerbaycan, Belarus, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Kazakistan, Kırgızistan, Ermenistan, Özbekistan, Gürcistan, Macaristan, Rusya, Litvanya, Polonya, Moldova, Romanya, Slovenya, Slovakya, Hırvatistan ve Ukrayna'da gibi devletlerde de anayasa mahkemeleri kurulmuştur²⁹⁴.

Merkezi bir yargı organı tarafından gerçekleştirilecek bu denetimin, bir yargı organı tarafından yapılacağıının yorumla çıkarılması mümkün olmadığından, bu tür bir denetim yolundan söz edilebilmesi için mutlaka açık bir anayasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Anayasa yargısı türü olarak Avrupa modeli, Dünya'da uygulanan en yaygın tür olmakla birlikte, denetimi yapacak anayasa mahkemeleri her ülkede aynı yetki ve görevlere sahip değildir.

3. Yargısal Denetim Yolları

Anayasa Mahkemeleri, anayasaya uygunluk denetimi açısından, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar göz önünde bulundurulduğunda, bazı yasama faaliyetleri açısından denetim yapmak üzere sınırlı yetkiye sahip olabileceği gibi, çok geniş yetkilerde sahip olabilmektedir. Buna paralel olarak zaman bakımından da bir sınıflandırma yapılarak anayasa mahkemelerine, yasama işlemlerinin Resmi Gazete'de

²⁹¹ Albert HY Chen and Miguel Poiaras Maduro, *The Judiciary and Constitutional Review*, Routledge Handbook of Constitutional Law, Ed: Mark Tushnet, Thomas Fleiner, Cheryl Saunders, (2013) 100. <http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/composicionorganizacion/Pages/ComposicionOrganizacion.aspx> (Erişim Tarihi: 18.08.2015)

²⁹² Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 22; Onar 121.

²⁹³ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 406.

²⁹⁴ Onar 122; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 27.

yayımlanarak yürürlüğe girmesinden önce belirlenmiş kişi ya da kurumların başvurusu üzerine denetim yapma yetkisi veren ülkeler olduğu gibi, Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren işlemler bakımından da somut norm denetimi, soyut norm denetimi ve anayasa şikayeti yoluyla denetim yetkisi veren ülkeler de mevcuttur.

3.1. Soyut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi, herhangi bir somut uyumsuzluk olmaksızın, Anayasada belirtilen siyasi organlar tarafından, belirlenmiş süreler içerisinde, belirli hukuki işlemlere karşı anayasaya aykırılık sorunlarını çözmekle görevli özel bir yargı organına doğrudan doğruya dava açılmasıyla gerçekleştirilen bir denetimdir. “İptal davası” veya “dava yolu” olarak da adlandırılan bu denetim, soyut bir değerlendirmeyi içeren ve somut olaydan bağımsız bir değerlendirmeye dayanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi soyut norm denetiminin amacını; “...Anayasa, Anayasa'ya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyimle, ayıklanması için ‘iptal davası’ müessesesini kurmuştur... Bu müessesenin işleyişi soyut konularda genel nitelikte sonuçlar doğurur...”²⁹⁵ şeklinde açıklamıştır.

Soyut norm denetiminde, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen bir normatif işleme ilişkin olarak, bu alanda yetkili ve görevli yargı yerine doğrudan bir dava açılması söz konusudur. Kanunların yetkilendirdiği kişi ve kuruluşların belirli bir normatif işlem aleyhine anayasaya aykırılık iddiasıyla özel bir yargı organında açtıkları dava ile başlayan denetimde, denetlemeyi yapacak kuruma başvuru yetkisi sınırlı sayıda organ ve kişilere verilmektedir. İptal edilmesi için talebe konu olan ve anayasaya aykırı görülen normatif işleme ilişkin denetim neticesinde alınan kararların hukuk düzeni açısından önemi ve kişiler ile kurumlar açısından bağlayıcılığı nedeniyle, soyut norm denetimine başvurabilecekler sınırlandırılarak, anayasada ve uygulama kanunda detaylı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla soyut norm denetimine başvurabilecek kişi ya da

²⁹⁵ AYM E. 1971/3, K. 1971/17, Kt.: 11.2.1971, R.G. Tarih/Sayı: 6.8.1971/13918.

kurumların yorum yoluyla genişletilerek, kendilerine bu imkanın sağlanması mümkün değildir.

Kimi zaman bir önleyici denetim yolu olarak karşımıza çıkan soyut norm denetimi, daha ziyade bir giderici denetim aracılığıyla merkezi bir organ tarafından yapılan bir denetim modeli olarak kullanılmaktadır²⁹⁶. Anayasaya aykırılık iddiası neticesinde yapılan soyut norm denetimi Almanya, Fransa, Avusturya, Belçika, İtalya, Portekiz, İspanya, Polonya, Romanya ve Türkiye’de uygulanmaktadır.

3.2. Somut Norm Denetimi

Mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin veya mahkemenin uyuşmazlığın çözülmesinde uygulanacak kanunun ya da belli bir hükmünün anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde işlemeye başlayan yargısal denetime somut norm denetimi denilmektedir²⁹⁷. Bu yargısal denetim türü, belirli bir somut olay veya dava dolayısıyla gerçekleştiğinden, somut norm denetimi olarak adlandırılmaktadır. Anayasaya uygunluk denetiminin somut norm denetimi yoluyla yapılması, bir yandan bireyin Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağlarken, diğer yandan anayasa mahkemelerinin toplumun gerçek ve somut problemlerinden kopmasını engellemektedir.

Somut norm denetimini, soyut norm denetiminden farklılaştıran temel nokta, bu denetimin ancak mahkeme nezdinde açılan davaya konu olan somut bir olaya ilişkin olarak işletilebilmesidir²⁹⁸. Bu nedenle hukuki işlemlerin yürürlüğe girdikten sonra denetimine imkan veren giderici denetim dolayısıyla somut norm denetimi, merkezileşmiş ve yaygın denetim bakımından ortak bir modeldir.

²⁹⁶ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 77.

²⁹⁷ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 211 vd.; Yılmaz Aliefendioğlu, “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, *AYD*, C. 1, (1984) 101; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 339-342; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 439 vd.; Tanör / Yüzbaşıoğlu 519.

²⁹⁸ Meral Kaya, *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008) 33.

Somut norm denetimine başvurulmasıyla birlikte, anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin denetimin kim tarafından yapılacağı, benimsenen denetim modeline göre çeşitlilik gösterebilmektedir. Bu farklılık iki şekilde tezahür etmektedir. Bunlardan ilkinde, bir davanın esasını çözmekle görevli yargı yeri anayasaya aykırılığı iddia edilen norm ile karşılaştığında, davayı durdurarak anayasaya aykırılık sorununu “ön sorun” olarak nitelendirerek kendisi çözmekte, sonrasında esas davaya ilişkin yargılamasına devam etmektedir. Ön sorun şeklinde kabul edilen anayasaya aykırılık sorunları neticesinde verilen kararlar, sadece taraflar arasında etkili olmaktadır. Amerikan modeli denetimi benimsemiş ülkelerde, yukarıda yer verilen başlıklarda belirtildiği gibi mahkemeye anayasaya aykırılık iddiası ile başvurulduğu ya da mahkemenin bizatihi kendisinin anayasaya aykırılığı tespit ettiği durumlarda, mahkemeler ilgili normun somut uyuşmazlık açısından uygulanmasını “ihmal” edebilir. Bu aşamada anayasaya aykırılık gerekçesiyle ihmal yolunu tercih eden mahkemenin derecesi açısından bir ayırım yapılmamıştır²⁹⁹.

İkincisi olan Avrupa modeli anayasa yargısında, adli veya idari yargı mercileri önlerine gelen bir uyuşmazlıkta, bir davanın esasını çözmekle görevli olan mahkeme olarak anayasaya aykırılık sorunu ile karşılaştığında, bu konuda karar veremiyor ise sorunu “bekletici sorun” yapmaktadır. Böylece mevcut davada anayasaya aykırılık sorunu yetkili yargı yerine iletilerek, yetkili yargı organının vereceği karara kadar esas davanın çözümü ertelenmektedir³⁰⁰. Bekletici sorun yoluyla işleyen denetimlerde verilen kararlar herkes açısından bağlayıcı niteliktedir. Somut norm denetiminin bu özellikleri düşünüldüğünde, soyut norm denetimine oranla yargısal yönü daha belirgin bir anayasaya uygunluk denetimidir³⁰¹.

Soyut norm denetimi genellikle somut norm denetimi ile birlikte anayasal denetim yolu olarak kabul edilmektedir. Fransa’da 23.8.2008 tarihinde yürürlüğe giren 2008-724 sayılı Kanun ile Fransız Anayasasına 61-1. madde ekleninceye kadar, önleyici denetim yolu haricinde herhangi bir anayasal denetim yolu bulunmamaktaydı. 2008

²⁹⁹ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, 58.

³⁰⁰ Feyzioğlu 56-57; Teziç, Anayasa Hukuku, 245; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 446; Tanör/Yüzbaşıoğlu 526; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 346.

³⁰¹ Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 86.

yılında yapılan kapsamlı Anayasa değişikliklerinde, “öncelikli³⁰² anayasallık sorunu (QPC)” adı verilen somut norm denetimi ile giderici bir denetim yolu da kabul edilerek Anayasa Konseyinin gücü arttırılmış ve buna ilişkin başvurular 1 Mart 2010 tarihinden itibaren alınmaya başlamıştır.

Fransa’da Anayasaya eklenen m.61-1’deki “*Bir yargı alanında görülmekte olan bir dava dolayısıyla, bir yasa hükmü Anayasanın garanti altına aldığı hak ve özgürlüklere zarar verdiği takdirde, Danıştay veya Yargıtay tarafından, bu sorunun belirlenen bir süre içinde gönderilmesi üzerine, Anayasa Konseyi sorunu ele alır. Bu maddenin uygulaması bir organik kanunla düzenlenir.*” hükmü somut norm denetimine yer verilmiştir. Anayasa m.62/2 ile konulan düzenlemeye göre ise, m. 61-1 gereğince yapılan denetim neticesinde Anayasaya aykırılığı tespit edilen bir hüküm, Anayasa Konseyi kararının yayımlandığı tarihte veya kararda belirtilen daha sonraki bir tarihte yürürlükten kalkar. Konsey kararının doğurduğu sonuçlar ve yarattığı etkilere yönelik yapılacak itiraza ilişkin koşullar ve süreler Anayasa Konseyi’nce belirlenir³⁰³.

Anayasa m. 61-1’e göre, derdest bir dava sırasında, ilgili yasanın³⁰⁴ Anayasa tarafından teminat altına alınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddia edilirse, Yargıtay veya Danıştay tarafından, belirlenen süre içerisinde bu sorunun çözümü için Anayasa Konseyine başvurulabilir³⁰⁵. Fransa’da giderici denetim sistemi üç aşamalı

³⁰² “Öncelikli anayasallık sorunu” ifadesinin kullanılmasının temel gerekçesi; mahkemenin, somut dava ile ilgili diğer hususları bir kenara bırakarak derhal anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin karar verme yükümlülüğü olduğu yorumuna dayanmaktadır. Özen Ülgen, “Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt I, 2014/1, (2014) 602. Detaylı bilgi için bkz. Laurence Burgogue-Larsen, “Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) sur la base du projet de loi organique appliquant l’article 61§1 de la Constitution”, *RFDA*, N°4, (2009) 789-792.

³⁰³ Özen Ülgen, “Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt I, 2014/1, (2014) 593.

³⁰⁴ Yasal düzenleme ifadesiyle, kanun olmasa da, kanunun yapılışına özgü usuller kullanılsada kanun gücüne ve etkisine sahip tüm düzenlemelerde denetim kapsamında olduğu belirtilmiştir. Öztürk 1197 ; Pierre Bon, “ La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009”, *RFDA*, n°6 (2009) 1111-1112 ; Michel Verpeaux, “La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique”, *AJDA*, n°27, (2009) 1478.

³⁰⁵ İlk derece mahkemesi, anayasaya aykırılığı iddia edilen yasal düzenlemenin, dava konusu uyuşmazlığa ya da uygulanan yargılama usulüne ilişkin olduğunu tespit ederse ve sorunun ciddi olduğuna karar verirse, daha öncesinde Anayasa Konseyinin herhangi bir kararıyla anayasaya aykırı bulunmamış olma koşuluyla, sorunun üst mahkemelere iletilmesine karar verir. Anayasaya aykırılığı iddia edilen yasal düzenlemenin

olarak düzenlenmiştir. Mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasına konu olan uyuşmazlığı ilgili makama göndermeye karar verdiği takdirde, kendi kararına tarafların konuya ilişkin görüşlerini de ekleyerek sekiz gün içerisinde Yargıtay veya Danıştay'a gönderir. Yargıtay veya Danıştay, başvuru tarihinden itibaren üç ay içerisinde, dava mahkemesince yapılan başvurunun Anayasa Konseyine iletilip ileilmeyeceği hakkında karar verir. Söz konusu karar sekiz gün içerisinde hem ilgili mahkemeye hem de taraflara bildirilir. Eğer yasada öngörülen gerekli koşullar sağlanmışsa Anayasa Konseyine başvuru yapılır. Yargıtay veya Danıştay'ın incelemesi için öngörülen üç aylık süreç içerisinde herhangi bir karar verilmezse, başvuru Anayasa Konseyine İlişkin Organik Kanun m.23-4 ve m.23-5 uyarınca doğrudan Anayasa Konseyine iletilmektedir³⁰⁶. Bu başvuru neticesinde Anayasa Konseyi incelemesini yaparak, Organik Kanun m.23-10 gereğince, üç ay içinde nihai kararını vermekle yükümlüdür.

Organik Kanun m.23-3 uyarınca, Mahkeme somut uyuşmazlığa ilişkin iddiaya ilişkin başvuruyu Yargıtay veya Danıştay'a gönderdikten sonra, ilgili mercilerden bir karar gelinceye kadar davayı geri bıraksa da, soruşturma devam eder ve yargı yerleri gerekli koruyucu ve önleyici tedbirler alınmasına yönelik karar verebilir³⁰⁷. Anayasa Konseyinin karar vermemesi herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır fakat bugüne kadar Konseyin bu süreye uyma konusunda özenli davrandığı görülmektedir³⁰⁸.

Somut norm denetimi Amerika'da 19. yüzyılda şekillenmiş ve günümüzde çok sayıda ülkede kabul görmüştür³⁰⁹. Avusturya'da dava mahkemesi bir anayasaya aykırılık tespit ettiğinde, bu durumu bekletici mesele yaparak somut norm denetimi yolunu işletebilir. İtalya'da görülmekte olan dava sırasında taraflar ve yargıç Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi başvurusunda bulunabilirler. İspanya'da yargıç görülmekte olan bir dava sırasında, makul gerekçelerin varlığı halinde, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi

koşullarında değişiklik olması hali bu durumun istisnasıdır. Danıştay ve Yargıtay ise bu koşulların yanı sıra sorunun yeni ve ciddi olma koşullarını da ek olarak incelemektedir.

³⁰⁶Burak Öztürk, "Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi", *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Cilt II, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013) 1205.

³⁰⁷ Ülgen, Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu" 603. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069199> (Erişim Tarihi: 01.08.2016).

³⁰⁸ Ülgen, Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu", 610.

³⁰⁹ Çağlar, Anayasa Bilimi, 193.

başvurusunda bulunabilir. Aynı modeli uygulayan Macaristan, Slovenya ve Belçika’da yargıç davada taraflardan birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasını makul bulmadığı takdirde Hakem Divanına (Cour d’Arbitrage) götürmek zorundadır. Almanya’da anayasaya aykırılık iddiası yeterli olmayıp, yargıcın önündeki davanın çözümünde kanunun bekletici mesele yapacak şekilde anayasaya aykırı olduğuna karar vermesi gerekir. Portekiz’de merkezi anayasal denetimin yanında, tüm mahkemeler normların anayasal denetiminde yetkilidir. Rusya’da ise herhangi bir mahkeme uygulamak durumunda olduğu kanunun anayasaya uygunluğu konusunda şüphe duyarsa Anayasa Mahkemesine somut norm denetimi başvurusunda bulunabilir. Bu yetki aynı zamanda davanın taraflarına da tanınmıştır³¹⁰.

1982 Anayasasının “*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*” başlıklı 152. maddesinde somut norm denetimi; bakılmakta olan bir davanın varlığı, bu davanın bakıldığı merciin mahkeme olması, denetime konu normun o davada uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararname olması, davaya bakan mahkeme tarafından ilgili düzenlemenin anayasaya aykırı bulunması veya tarafların anayasaya aykırılık iddialarının ciddi bulunması şartlarına bağlanmıştır. Mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda, tarafların ileri sürdüğü Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi bulmayarak davaya devam edebileceği gibi, ilgili uyuşmazlığı bekletici sorun yaparak Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili kararı verinceye kadar davayı askıya da alabilmektedir. Dava mahkemesinin, anayasaya aykırılık sorununu çözmek üzere dosyayı Anayasa Mahkemesine göndermesi üzerine, Anayasa Mahkemesi, dosyanın kendisine gelişinden itibaren beş ay içerisinde kararını vermelidir. Anayasa Mahkemesi bu süre içinde karar veremezse, mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararını, mahkemenin esas hakkında verdiği karar kesinleşinceye kadar verirse, mahkeme Anayasa Mahkemesinin kararına uymak zorundadır.

³¹⁰Dominique Rousseau, *La Justice Constitutionnelle En Europe*, 3eme édition, (Paris : Montchrestien, 1998) 84; Louis Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, 3eme édition, (Paris : Presses Universitaires de France, 1996) 75.

3.3. Bireysel Başvuru

Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması koşuluyla başvurabilinen ikincil nitelikteki³¹¹ denetim yoluna “Anayasa Şikâyeti” veya “Bireysel Başvuru” denilmektedir.

Bireysel başvurunun ortaya çıkış nedeni, öncelikli olarak Anayasa’da teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde, bu ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak, olası hak ihlallerini önlemek ve kamu gücü karşısında yer alan bireyin haklarına güvence sağlamaktır³¹². Dolayısıyla bireysel başvuru, hukukun tüm alanlarında, temel hakların içeriğinin açıklanması³¹³, yorumlanması, uygulanması ve somutlaştırılmasında kamu gücünü kullananlar bakımından yol gösterici niteliktedir³¹⁴. İkincil nitelikte bir kanun yolu olan bireysel başvuru, bir istinaf ya da temyiz yolu değildir³¹⁵. Bireysel başvuru, hukukun gelişmesinde ve bilhassa temel hak ve özgürlüklerin yorumunda bireyi esas alarak katkıda bulunmaktadır³¹⁶.

Bireysel başvuru; yöntemi, usulü ve sonuçları bakımından diğer yöntemlerden farklı olarak Anayasa’da teminat altına alınan hak ve özgürlükleri ihlal edilen kimselere tanınan özel bir hak arama ve başvuru yoludur. Bireysel başvuru yolunun temel nitelikleri şu şekilde sıralanabilmektedir: öncelikle bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiği yönünde bir iddianın bulunması ve bu hakkın anayasa tarafından güvence altına alınmış bulunan temel haklardan olması gerekmektedir. Çünkü bu yolun

³¹¹ M. Yavuz Sabuncu ve Selin Esen Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.21, (2004) 230; Zafer Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.11, (1995) 100-101; Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015) 8.

³¹² Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 73; Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 86-87; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 378.

³¹³ Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru”, 102; M.Yavuz Sabuncu, “Federal Almanya’da Anayasa Şikâyeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 3-4, (1982). 142-143; Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, (Ankara: AÜHF Yayınları No. 530, 1998) 17.

³¹⁴ Göztepe 20; Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, 31.

³¹⁵ Winfried Hassemer, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, (2004) 168. Sabuncu / Esen Arnwine 236. Görevli mahkemedeki usul kurallarının uygulanması, nesnel durum tespit ve değerlendirilmesi, görevli ve yetkili olan mahkemeye ait olup Anayasa Mahkemesinin görevi değildir.

³¹⁶ Gören, “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru”, 106.

işleyebilmesi bütün haklar bakımından geçerli olmamaktadır³¹⁷. Bireysel başvuru yoluna başvurabilmek için önkoşul; başvurucunun temel hak veya özgürlüğüne yönelik güncel bir ihlalin olması ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi gerekmektedir.

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 34. maddesinde “bireysel başvuru” hakkının tanınmış olması ve Sözleşmenin 35. maddesinde kişisel başvurunun yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının aranmasıyla, Sözleşme'yi kabul etmiş olan devletler açısından bu yol daha da önem verilen bir konu haline gelmiştir.

Bireysel başvuru yolunun, uygulanma alanı ülkeden ülkeye farklılık gösterse de başta Almanya, Avusturya, İsviçre, Belçika, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Slovakya, Polonya, Rusya, Meksika, Brezilya, Arjantin ile diğer Latin Amerika ülkeleri olmak üzere, birçok ülkede uygulanmaktadır. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde teknik anlamda bireysel başvuru yoluna yer verilmemiş olsa da, “*writ of mandamus, writ of certiorari veya writ of prohibition*” adı verilen kanun yolları bireysel başvuru yoluyla benzer işlemlere sahiptir³¹⁸. Türkiye’de uzun yıllardan beri tartışılan bireysel başvuru yolu, 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması neticesinde kabul edilmiştir. Bireysel başvurunun esasları ise, 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Böylece kişiler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında bulunan ve Anayasa’da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapabilmektedirler. Gerek 5982 sayılı Yasa ve gerekse 6216 Yasa hükümleri incelendiğinde, oluşturulan bu yeni başvuru yolunun büyük oranda Almanya’daki anayasa şikâyetinden etkilendiği gözlemlenmiştir³¹⁹. Bu yol, temel hak ve

³¹⁷ Sabuncu / Esen Arnwine 229.

³¹⁸ Bahadır Kılınç, “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25, (2008) 23; Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, *66 Soruda Bireysel Başvuru*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2015) 1-2. http://www.anayasa.gov.tr/files/bireyselbasvuru/66_soru.pdf (Erişim Tarihi: 02.05.2016).

³¹⁹ Serap Yazıcı, “Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikâyeti: Umutlar, Beklentiler ve Gerçekler”, *AİHM ve Türkiye II: Anayasa Şikâyeti ve AİHM Uluslararası Sempozyumu*, (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2010) 169.

özgürlükler bakımından esas itibarıyla, kamu gücü ve birey arasında dikey bir etki yaratmayı hedef almakla birlikte, temel hakların bireyler arasındaki ilişkilerde de dikkate alınması sonucunu doğuracağından, dolaylı olarak yatay bir etkiye de sahip olacaktır³²⁰.



³²⁰ Tanör / Yüzbaşıoğlu 528.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGISAL DENETİMİN ZAMANI BAKIMINDAN “ÖNLEYİCİ DENETİM” MODELİ

Yargısal denetimin yapıldığı zaman yargısal denetim yollarıyla iç içe bir konudur. I. Bölümde detaylı bir şekilde üzerinde durduğumuz yargısal denetim yolları, yargısal denetimin gerçekleştiği zaman bakımından genellikle giderici denetim modelini benimsemiştir. Giderici (sonradan - düzeltici) denetim; normların Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştirilen denetim neticesinde, anayasaya aykırılığın anayasaya aykırı normun yürürlükten kaldırılarak giderilmesi esasına dayanan, yargısal denetim usulünün zamanına ilişkin bir kavramdır³²¹. Avrupa’da genel olarak kabul gören denetim giderici denetim olsa da, biz burada anayasaya uygunluk bakımından daha işlevsel gördüğümüz ve tez konumuz olan önleyici denetimi ele alacağız.

I. KAVRAM OLARAK “ÖNLEYİCİ DENETİM”

“Preventif”, “a priori”, “önceden denetim” gibi kavramlarla ifade edilen önleyici denetim; denetime konu olan hukuki işlemlerin yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetim yollarından birisidir³²². Bu denetim yoluna, yasaların yetkili mecliste oylanarak kabulünden sonraki ve devlet başkanı tarafından imzalanarak Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmesinden önceki safhada başvurulur³²³. Bu denetim tarzında anayasaya uygunluk denetimine ilişkin başvuru, yasanın veya denetime tabi diğer hukuk normlarının yürürlüğe girmesinden (kesinleşmesinden) önce yapılmaktadır³²⁴.

³²¹ Kıratlı 21-24; Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 56-59; Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, 46-48; Brewer-Carias 251; Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 352-353; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 404.

³²² Onar 125; Tanör / Yüzbaşıoğlu 477.

³²³ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 64.

³²⁴ Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 56.

Söz konusu denetim türünde inceleme konusu norm, bireyler bakımından henüz hukuksal sonuçlar doğurmadığı için, ne yürürlükten kaldırılabilir ne de uygulanmaz nitelikte olduğu ilan edilebilir. Bu denetimin neticesinde anayasaya aykırı normun yürürlüğe girmesi daha baştan engellenir. Bu nedenle, denetimin etkisini arttırabilmek adına, bu denetim sonucunda alınan karar resmi makamlar için bağlayıcı olmalıdır³²⁵. Fransa, bu denetim yolunun uygulandığı prototip örneklerden birisidir.

II. ÖNLEYİCİ DENETİMİN TARİHÇESİ

I. Dünya Savaşı sonrasında, yasaların anayasaya uygunluğuna ilişkin ilk süreç “Avusturya Dönemi” olarak nitelenen ve Kelsen’in etkisiyle kurulan Yüksek Anayasa Divanı ile başlamıştır. Bu modelden esinlenilerek Çekoslovakya, İspanya ve İrlanda’da Anayasa Mahkemeleri kurulmuş olsa da, bu devletlerin geçirdiği siyasi bunalımlar ve Avrupa’da faşizmin yükselişi, denetim mekanizmalarının işlemesine imkan vermemiştir³²⁶. Jakobenci gelenek, yasama meclislerinin yetkisinin, yargı organları tarafından sınırlandırılmasına karşı olmuş ve dolayısıyla anayasa yargısına genellikle bu sebepten başvurulmamıştır. Bu yaklaşım, kanunun “genel iradenin” tezahürü olduğu ve hakimlerin sert kuvvetler ayrılığı çerçevesinde normların uygunluk denetiminin yapılmasında yetkisiz oldukları anlayışı nedeniyle, “sadece kanunların lafzını yerine getirmeleri” açısından uygundur³²⁷.

20. yüzyılın en çarpıcı siyasi gelişmelerinden biri, Avrupa’da anayasal demokrasinin gelişmesidir. II. Dünya Savaşı’nın ardından, Avrupa’da totaliter ve otoriter devletlerin yıkılması sonucunda oluşan yeni devletler, geçmişte yaşadıkları tecrübelerden çıkardıkları dersler sonucunda hem bir tepki hem de demokratik geleceğin güvencesi olarak her bir erke ait yetkilerin açıkça belirtildiği, erklerin karşılıklı olarak birbirlerine karşı dengelendiği ve temel hakların güvence altına alındığı anayasalar kabul

³²⁵ Zafer Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlatentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Mahkemesi Dergisi*, C.13, (1996) 106.

³²⁶ Kaboğlu, “Kelsen Modeli “Sınırları”nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları”, 382.

³²⁷ Ottavio Quirico, “Le Controle de Constitutionnalité Français Dans Le Contexte Européen et International: Une Question de Priorités”, *European Journal of Legal Studies*, Vol.3, Issue 1, (2010) 79.

etmişlerdir. Bu yeni dönemin en önemli gelişmelerinden biri, hiç kuşkusuz mevcut anayasal düzenin korunması ve sürekliliğinin sağlanması temeline dayanan anayasa yargısının kuruluşu ve gelişmesi olmuştur³²⁸. İki savaş dönemi arasında ve özellikle II. Dünya Savaşının sonrasında, çoğunluğun karşısında azınlığın haklarının sağlanmasının, siyasal çoğunluğun baskısının önüne geçilmesinin ve yasama organına karşı bireyin haklarının korunmasının istenmesi, Avrupa'daki Anayasa Mahkemelerinin sayısının artmasında ve kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin yargısal denetimin kabulünde yadsınamaz bir rol oynamıştır³²⁹. Bu yeni anayasalar ile birlikte getirilen en önemli değişiklik, yasama organının yetkilerinin sınırlandırılmasının yanı sıra, aynı zamanda devlet organları arasındaki uyuşmazlığı çözme hususunda anayasa mahkemelerinin yetkilendirilmesidir.

Anayasa yargısına ilişkin Avrupa modelinin temelini oluşturan Kelsen de, anayasa mahkemesinin temel amacının, ülkenin anayasal düzeninin korunması ve onun sürdürülebilirliğinin sağlanması olduğunu belirtmiştir³³⁰. Mahkemeler, demokratikleşme dalgası ile 1970'de İspanya ve Portekiz'e, 1989'da ise Doğu Avrupa'da post-komünist rejimin kurulmasıyla Avrupa'daki diğer ülkelere yayılmışlardır³³¹. Yapılan her yeni anayasa ile yeni anayasa mahkemeleri ve anayasa yargısı sistemleri oluşturulmuştur. Otoriter rejimlerin sonrasında, birçok ülkede anayasa yargısının geleneksel yargının dışındaki bir organda merkezileştirilmesi, demokrasiye olan bağlılığı ve bağımsızlığın teminat altına alınması açısından önemli olmuştur³³². Yeni anayasal düzen, demokrasi ve hukuk devleti eksenine oturtulmuş ve anayasacılık hareketlerinin temel amaçlarından biri olan insan hakları ile sıkı ve ayrılmaz bir bağ kurulmuştur.

³²⁸ Mauro Cappelletti, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 33, N°2, Avril-Juin (1981), http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1981_num_33_2_3285 (Erişim Tarihi: 02.11.2015).

³²⁹ Kaboğlu, "Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", 383; Musa Sağlam, "Anayasa Mahkemesi; Bir Temel Hak ve Özgürlükler Mahkemesi", *HUKAB Dergi*, Sayı:6, <http://www.hukabdergi.com/p2496/>(Erişim Tarihi:04.11.2015).

³³⁰ Rousseau 19-21.

³³¹ John Ferejohn et Pasquale Pasquino, "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *Texas Law Review*, Vol.82, (2004) 1671.

³³² Nuno Garoupa, "Empirical Legal Studies and Constitutional Courts", *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, (July 2010) 31.

Burada, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmeye yönelik farklı arayışları, yapılan denetimin niteliği ve konumuz açısından önemi nedeniyle Fransa üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

II. Dünya Savaşının akabinde Avrupa'da yeni anayasalar kabul edilerek, yargı denetimine yer verilmiş olsa da, Fransa'da siyasal denetimin yargısal denetime dönüşmesi ve buna yönelik ilk girişimlerin yaşanması III. Cumhuriyet'in çöküşünden sonra gerçekleşmiştir³³³.

1789 ihtilalinden sonra Parlamentoda yaşanan yargı erki ile ilgili çekingenlik ve ulusal egemenlik ilkesinin benimsenmesi, bu tip bir denetimin ortaya çıkmasını engellemiştir. J. J. Rousseau'ya göre, genel iradenin bir ifadesi olarak ortaya çıkan yasaların, vatandaşlar için yararlı olacağı kabul edilir. Bu düşünceye göre, anayasal denetim ilke olarak dışlanmasa da, hakim tarafından yerine getirilememektedir. Bu doğrultuda, Fransız ihtilali döneminde siyasi nitelikte anayasal denetim yapılabilmesi için çeşitli alternatif modeller teklif edilmiştir³³⁴. Örneğin Fransız ihtilali sonrasında, III. yıl (1795) Anayasası hazırlanırken, Sieyès tarafından kurulması teklif edilen “Anayasa Jürisi”, Konvansiyon Meclisi'nde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlendirilen ve Konvansiyon Meclisi'nin atadığı yüz sekiz üyeden oluşan siyasi nitelikte bir kuruluş olarak karşımıza çıkmaktadır³³⁵. Ancak bu teklif Konvansiyon Meclisi tarafından reddedilmiştir³³⁶.

Fransa'da, bu ilk başarısız girişimin ardından anayasanın üstünlüğünü sağlamak için üç defa özel bir kurul kurulmuş olsa da, her seferinde bu özel kurulların denetiminin siyasi yönü ön plana çıkmıştır. İlk tecrübe VIII. Yıl (1799) Anayasası ile yaşanmış ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi “Koruyucu Senato” ya verilmiştir. Koruyucu Senato'nun yaptığı denetim, kanunların yayımlanmasından önce yapıldığı için bir tür ön denetim niteliğindedir³³⁷. Fakat Koruyucu Senato, Napoléon'un hukuka aykırı

³³³ David Deener, “Judicial Review in Modern Constitutional Systems”, *The American Political Science Review*, Vol.46, No.4, (December 1952) 1090.

³³⁴ Alain Pariente, “Fransa'da Demokrasinin Pekişmesinde Anayasa Konseyi'nin Rolü”, *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005) 199.

³³⁵ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 212.

³³⁶ Pariente, 199.

³³⁷ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 212.

tasarruflarına göz yumarak, anayasaya aykırı birçok kanunun yürürlüğe girmesine sessiz kalmıştır. Napoléon'un düşmesinden ve Fransa'nın yabancı orduların işgali altına girmesinden sonra Koruyucu Senato üzerine düşen sorumlulukların gereğini yerine getirmek istese de başarılı olamamıştır.

İkinci tecrübe, 1852 Anayasası ile III. Napoléon döneminde yaşanmış ve anayasa üstünlüğünü sağlamak ödevi yine siyasi bir organa bırakılmıştır. Fakat bu organ da Koruyucu Senato gibi, keyfi ve hukuk dışı düzenlemelerin kaynağı ve uygulayıcısı haline gelmiştir³³⁸. Bu denetim yolu da etkili olmadığından Léon Duguit etkili bir anayasal denetim metodunun kurulması gerekliliğini belirtmiş ve Fransız mahkemelerinin def'i yolu ile kanunların anayasaya uygunluğunu inceleyebileceklerini ileri sürmüştür³³⁹. Ancak mahkemeler bu denetimi gerçekleştirmemiştir. 1903'de Charles Benoist, Millet Meclisine, anayasayı korumak ve kişi hak ve özgürlükleri ihlal eden faaliyetler ve düzenlemeler hakkında yapılacak başvuruları değerlendirmek üzere "özel bir mahkeme" kurulmasını, Jules Doche ise bu denetim yetkisinin Yargıtay Genel Kuruluna verilmesini teklif etmiştir. Ancak söz konusu girişimlerden de herhangi bir sonuç elde edilememiştir³⁴⁰.

Fransa'da, II. Dünya Savaşı'nın sonunda, IV. Cumhuriyet Dönemi'ne (1946-1958) geçilmiştir³⁴¹. Yeni anayasayı hazırlayan Kurucu Meclis; mahkemelerin yargısal denetim yapabilmesi için anayasa komisyonu veya ayrı bir anayasa mahkemesi kurulmasını reddederek, 19 Aralık 1945'de anayasaya uygunluk sorununun referandumla çözümlenmesi usulünü kabul etmiştir. Fakat komisyonun kabul ettiği referandum usulüne ilişkin hükümler daha sonra tasarıdan çıkartılmıştır. Seçimle yeniden oluşturulan ikinci kurucu meclisin hazırladığı anayasa projesinde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine ilişkin ortalama bir yol bulunmuştur. Bunun etkisiyle, 1946 tarihli Anayasa ile "Anayasal Komite" olarak adlandırılan kurum; gerçek

³³⁸Quirico 79.

³³⁹Pariante 199.

³⁴⁰Feyzioğlu 141, 143; Mehmet Akbulut, "Fransız Anayasa Konseyi", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, S.13, (2000),

<http://82.222.182.101/Ayim/Makale/MakaleDetay?id=54733214d83cff1a504d92b1> (Erişim Tarihi: 03.11.2015); Deener, "Judicial Review in Modern Constitutional Systems", 1084.

³⁴¹Michael G. Roskin, *Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset, Coğrafya, Kültür*, Çev: Bahattin Seçilmişoğlu, (Ankara: Adres Yayınları, 2013) 117-118.

anlamda anayasaya uygunluk denetimine ilişkin herhangi bir öncelik verilmeden kısıtlı, belirli ve şekli yetkiler verilerek kurulmuştur³⁴². 1946 Anayasasında öngörülen mekanizma, aslında ikinci meclis olan Cumhuriyet Konseyi'nin yetkilerini korumayı amaçlıyordu; çünkü 1946 Anayasasının kurucuları Cumhuriyet Konseyi'nin yetkilerini kısıtlamıştır. Anayasa Komitesi siyasi bir organdı ve Cumhurbaşkanının başkanlığında, Milli Meclis Başkanı, Cumhuriyet Konseyi Başkanı, Milli Meclisi tarafından seçilen yedi ve Cumhuriyet Konseyi tarafından seçilen üç üyeden oluşuyordu. Anayasa m.91, m.92 ve m.93'e göre, kanunların anayasaya uygunluğunun denetim yetkisi Anayasa Komitesi'ne verilerek, Komite Milli Meclis tarafından kabul edilen kanunların, Anayasa'da bir değişikliğe yol açıp açmayacağını incelemekle yetkili kılınmıştır³⁴³. Fransa'da 1946 Anayasası ile yaşanan üçüncü tecrübe, siyasi bir organ tarafından yapılan denetimin liberal bir rejimle bağdaşabileceğinin bir ispatı ve tespiti olmuştur³⁴⁴. Uygulamada, Anayasa Komitesi'ne 1948 yılında bir kez başvurulmuş, ancak iki Meclisin uzlaşması üzerine Komitenin karar vermesine gerek kalmamıştır³⁴⁵. Dolayısıyla 1946 Anayasasında kanunların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmek üzere bir Anayasa Komitesi öngörülmüş ise de bu denetim, Komite'nin harekete geçirilmesine ilişkin katı koşullar ve Komite'ye tanınan sınırlı yetkiler nedeniyle sembolik olmaktan öteye gidememiştir³⁴⁶.

V. Cumhuriyet döneminde hazırlanan, 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere Anayasa Konseyi kurulmuştur³⁴⁷. Anayasanın 56.maddesine göre; Anayasa Konseyi görev süreleri dokuz yıl olan ve bu görev süreleri uzatılmayan dokuz üyeden oluşmakta olup, Konsey üyelerinin üçte biri her üç yılda bir yenilenmektedir. Üyelerin üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi Başkanı, üçü de Senato Başkanı tarafından atanmaktadır. Sözü edilen dokuz üyenin yanı sıra, eski

³⁴² Yves Guéna, “Le Conseil Constitutionnel Français”, Communication faite à l'occasion de l'ouvrage oublié par la Cour constitutionnelle d'Arménie le 31 décembre 2002, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

³⁴³ Feyzioğlu 144-147; Teziç, Anayasa Hukuku, 214.

³⁴⁴ Feyzioğlu 20-25; Alp Kuran, “Anayasasının Üstünlüğü ve Siyasal Rejimler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 24, S. 1-4, (1958) 49.

³⁴⁵ Teziç, Anayasa Hukuku, 214.

³⁴⁶ Öztürk 1189.

³⁴⁷ Guéna, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

Cumhurbaşkanları Anayasa Konseyinin kaydı hayat şartıyla doğal üyesidirler. Anayasa Konseyi Başkanı ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm çerçevesinde Konseyin kriz çözücü mekanizmaları korumasının yanı sıra, kriz çözücü olma özelliği de vardır. III. ve IV. Cumhuriyet dönemlerinde yaşanan meclis egemenliklerinin aşırılıkları, 1958 Anayasasının kurucularının, “rasyonelleştirilmiş parlamentarizme³⁴⁸” dayalı kurallar koyarak meclislerin yetkilerinin sınırlandırılmasına sebep olmuştur³⁴⁹. 1958 Anayasasında Parlamento üyelerinin kanun yapma ve değişiklik teklifinde bulunma hakları önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. Ancak rasyonelleştirilmiş parlamentarizm anlayışı; hükümete meclis gündeminin belirlenmesi ve yasama usullerine ilişkin süreçte tanınan kontrol yetkisiyle hükümetin baskın bir konuma getirilmesi, meclis içtüzüklerinin Anayasa Konseyinin mecburi ön incelemesine tabi tutulması ve güvenoylamaları için katı kuralların getirilmesi gibi düzenlemelerle farklı şekillerde yansımaları bulmuştur. 1958 yılından bu yana, yasama sürecine müdahale yetkilerinde önemli bir artış görülmektedir. Hükümet, bakanların kendi alanlarındaki çalışmaların koordinasyonunu sağlamakla kalmayıp aynı zamanda bakanlar ve milletvekilleri ve özellikle hükümeti destekleyen iktidar çoğunluğunun üyesi olanlar arasındaki arabuluculuk rolünün gereklerini yerine getirmektedir³⁵⁰. 1958 Anayasasının ilk halinde, içtüzükte düzenlenmesi gereken birçok hususa anayasada yer verilerek Meclisin hareket alanının sınırlandırılmasının nedeni, yetkilerinin genişletilmesinin ancak Anayasa değişikliklerine bağlı hale getirilerek zorlaştırılmasının istenmesidir.

Anayasa Konseyinin görevleri ve denetim yetkisi alanında; seçimlerin denetimi, yasama ve yürütmenin yetki alanlarının korunmasına ilişkin yapılacak düzenlemelerin

³⁴⁸Rasyonelleştirilmiş parlamentarizm, güçlü bir parlamento çoğunluğuna dayanmayan hükümetlere istikrar ve güç kazandırmaya yönelik hukuki araçların bütünü olarak tanımlanmaktadır. Rasyonelleştirilmiş parlamentarizmin başlıca araçları şunlardır: serinleme sürelerinin öngörülmesi; güvensizlik önergesi verme hakkının sınırlandırılması; güven oylamalarında yalnızca güvensizlik oylarının sayılması; güvensizlik oyunda üye tamsayısının salt çoğunluğunun aranması; fesih tehdidi altında güvenoyu ve yapıcı güvensizlik oyudur. Bu araçlar hükümetin düşürülmesini zorlaştırır. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 256.

³⁴⁹http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/fiches_synthese/septembre2012/national-assembly.pdf s.31, (Erişim Tarihi:03.11.2015).

³⁵⁰The National Assembly In The French Institutions, February 2013, Service Des Affaires Internationales et de Défense, http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/fiches_synthese/septembre2012/national-assembly.pdf(Erişim Tarihi: 04.11.2015).

anayasaya uygunluğu bakımından incelenmesi gibi hususlar yer almaktaydı. Bu nedenle 1958 Anayasasında oluşturulan ilk hali nazara alındığında Konseyin bir mahkeme niteliğinde olup olmadığı tartışmalı bir nitelikteydi. Fakat Anayasa Konseyinin önemi 1971 yılında vermiş olduğu “Dernek Özgürlüğü”ne ilişkin kararla büyük ölçüde artmış³⁵¹ ve bu karardan sonra gerçek bir anayasa mahkemesi niteliği kazandığı kabul edilmiştir.

Konsey, 1971 tarihli “Dernek Özgürlüğü”ne ilişkin yapılan başvuruda, kâr amacı gütmeyen örgütlerin kuruluşuna ilişkin olarak, öngörülen kuruluş belgelerinin savcılık tarafından incelenebilmesi için tescil işleminden önce bir bekleme süresi öngören düzenlemeyi, 1901 tarihli Kanun ile güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğüne aykırı bularak esasa ilişkin bir denetim yapmıştır³⁵². Kararda, derneklerin kurulma aşamasında bildirim şartına tabi tutulabileceklerini, fakat yasadışı amaç taşısalar dahi idari makamların ya da yargı mercilerinin iznine bağlı kılınamayacaklarını belirtmiştir. Konsey bu kararında, dernek kuruluşlarının bildirimi hususunda yapılan yeni düzenlemeye ilişkin olarak yaptığı ön denetim neticesinde, dernek kurmanın izne bağlanmasına ilişkin hükmü anayasaya aykırı bulurken³⁵³, doğrudan bir anayasa hükmü yerine, Cumhuriyet Kanunlarına dayanmıştır. Böylece, dernek özgürlüğüne yönelik düzenlemeye Anayasada açıkça yer verilmemesine rağmen, söz konusu özgürlüğe anayasal bir değer verilerek dernek kurma özgürlüğü teminat altına alınmıştır³⁵⁴.

Konsey, Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunmasının da kendi yetki alanı içerisinde olduğunu belirterek, anayasaya uygunluk denetiminde, kanunun sadece Anayasa metnine uygun olup olmadığını değil aynı zamanda onun Anayasanın başlangıcına, başlangıçta atıf yapılan Fransız İnsan ve

³⁵¹ M. Fatin-Rouge Stefanini, “Le Conseil Constitutionnel Dans La Révision Constitutionnelle du 23 Juillet 2008 Sur La Modernisation Des Institutions”, *Revue de Française Droit Constitutionnel*, no.78, (2009) 273.

³⁵² James Beardsley, “Constitutional Review in France”, *The Supreme Court Review*, Vol.1975, (1975) 190, 225-226. *Liberte d'association Recueil, Conseil Constitutionnel décision 71-44 DC du 16 Juillet 1971*, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>. (Erişim Tarihi: 12.8.2015).

³⁵³ Bakır Çağlar ““Anayasal Yargı” Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı. Bir Örnek-Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 2, S. 2, (1981) 51.

³⁵⁴ John Bell, *French Constitutional Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1994) 150; Tijen Dündar Sezer, “Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 10, S.1, (2008) 23.

Yurttaş Hakları Beyannamesi'ne, dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak Beyanname'de yer verilen tüm ilkelere uygunluğunu da denetlemekle yetkili ve yükümlü olduğunu da beyan etmiştir³⁵⁵. Konsey, 1958 Anayasasının başlangıcını anayasallık bloğuna dahil ederek, başlangıcı yasa koyucuyu bağlayan bir hukuki metin konumuna getirmiş ve başlangıcın anayasallık bloğunun tamamlayıcısı olduğuna karar vererek yetkisini genişletmiştir. Bu kararın, Konseyin 1789 Beyannamesi'ni ve 1946 Anayasasının başlangıç kısmını ölçü norm olarak kullanmaya başlaması ve Konseyin temel haklar açısından bir teminat haline gelmesine ilişkin ilk karar olması nedeniyle büyük bir öneme sahip olduğu belirtilmektedir³⁵⁶.

Böylece Konsey, ilk kez, Anayasanın Başlangıcını anayasaya uygunluk denetiminin referans normları arasına alarak, temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin güvencelere aykırılığı yaptırıma bağlamıştır³⁵⁷. Dolayısıyla Konsey, Fransız Danıştay'ının kişileri yürütmenin keyfi işlemlerine karşı koruyan çizgisini anayasa hukukuna taşımış, artık yasamanın keyfi işlemlerine karşı yurttaşların korunma mekanizması olmuştur. Bu olgu, Fransız anayasa hukukunun iki temel dayanağının değiştiğini göstermektedir. İlk olarak Rousseaucu demokrasinin temel önermesi olan yasanın genel iradenin ürünü olduğu savı anayasanın üstünlüğü ilkesiyle aşılmıştır. Anayasa Konseyi, 23 Ağustos 1985 tarihli kararında, yasa “*genel iradeyi anayasaya saygı çerçevesinde ifade eder*” diyerek, genel iradenin sınırsız yasa yapmasının söz konusu olamayacağını ve bir yasanın genel iradeyi yansıtabilmesi için anayasaya uygun olması gerekliliğini ortaya koymuştur. İkinci olarak ise, 1970'li yıllarda yaşanan bu büyük değişim, 1974 yılında parlamentodaki azınlığa anayasa yargısına başvurma olanağı tanıyan anayasa değişikliğini gündeme getirmiştir. Anayasa Konseyine kanunlar hakkında başvurma yetkisi Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarına aitken, 1974 anayasa değişikliği ile bu yetki altmış milletvekili ve altmış senatöre de tanınmıştır. Bu süreç, Fransa'da bir kamu görevi ya da makamı olarak

³⁵⁵ Chen / Maduro 102.

³⁵⁶Beardsley 225-226.

³⁵⁷Liav Orgad, “The Preamble in Constitutional Interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.8, No.4, (2010) 728.

görülen yargının, ayrı bir erk haline geldiğinin de açık göstergesidir³⁵⁸. Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin yargısallaşması sürecindeki iki dönüm noktasından ilki, Anayasa Konseyinin 16 Temmuz 1971 tarihli kararı iken, ikincisi 1974 yılında yapılan bu anayasa değişikliğidir. Bütününe bakıldığında, bu iki nokta, hukuk devleti ilkesinin sağlanması ve kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin yargısallaşması bakımından önemli adımlar olarak görülmektedir³⁵⁹. Bu durum Anayasa Konseyinin yetkisinin de kuvvetlendirilmesi anlamına gelmekte ve temel hakların korunmasını sağlama görevinin geniş bir alana yayıldığını pekiştirmektedir. Başvurma yetkisinin genişletilmesi aynı zamanda Parlamentonun, daha önce Senato Başkanı tarafından yürütülen “özgürlüklerin koruyucusu” rolünü üstlenmesine de yol açmıştır³⁶⁰.

Yapılan bu değişikliklere rağmen, “parlamentonun üstünlüğü” ilkesinin baskısından ve etkilerinden kurtulamamış ve anayasaya uygunluk denetimi yapmakla yetkilendirilmiş bu organ, Avrupa ülkelerinde mevcut olan anayasaya uygunluk denetimi yapan organlara nazaran daha zayıf olarak nitelendirilmiştir. Yasama organınca kabul edilen bir kanunun yürürlüğe girmesinden önce Anayasada belirlenen kişi ve makamların başvurusu ile Anayasa Konseyi tarafından gerçekleştirilen bu önleyici soyut norm denetimi³⁶¹, başlangıçta, gerek Anayasanın hazırlık sürecinin aktörleri, gerekse öğreti tarafından, parlamento ve hükümet arasındaki yetki dağılımı ve dengenin sağlanması işlevinin bir uzantısı olarak siyasi bir görev şeklinde değerlendirilmiştir³⁶². Nitekim Konseyin özellikle ilk kurulduğu dönemde yapmış olduğu denetimlerin, hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğu, hatta Parlamentoda yer alan üçüncü bir meclis gibi çalıştığı³⁶³ ve siyasi yönü etkin bir denetim organı olduğu düşünülse de, son dönemde

³⁵⁸ Atilla Nalbant, “Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri (İki Örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları)”, *Argumentum*, Y. 2, S. 18, (Ocak 1992) 53-54.

³⁵⁹ Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 25e édition, (Paris: Montchrestien, 2011) 746; Öztürk 1193.

³⁶⁰ Silvia Bednarik, *Präventive Normenkontrolle Durch Verfassungsgerichte – Eine Staatsrechtliche Und Rechtsvergleichende Untersuchung Im Europäischen Raum*. (Berlin: Logos Verlag, 2012) 239.

³⁶¹ Detaylı bilgi için bkz. Jean Gicquel et Jean- Eric Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 745 vd.

³⁶² Francis Hamon, Michel Troper et Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel*, 27e ed., (Paris: L.G.D.J., 2001)714; Mauro Cappelletti, “Judicial Review in the Contemporary World”, (Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1971) 2-6; Dominique Schnapper, *Une Sociologie au Conseil Constitutionnel*, (Paris: Gallimard, 2010) 53 vd.

³⁶³ Alec Stone, “Where Judicial Politics Are Legislative Politics: The French Constitutional Council”, *West European Politics*, Vol.5, Num.3, (July 1992) 29-30; Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics In*

almış olduğu kararlar doğrultusunda bir tür yargılama mercii olarak gelişme gösterdiği ifade edilmektedir³⁶⁴. Anayasa Konseyi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini gerçekleştiren bir mahkeme olarak kabul görmemiş olsa da, esas olarak parlamentonun içine sıkıştırıldığı dar çerçeveyi aşarak zaman içerisinde bir tür anayasa mahkemesi konumuna yükselmiştir³⁶⁵.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından Konsey, tamamen yargısal işleve sahip bir denetim organı olarak değerlendirilirken, bazı yazarlar ise önleyici denetim ile Anayasa Konseyinin siyasi bağlamda yasama fonksiyonunu yerine getirdiğini ileri sürmektedirler³⁶⁶. Doktrinde Çağlar, ön denetim tekniklerinin kullanılmasının, bir organın yaptığı anayasaya uygunluk denetimini siyasal denetim olarak değerlendirmeye yetmeyeceğini, ön denetimin başka ülkelerde de görüldüğünü ve bu hususun onlardaki denetimin siyasi denetim sayılmasına yol açmadığına işaret etmekte ve bu bağlamda Fransız Anayasa Konseyinin yaptığı denetimi de yargısal denetim olarak nitelendirmektedir³⁶⁷. Fransız Anayasa Konseyinin, siyasi denetimden yargısal denetime geçişteki bu işlev değişikliği, Konseyin 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasasının Başlangıç metni yoluyla, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'ni ve 1946 Anayasasının Başlangıç metninde ifadesini bulan insan haklarını denetimde dikkate aldığı ünlü 16 Temmuz 1971 tarihli kararıyla başlayan bir “uzun yürüyüş” olarak adlandırmaktadır³⁶⁸. Stone da, 1970'li yılların sonu itibarıyla, Anayasa Konseyini bir yargısal veya “mahkeme benzeri” (*court-like*) bir organ olarak değerlendirmektedir³⁶⁹. Yazar, daha yeni bir çalışmada, 1958 Anayasası hazırlanırken, de Gaulle'ün

France - The Constitutional Council In Comparative Perspective, (New York: Oxford University Press, 1992) 8-10; Ferejohn / Pasquino 1675.

³⁶⁴Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 59, 77; Martin Harrison, “The French Constitutional Council: A Study in Institutional Change”, *Political Studies*, Vol.XXXVIII, Num.4 (December 1990) 618-619.

³⁶⁵ Fatih Çelebi, “Fransa Millet Meclisi Üzerine”, *Yasama Dergisi*, S. 21, Mayıs – Haziran – Temmuz – Ağustos, “İçtüzük Özel Sayısı”, (2012) 55; Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2012) 160.

³⁶⁶ Yves Gaudemet, “Brouillard dans les institutions: A propos de l'exception d'inconstitutionnalité”, *Revue de droit public*, n° 3 (2009) 585-586; Burgorgue-Larsen 798; Federico Fabbrini, “Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of a posteriori Constitutional Review of Legislation”, *German Law Journal*, C.9, S.10 (2008), 1307 vd.; Quirico 82-83.

³⁶⁷ Çağlar, *Anayasa Bilimi*, 190.

³⁶⁸ Bakır Çağlar, “Fransız Anayasa Konseyi'ni 'Yeniden' Düşünmek”, *Ümit Doğanay Armağanı*, II. Cilt, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, 1982) 373.

³⁶⁹ Alec Stone, “Where Judicial Politics Are Legislative Politics: The French Constitutional Council”, *West European Politics*, Vol. 15, Issue 3 (1992) 32.

istememiş olmasına karşın, Anayasa Konseyinin 1971 tarihli kararından sonra, Fransa'nın hem etkin bir temel haklar anlayışına, hem de etkin bir Anayasa Mahkemesine sahip olduğunu söylemektedir³⁷⁰. Benzer şekilde Teziç de, Fransız Anayasa Konseyini, her ne kadar “Siyasî Denetim” başlığı altında inceliyorsa da, bu konudaki değişime değinmekte ve “*Kuruluşunda tamamen siyasî nitelikte olan Anayasa Konseyi, zamanla verdiği kararları ile bir çeşit yargılama makamı olarak gelişecektir. Özellikle 16 Temmuz 1971 ve 28 Kasım 1973 tarihli iki önemli kararı ile Anayasanın “Başlangıç” kısmını ölçü-norm olarak değerlendirmesi karşısında, Anayasa Konseyinin bu ülkede artık bir anayasa yargıcısı olma özelliği taşıdığı ileri sürülmektedir*” ifadelerine yer vermektedir³⁷¹. Yazar bunun yanı sıra, 1974’de Konseye başvurma yetkisinin genişletilmesi, öte yandan 1992 tarihli anayasa değişikliği ile milletlerarası antlaşmaların onaylanmasından önce, başvuruda bulunacaklara, Anayasaya uygunluk denetimi için Konseye başvurma yetkisinin tanınması ve 23 Temmuz 2008’de yapılan anayasa değişikliği ile somut norm denetimin öngörülmesinin, Konseyi tipik bir anayasa mahkemesi konumuna getirdiği düşüncesindedir.

1958 Anayasasının ilk halinde Konseyin, parlamento ve hükümet arasında yetkilerin kullanılmasında düzenleyici olma gibi siyasi bir işlevi varken, son yapılan değişiklikler neticesinde artık yargılama işlevi olan bir organ konumuna gelmiştir³⁷². Anayasada değişiklik yapılmadan önce, Fransız Anayasa Konseyi, belli siyasi organların başvurusu üzerine, yalnızca yasaların yürürlüğe girmelerinden önce ve soyut bir denetim yapmakla yetkiliyken, zaman içinde oluşturduğu içtihatlar neticesinde, sistem içerisindeki ağırlığını önemli ölçüde arttırarak, büyük bir saygınlık kazanmış olsa da, bu temel esas aynı kalmıştır. Anayasanın seksen dokuz maddesinin otuz üçünde, 2008-724 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Kanun’un kabulü ile önemli değişiklikler yapılarak, Cumhuriyetin neredeyse tüm kurumları, bu önemli değişikliklerden payını almıştır. Bu nedenle 2008 yılı, Fransa için “V. Cumhuriyet Kurumlarının

³⁷⁰ Alec Stone-Sweet, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, (Oxford University Press, 2000) 41.

³⁷¹ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 215. 2008 öncesindeki düzenlemeye ilişkin olarak *Tunç*, Anayasa Konseyi’ni, faaliyetleri itibarıyla siyasi ve yargısal denetim arası bir yerde görmekte ve siyasi yönü etkin bir denetim organı olarak değerlendirmeydi. Bkz. *Tunç*, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 77.

³⁷² Teziç, *Anayasa Hukuku*, 215; Konseyin “mahkeme” olarak nitelendirildiği ve Konseyin denetim faaliyetinin bütünüyle yargısal olduğu yönelik olarak bkz. Cappalletti, *Judicial Review*, 16-18; Leon Jozeau-Marigne, “Fransız Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.4 (1987) 53.

Modernleştirilmesi” yılı olmuştur. Söz konusu değişiklikler, temel olarak üç alanda önemli yenilikler getirmiştir. Bu alanlardan ilki, Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasındaki ilişkilerin düzenlenmesine; ikincisi, Parlamento’nun çalışma biçimlerine ve üçüncüsü de, “vatandaşların haklarına” ve bu hakların en etkin koruma mekanizması olan Anayasa Konseyinin yeniden yapılandırılmasına ilişkindir³⁷³. Anayasa Konseyinin oluşumuna ilişkin m.56 değiştirilmiş ve şu şekilde düzenlenmiştir: “*Anayasa Konseyi dokuz üyeden oluşur, görev süreleri dokuz yıldır ve bu süre uzatılamaz. Üyelerin üçte biri her üç yılda bir yenilenir. Üyelerden üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi Başkanı, üçü de Senato Başkanı tarafından atanır. Bu atamalarda 13’üncü maddenin son fıkrasında belirtilen usul uygulanır. Meclis Başkanlarınca yapılan atamalar sadece görüşünü almak amacıyla ilgili Meclisteki daimi komiteye sunulur.*” Bu anayasa değişikliğinden sonra³⁷⁴ Konsey; hükümet ve çoğunluk arasında, çoğunluk ile muhalefet arasında yaşanan siyasal uyuşmazlıkları hukuki uzlaşmaya dönüştürerek hukuki platformda çözüme fonksiyonunu yerine getirmektedir³⁷⁵. Dolayısıyla Konsey, aynı zamanda “kamu yetkilerinin düzenleyici organı” olarak hareket etmektedir³⁷⁶.

Hans Kelsen tarafından oluşturulmuş normlar hiyerarşisi görüşüne uygun olarak, Anayasa bu hiyerarşinin en üstünde yer almaktadır ve Avrupa’daki sistemlerde anayasaya uygunluk kontrolü somut norm denetimi üzerinden “ad hoc” bir organ tarafından yapıldığından³⁷⁷, bu organlar yargısal bir fonksiyonu yerine getirmektedir³⁷⁸. Fransa’da ise ancak yüksek anayasa organlarının başvurusuyla önleyici bir anayasallık denetimi yapabilen Anayasa Konseyi başlangıçta “siyasi bir organ” olarak görülürken,

³⁷³ Fabbrini 1299; Gönenç, “Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar”, 19.

³⁷⁴ İlgili maddede yapılan değişiklik, atama yetkisinin Anayasa m.13’de düzenlenen atama yetkisi kullanılırken esas alınacak usulün Anayasa Konseyine üye atanmasında da uygulanacağına ilişkindir.

³⁷⁵ Çağlar, ““Anayasal Yargı” Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı”, 56.

³⁷⁶ Jean-Claude Goshens, “À propos du Conseil constitutionnel”, *Revue de droit public*, N° 3, (2009): 589-591.

³⁷⁷ M.Yves Mény, “Révolution constitutionnelle et démocratie: Chances et risques d’une nouvelle définition de la démocratie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantenaire du Conseil constitutionnel); <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-hors-serie-2009/revolution-constitutionnelle-et-democratie-chances-et-risques-d-une-nouvelle-definition-de-la-democratie.138654.html> (Erişim Tarihi: 24.05.2015).

³⁷⁸ Franco Bile, “Introduction: Cinquante ans de contrôle de constitutionnalité en Europe”, *Nouveaux Cahiers du Conseil*, Cahiers Hors Série, 2009, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-hors-serie-2009/introduction-50-ans-de-controle-de-constitutionnalite-en-europe.138653.html> (Erişim Tarihi: 24.05.2015).

bugün Fransız anayasa literatüründe bir “yargı organı” olarak kabul edilmektedir³⁷⁹. Fonksiyonuna bakılınca, giderici olarak yapılan anayasaya uygunluk kontrolünün doğası gereği tamamen yargısal bir faaliyet olduğu ortadayken, Anayasa Konseyinin önleyici denetim olarak yaptığı anayasaya uygunluk kontrolünün de siyasi olmaktan ziyade yargısal nitelikte olduğunun kabul edilmesi uygun olacaktır. Zira giderici denetim ve önleyici denetim bakımından ortak nokta, normun anayasaya uygunluğunu sağlamak amacıyla değerlendirerek, normu ortadan kaldıran (“pozitif” *élimination*) veya onu tamamlayan (*kıstasta öngörülme*yen kuralın “negatif” *élimination*) bir denetim organı öngörülmüş olsa da³⁸⁰, giderici denetimle önleyici denetim neticesinde ortaya çıkan sonuçlar aynı değildir.

Önleyici denetim çoğunlukla kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde değerlendirilen ve yasama yetkisine müdahale olarak görülen bir denetim yolu olduğundan, ülkeler tarafından, anayasalarında belirlenen hukuki işlemler ve kişiler tarafından başvurulması öngörülen sınırlı bir denetim yoludur. Tarihsel sürece bakıldığında ise, anayasa mahkemelerinin kurulmasına karşı gösterilen direncin kırılmasının ardından, mahkemelerin niteliğinin belirlenmesine ilişkin arayış, anayasa yargısı kapsamının belirlenmesinde konuya ilişkin değişikliklerin yapılmasına da sebep olmuştur.

Bu bağlamda, önleyici denetim modelini benimseyen Fransa dışında, farklı Avrupa ülkeleri tarafından da bu denetimin benimsendiği fakat başvuru hukuki işlemler bakımından farklılıklar taşıdıkları görülmektedir. Dolayısıyla, anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetim modeli, bu modeli uygulayan ülkelerde önleyici denetime konu olan hukuki işlemler bazında ele alınarak açıklanacaktır.

³⁷⁹Kanadoğlu, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, 64.

³⁸⁰Bile 47.

III. ÖNLEYİCİ DENETİMİN KONUSU OLAN HUKUKİ İŞLEMLER

Anayasaya uygunluk denetimine konu olan hukuki işlemlerin başında gelen kanunlar, meclis içtüzükleri, anayasa değişiklikleri ve uluslararası antlaşmaların hangilerinin, ne şekilde ve nasıl bir inceleme yöntemiyle değerlendirilerek denetime tabi tutulacağı, söz konusu düzenlemelerin normlar hiyerarşisindeki yerlerine ve denetim organlarının yapısına göre farklılık göstermektedir.

Batı Avrupa ülkelerinde var olan anayasaya uygunluk denetimi sistemlerine bakıldığında, bu ülkeler arasında anayasa mahkemesi tarafından yapılan önleyici norm denetimi bakımından birbirinden farklı resimlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Kimi ülke sistemlerinde, önleyici denetim tek başına uygulanırken kimilerinde ise giderici denetimle birlikte uygulanmaktadır. Birçok doğu Avrupa ülkesinde ise, anayasa mahkemelerinin kurulması ve anayasa yargısının oluşturulması, demokratik bir hukuk devleti ve anayasal devlet çalışmaları çerçevesinde hayata geçirilmiştir. Doğu Avrupa'da, Alman - Avusturya modelinde bulunan, kurumsal ve bağımsız bir anayasa mahkemesi yargılaması örnek olarak alınmıştır. Ancak söz konusu anayasa yargısı sisteminin kurulma çalışmalarında, sadece sahip olduğu kapsamlı yetkilerle özellik arz eden Alman - Avusturya modeli örnek olarak alınmakla kalmamış, bu sistemin şekillendirilmesinde, karakteristik önleyici norm denetimi sistemini benimseyen Fransız modeli de büyük ilgi görmüştür. Örneğin Romanya'da anayasa yargısı sistemi öncelikli olarak önleyici norm denetimi sisteminden yola çıkmıştır. Aynı şekilde, ayrı bir anayasa mahkemesine sahip olmayan Estonya Anayasa sisteminde de önleyici norm denetimi oldukça kapsamlı bir şekilde kabul edilmiştir. Bu durum, doğu Avrupa ülkelerinde önleyici norm denetimi sisteminin birbirinden farklı şekillerde düzenlendiğini de göstermektedir³⁸¹.

Bu başlık altında, anayasaya uygunluk denetimine ilişkin düzenlemeler Avrupa ülkeleri esas alınarak, denetimin konu olduğu hukuki işlemler açısından karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Önleyici norm denetimine konu olan hukuki işlemlere ilişkin bu kısımda, ülkeler buldukları bölgeler açısından yapılacak bir gruplandırma usulü

³⁸¹Bednarik 273.

benimsenerek değerlendirilecektir. Yapılan bu sınıflandırmanın nedeni, mevcut konjonktüre dayalı yapısal bütünlüğe, ülkelerin komşu olmaları nedeniyle birbirinden etkilenmelerine ve rejim değişiklikleri neticesinde hazırlanan yeni anayasalarla anayasa yargısının yapısında yapılan değişikliklere dayanmaktadır. Bu çerçevede incelenen ülkeler, denetim usulü, denetim şekli ve denetimi yapan organlar bakımından detaylı olarak incelenecektir. Türkiye açısından önleyici bir denetim modelinin değerlendirilmesi, bu denetimi uygulayan ülkelerin mevcut düzenlemelerinin incelenmesi üzerine kurulacağı için, konunun önemi açısından Türkiye’de uygulanan anayasaya uygunluk denetimiyle birlikte önleyici denetim modeline ilişkin değerlendirmeye III. Bölümde yer verilecektir.

A. Kanun

Hukuki işlemlerin başında gelen kanuna ilişki bir tanım yapılırken maddi ve şekli ölçütlerden yararlanılmaktadır. Maddi ölçüt kanunun içeriğinden hareket ederek soyut, genel, sürekli ve kişisel olmayan kurallar bütünü olarak tanımlarken, şekli ölçüte göre ise yapan organ esas alınmaktadır³⁸².

1. Batı Avrupa Ülkeleri

1.1. Fransa

Genel olarak ifade etmek gerekirse Fransa’da kanunların anayasaya uygunluk denetimi önleyici ve soyut niteliktedir. Bu denetime, anayasada öngörülen kişiler tarafından, kanunlar yürürlüğe girmeden önce³⁸³ başvurulabilmektedir. Denetim yetkisinin önleyici denetimle sınırlandırılmasının amacı, kanunların yapımına ilişkin

³⁸² Tanör / Yüzbaşıoğlu 296.

³⁸³ Fransa’da kanunların anayasaya aykırılığının önleyici (a priori) denetiminin köklü bir geleneğe sahip olduğunu belirtilmektedir. Eski rejim döneminde Kral fermanlarını Krallığın temel kanunlarına aykırı bularak uygulamayı reddeden parlamento üyelerinin, aslında önleyici bir anayasaya uygunluk denetimi yaptıkları savunulmaktadır. Gaudemet 582.

olarak kanun koyucunun bir diğer deyişle parlamentonun sorumluluğu ilkesini korumaktır. Önleyici denetimle ilgili bu bilinçli sınırlama, kanun koyucuyu koruma amacıyla tercih edilmiştir. Kanunların bu şekilde kontrol edilmesi dar anlamda “genel irade” düşüncesi ile çelişki içinde bulunsa da, önleyici denetim bağlamında Almanya’da ortaya çıkan kuvvetler ayrılığını ihlal etme çekincesine ilişkin tartışma Fransa’da yaşanmamıştır³⁸⁴.

1958 Anayasasının ilk biçiminde öngörülen önleyici ve soyut nitelikteki anayasaya uygunluk denetimine başvurabilme yetkisinin, yalnızca Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Meclis Başkanlarına tanınması, bu denetimin siyasal niteliğinin baskın olduğunu ortaya koymaktaydı³⁸⁵. O dönemde mevcut olan sistemde, bir kanunun yürürlüğe girdikten sonra anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kılınması mümkün olmadığı gibi, öngörülen yasal düzenlemenin muhatabı olan kişiler, denetim mekanizmasını doğrudan ya da dolaylı olarak harekete geçirme olanağından da yoksundu³⁸⁶. Bunun yanı sıra, belirlenen kişiler dışında Anayasa Konseyine başvurulmaması veya kanunlar yürürlüğe girdikten sonra herhangi bir denetim mekanizmasının işletilememesi anayasaya aykırı kanunların süresiz olarak yürürlükte kalmalarına yol açmaktaydı³⁸⁷.

Bu eksikliğin fark edilmesine ve ilgili düzenlemeyi değiştirmeye yönelik bir adımın atılmasına sebep olan en önemli etken, Anayasa Konseyinin, anayasanın başlangıç kısmının hukuki bir değerinin olduğunu kabul ederek bu kısmı anayasallık bloğu içerisine dahil ettiği³⁸⁸ ve 1789 Bildirgesi ve 1946 Anayasasının başlangıç kısmının denetim için referans metin olarak kabul ederek denetim alanını genişlettiği³⁸⁹ 16 Temmuz 1971 tarihli “dernek özgürlüğüne” ilişkin kararıdır. Bu karar, anayasaya

³⁸⁴Bednarik 237.

³⁸⁵Gicquel / Gicquel 735. Anayasa Konseyinin 1958'de parlamento ve hükümet arasındaki yetki dağılımını sağlamakla görevli bir "siyasi otorite" niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

³⁸⁶Öztürk 1192.

³⁸⁷Bednarik 235.

³⁸⁸ Constance Grewe, “Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne: quelques comparaisons avec le système français”, *La question prioritaire de constitutionnalité*. Pouvoirs n° 137, (Avril 2011) 144.

³⁸⁹ Olivier Jouanjan, “Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France: un bilan critique”, *Revue internationale de droit politique*, Jus Politicum, n°2, (2009) 2, http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP2_Jouanjan_modeles_representation_justice.pdf (Erişim Tarihi: 12.10.2015).

uygunluk denetimi açısından önemli bir karar olarak kabul edilir. Nitekim bu karar önleyici denetime konu yapılan kanunların sayısında önemli bir etki yaratmamış olsa da, 1958 tarihli Anayasanın ilk şeklinde Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarına ait olan kanunlar hakkında Anayasa Konseyine başvurma yetkisi, bu karardan sonra yapılan 29 Ekim 1974 tarihli anayasa değişikliği ile altmış milletvekili ve altmış senatöre de tanınarak genişletilmiştir³⁹⁰.

En son 2008’de yapılan ve 2010’da yürürlüğe giren anayasa değişiklikleriyle de hem Anayasa Konseyinin üyelerinin atanma usulü değiştirilmiş³⁹¹, hem de anayasaya uygunluk denetimine ilişkin başvuru araçlarına somut norm denetimi eklenerek, hukuk devletini koruma amacına hizmet edilmiştir. Dolayısıyla Fransa’da uygulanan anayasaya uygunluk bakımından önleyici norm denetimi, tek başına bir başvuru yolu olma özelliğini, 1 Mart 2010 tarihinde yürürlüğe giren giderici norm denetiminin kabulüyle kaybetmiştir³⁹². Fransız hukukunda kanunların anayasaya uygunluk denetiminin somut norm denetimi aracılığıyla denetlenebilmesine olanak tanıyan 2008 Anayasa değişikliğini de, anayasaya uygunluk denetiminin kapsamının genişletilmesine yönelik yapılan reformların bir uzantısı olarak kabul etmek gerekmektedir³⁹³. Kişilerin anayasal haklarını etkili biçimde kullanabilmelerine olanak tanımak, hukuk düzenini anayasaya aykırı yasal düzenlemelerden arındırmak ve hukuk düzeni içerisinde anayasanın

³⁹⁰Jean-François Kerleo, “ Les lois non déferées au contrôle de constitutionnalité a priori”, http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/RGD_2014_AC_03.pdf (Erişim Tarihi: 09.10.2015). Christoph Schönberger, “Le Conseil constitutionnel vu d’Allemagne: une marche difficile vers le sommet juridictionnel” - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 25 (Dossier : 50ème anniversaire) - Août (2009) 2. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/le-conseil-constitutionnel-vu-d-alle-magne-une-marche-difficile-vers-le-sommet-juridictionnel.51710.html> (Erişim Tarihi: 11.12.2015).

³⁹¹ Bu atamalarda 13. maddenin son fıkrasında belirtilen usul uygulanır. Meclis Başkanları tarafından yapılan atamalar, ilgili Meclisteki daimi komiteye sadece görüşünü almak amacıyla sunulur. Anayasanın 13.maddesinin son fıkrası uyarınca, ulusun haklarının ve özgürlüklerinin ya da ekonomik ve sosyal hayatının teminat altına alınmasının önemi nedeniyle atama yetkisinin, her bir Meclisteki ilgili daimi komisyonlarla birlikte kamuoyunun görüşü alınarak kullanılacağı, her iki komisyonun aleyhte kullandıkları oy toplamının iki komisyonun kullandığı toplam oy sayısının beşte üçüne eşit olduğu hallerde ise Cumhurbaşkanı tarafından atama yapılmayacağı düzenlenmiştir.

³⁹² Bkz. 78-80.

³⁹³1990 ve 1993 yıllarında somut norm denetiminin uygulanmasına ilişkin olarak Anayasada bu yönde değişiklik yapılması önerilmiş ancak bu öneriler hayata geçirilememiştir. 2008 Anayasa değişikliği ile getirilen düzenleme, aslında önceki iki teklifin bir uzantısı şeklindedir. 2008 yılındaki değişikliğin benimsenmesinin tek sebebi,yasama organına hakim olan zihniyetin değişmesi ve bu denetimin kabul edilmesine yönelik bir birliğin ancak sağlanabilmesidir. Julie Benetti, “La question prioritaire de constitutionnalité. La genèse de la réforme (de 1990 à 2009)”, *AJDA*, n°2, (2010) 74 vd.

üstünlüğünü sağlamak amaçlarına hizmet ettiği savunulan³⁹⁴ bu Anayasa değişikliği, “Anayasa’yı yurttaşın malı haline getiren gerçek bir hukuk devrimi” olarak algılanmaktadır³⁹⁵.

Fransa Anayasası m.61 gereğince, yasaların anayasaya uygunluk denetimi, “*referandum neticesinde Fransız halkınca kabul edilen ve ulusal iradenin doğrudan ifadesini oluşturan yasalar istisna olmak üzere sadece Parlamento tarafından kabul edilen yasalar*” açısından mümkündür³⁹⁶. Anayasa m.61/2’ye göre, olağan yasaların yayımlanmalarından önce, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi Başkanı ve Cumhuriyet Senatosu Başkanı, altmış milletvekili ve altmış senatörün başvurusu üzerine Anayasa Konseyi tarafından anayasaya uygunluk denetiminden geçirilecekleri hükme bağlanmıştır³⁹⁷.

Önleyici denetim sınırlı ancak etkili bir sistemdir. Sınırlı bir sistemdir, çünkü kanunların yayımlanmasından önce işletilebilir; kanun bir kez yayımlandıktan sonra artık onun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmek olanağı yoktur. Öte yandan bu sistem etkili bir sistemdir, çünkü Anayasa Konseyinin Anayasaya aykırılığı tespit etmesi halinde, yasaların yürürlüğe girmesi engellenmektedir. Keza sistemin etkinliği biraz da kanunların Anayasa yargıcının önüne getirilebilmesindeki kolaylığa bağlıdır³⁹⁸. Bu bağlamda, Fransa’da önleyici denetimin yanı sıra, giderici denetimin de kabul edilmesiyle beraber bu etkililik artırılmış ve kabul edilme amacına hizmet etmeye başlamıştır³⁹⁹.

³⁹⁴ Bertrand Mathieu, "La question prioritaire de constitutionnalité: les améliorations apportées par l'Assemblée nationale au projet de loi organique", La Semaine juridique, Édition générale, n° 40, (2009) 11.

³⁹⁵ Öztürk 1194.

³⁹⁶ Bruno Genevois, "Les Limites D'Ordre Juridique à l'intervention du Pouvoir Constituant", *RFDA* 14 (5) Septembre-Octobre (1998) 918.

³⁹⁷ Muammer Oytan, “Fransa’da Anayasa Konseyinin Kuruluşu Görevleri ve İşleyişi Konusunda Bir İnceleme”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 13, S. 13 (1980) 30; Jozeau-Marigne, 54.

³⁹⁸ Oytan 30.

³⁹⁹ Michel Leroy, “Le Contrôle Des Lois Dans L’union Européenne et en Belgique”, 2, http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/8_le_controle.pdf (Erişim Tarihi: 26.04.2016).

1.2. Almanya

Federal Almanya’da kural olarak giderici denetim usulü benimsenmiş, ancak uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunları bu usulün istisnası olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla federal düzeyde yapılan yasama faaliyetleri açısından önleyici denetim söz konusu olmamaktadır. Ancak federal boyutta karşı çıkılmasına rağmen Almanya’nın bazı eyaletlerinde, ilgili eyalet anayasa mahkemelerinin yetkileri arasında kanunlar bakımından önleyici denetim yapma yetkisi de sayılmaktadır. Keza, Almanya’daki bazı eyaletler, federal düzeyde karşı çıkılan önleyici denetim usulüne, anayasal yetkiler arasında yer vermektedir. Böylece, Almanya’nın bazı eyaletlerinde önleyici denetim sistemi tanınmakta ve uygulanmaktadır.

Eyalet özelinde ortaya çıkan önleyici denetim, kanun tasarılarının anayasa mahkemesi tarafından kontrol edilmesini kapsamaktadır. Kanun tasarılarının denetlendiği bu süreç, gerçek anlamda bir norm denetimi olarak hesaba katılmayıp, kategori olarak “özel bir anayasa uyuşmazlığı” olarak nitelendirilmektedir. Bu durum, anayasa mahkemesi tarafından yapılan denetimin, ilk olarak bu normların oluşumunda nitelik olarak Federal Parlamento tarafından kabul edilen kanunlardan ayrıldığını göstermektedir.

Federal Almanya’nın Bremen, Rheinland-Pfalz ve Niedersachsen eyaletlerinde önleyici denetimin birbirinden farklı türleriyle karşılaşılmaktadır⁴⁰⁰.

Bremen Eyaleti’nde Anayasa Mahkemesinin (Staatsgerichtshof) yetkileri arasında, oldukça detaylı bir şekilde düzenlenen soyut norm denetimine de yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun m.24 ile bağlantılı olarak Bremen Eyalet Anayasası m.140’a göre, hukuk normları Bremen Eyalet Mahkemesi tarafından denetlenebilmektedir. Bu hükme göre, Bremen Anayasa Mahkemesi anayasanın yorumuna ilişkin sorunlar ve anayasa hukukuna ilişkin diğer hususlar hakkında karar vermeye yetkilidir. Bu hüküm aynı zamanda normların oluşumu anında Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini mümkün kılmaktadır. Bremen Eyalet Anayasası m.140’a göre önleyici denetim yargılaması için başvurma hakkına; Senato, Eyalet

⁴⁰⁰Bednarik 215.

Meclisinin beşte biri ve Bremen Eyaletinin bir kamu hukuku tüzel kişisi sahiptir. Eski Hamburg Eyalet Anayasası m.65/2/1 de, Senato veya Eyalet Meclisinin dörtte birinin talebi halinde kanun tasarılarının önleyici denetiminin yapılabileceği düzenlenmiştir. 3 Haziran 2012 tarihinde değiştirilen Hamburg Anayasasında önleyici denetime ilişkin madde korunmuştur. Bunun yanı sıra, m.65/3/1 uyarınca Eyalet Meclisinin dörtte birinin talebi doğrultusunda anayasanın yorumuna ilişkin doğabilecek ihtilaflarda da çözüm merciidir⁴⁰¹.

Hessen Eyaletinde önleyici denetime izin verilip verilmediği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır Bu doğrultuda, Hessen Anayasa Mahkemesi 7.7.1977 tarihinde verdiği bir kararda, Federal Anayasayı kıyasen uygulamak suretiyle Eyalet Anayasa Mahkemesinin önleyici denetim yetkisinin bulunmadığını ifade etmiştir.

Rheinland-Pfalz Eyalet Anayasası 1970 tarihinde yapılan değişiklikten önce, kanun tasarılarının yürürlüğe girinceye kadar m.130/1'e göre Anayasa Mahkemesi tarafından soyut norm denetimine tabi tutulmasını kabul etmekteydi. Bu denetim için Eyalet Hükümeti, Eyalet Meclisi, Meclisteki tüm fraksiyonlar, hakkının etkilendiğini düşünen tüm kamu hukuku tüzel kişileri ve son seçimlerde geçerli oyların en az % 10'unu almış her parti başvuruda bulunabiliyordu. Değişiklikten sonra ise kanun tasarıları için önleyici denetimin önü kapatılmıştır⁴⁰².

1.3. Avusturya

Federal yapıdaki Avusturya'da, anayasaya uygunluk denetimi açısından esas olarak giderici norm denetimi kabul edilmektedir. Avusturya Anayasa Mahkemesinin en önemli yetkisi, m.140'da belirtilen anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen kanunları yürürlükten kaldırabilmesine ilişkindir. Avusturya Anayasası m.140/1'e göre, Anayasa Mahkemesi, bir federal kanunun veya eyalet kanununun anayasaya uygunluğunu denetleyebilir ve anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle m.140/e gereğince iptal

⁴⁰¹Bednarik 216.

⁴⁰²Bednarik 218.

edebilmektedir. Söz konusu bu giderici denetim usulünde Mahkeme, çok sayıda anayasa kurumunun ve bunların çekirdek yetkilerinin şekillendirilmesini sağlamıştır. Mahkemenin bu işlevi uluslararası alanda Avusturya sisteminin tanıtıcı özelliği olarak değerlendirilmiştir⁴⁰³.

Anayasa Mahkemesi tarafından kanun koyma çalışmalarında Federal Meclisin mi yoksa Eyalet Meclislerinin mi yetkili olduklarına ilişkin anayasal soruların cevaplanması ise bu duruma istisna teşkil etmektedir. Avusturya Anayasası m. 138'e göre, Federal Hükümetin ya da bir Eyalet Hükümetinin başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, bir yürütme veya yasama işleminin, federal devlet ya da eyaletten hangisinin sorumluluk alanına girdiğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu, Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen kanunlara yönelik önleyici nitelikteki anayasaya uygunluk kontrolünün tek yoludur⁴⁰⁴. Kanun koyma yetkisi bakımından yaşanacak yetki uyuşmazlıkları, Federal Hükümete ya da Eyalet Hükümetine, istisnai olarak normların yayımlanmalarından önce, yani tasarı aşamasında incelenmesi için başvurma imkânı tanımaktadır.

Bu önleyici norm denetimi usulünde inceleme konusu Anayasa Mahkemesi Kanunu m.54 ve 55'e göre kanun ve yönetmelik tasarılarıdır. Burada Anayasa Mahkemesinin Anayasa m. 138/2 ve Anayasa Mahkemesi Kanunu m.53 ve devamı hükümlerine göre "uyuşmazlık mahkemesi" olarak inceleme yetkisi devreye girmektedir. Bu yetki, incelemenin kapsamı bakımından kesin olarak, Anayasanın yetki hükümlerine uyulup uyulmadığı hususuyla sınırlandırılmıştır ve yetkinin Anayasa Mahkemesi tarafından hangi alana girdiğine ilişkin tespit edici beyanına dayandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi bunun ötesinde bir anayasaya uygunluk denetimi yapmamaktadır.

Kararın etkisi bakımından dikkate değer olan nokta, Anayasa Mahkemesinin yetki sorunu bakımından vereceği kararın, Anayasa Mahkemesi Kanunu m.56/5'e göre Resmi Gazetede yayımlanarak bir hukuk kuralı haline gelmesidir. Bundan sonraki

⁴⁰³Bednarik 244.

⁴⁰⁴Gerhart Holzinger, "La Cour constitutionnelle autrichienne", Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 36 - Juin (2012) 4-5.

aşamada somut bir uyuşmazlık üzerine gelişen bu hukuk kuralı tüm yetki sorunlarında uygulanacaktır. Bu sayede Avusturya Anayasa Mahkemesi, anayasa hukukuna ilişkin yetki hükümlerinde Federal Anayasa kuralına eşdeğer bir yorumlama gerçekleştireceğinden, bu aşamadan sonra Anayasa Mahkemesinin bu tespitten dönmesi, kararın anayasa hükmü niteliğinde olması sebebiyle artık mümkün olmayacaktır.

1.4. İrlanda

İrlanda anayasa yargısı sistemi Amerikan modeline dayanmaktadır. Yargılamayı yapacak mahkemeler, İlk Derece Mahkemeleri, Yargıtay ve Yüksek Mahkeme olmak üzere üç şekilde sınıflandırılmış olup, anayasaya uygunluk denetimini yapacak merci özel bir mahkeme şeklinde kurumsallaştırılmamıştır⁴⁰⁵. Anayasa m.34/4.3 gereğince, Yargıtay, ilk derece mahkemelerinin kararlarının tümünü temyiz yoluyla inceleme yetkisine sahip olduğu için iç hukuktaki yargılama makamlarının en üstüdür. Anayasa m.34/5.1'e göre ise, Yüksek Mahkemeye başvurular anayasada hüküm altına alınan koşullar çerçevesinde yapılmaktadır. Yüksek Mahkeme, hukuk ve ceza mahkemelerinin yargılamaları bakımından Yargıtay'ın yanı sıra nihai temyiz mahkemesi olarak görevlendirilmiştir. Yüksek Mahkemeye başvuru kural olarak, Parlamentonun her iki Meclisi tarafından kabul edilen veya kabul edilmiş sayılan her kanun tasarısı hakkında yapılmaktadır. Anayasa m.26 gereğince, Vergi Kanunu veya Anayasa değişikliği önerisi içeren bir kanun tasarısı veya Anayasa m.24 uyarınca Senatoda görüşülme süresi kısaltılmış bir kanun tasarısı ise bu kuralın istisnalarındır⁴⁰⁶. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, Başkan tarafından bir tasarının anayasaya uygunluğu hakkında yapılan bir başvuru hakkında da karar vermektedir.

⁴⁰⁵ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) "Rights of Access to the Irish Courts for Complaints of Unconstitutionality", 17 November 2009, CDL-JU(2009)037, 2.

⁴⁰⁶ İrlanda Anayasası,

http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Historical_Information/The_Constitution/February_2015_-_Constitution_of_Ireland_.pdf (Erişim Tarihi: 21.11.2016); İrlanda Yüksek Mahkemesi,

<http://www.supremecourt.ie/SupremeCourt/sclibrary3.nsf/pagecurrent/D5F78352A387D74480257315005A419E?opendocument&1=en> (Erişim Tarihi: 21.11.2016).

İrlanda anayasa yargısı sisteminde sadece giderici denetim değil, aynı zamanda parlamentonun kanunlaştırma çalışmalarına yönelik olarak önleyici denetim de düzenlenmiştir. Anayasa m.26/1.1'e göre Başkan, Danıştay'ın da görüşünü aldıktan sonra, bu maddenin geçerli olduğu herhangi bir kanun tasarısını veya tasarının herhangi bir hükmünü Anayasaya veya Anayasada yer alan herhangi bir hükme aykırı olup olmadığı konusunda karar vermesi için Yüksek Mahkeme'ye başvurabilir. Söz konusu başvuru, tasarının Başkana sunulduğu tarihten itibaren en geç yedi gün içerisinde yapılır. Anayasa m.26/2.1'e göre, en az beş yargıçtan oluşan Yüksek Mahkeme, bu madde kapsamında Başkanın kendisine havale ettiği sorunlara ilişkin karar vermek üzere müzakerelerde bulunur⁴⁰⁷ ve Başkan tarafından kendisine gönderilen soruyla ilgili en geç altmış gün içerisinde, yapılacak açık oturumda kararını açıklar. Başkan bu süre içerisinde, Yüksek Mahkeme'ye bu madde kapsamında başvuru konusu olmuş herhangi bir tasarımı, mahkeme kararı açıklanmadan imzalamaz.

Anayasa m.26/2.2'de yer verilen hükme göre, önleyici norm denetiminde hakimlerin çoğunlukla aldıkları karar mahkemenin kararı olarak kabul edilir. Dolayısıyla lehte ve aleyhte herhangi bir görüş ileri sürülemez. Anayasa m.26/3.1 uyarınca, Yüksek Mahkeme yaptığı denetim neticesinde kanun tasarısının herhangi bir hükmünün Anayasaya aykırı olduğu karar verirse, Başkan bu kanun tasarısını imzalamayı reddeder.

Anayasa m.26'ya göre önleyici denetime tabi tutulan hiçbir kanuni düzenleme, yürürlüğe girdikten sonra artık m.34/3.3'e göre giderici denetime tabi tutulamayacaktır. İlgili madde gereğince, hiçbir mahkemenin, Başkanın Anayasa m.26 uyarınca, Yüksek Mahkeme'den görüş istediği bir kanun tasarısı için veya kanun ya da kanunun herhangi bir hükmünün geçerliliğine itiraz etme yetkisi yoktur.

Daha önce önleyici denetime tabi tutulan kanunlara ilişkin bu “muafiyetin” sebebi, Yüksek Mahkeme kararlarının tekrar değerlendirilememesi neticesinde mahkemenin prestijinin korunmasıdır. Ancak bu hüküm, mevcut durumun sonradan değişebileceği ve böylece düzenlemenin sonradan anayasaya aykırı hale gelebileceği

⁴⁰⁷ Bu görüşmeden Cumhuriyet Başsavcısı ve mahkemece atanan bir danışmanın iddialarını başvuru ile birlikte değerlendirir.

gerekeciyle eleştirilmiştir⁴⁰⁸. Fakat anılan bu hüküm bazı yazarlar tarafından, giderici denetimin etkilerini azaltan bir düzenleme olarak görülmemiştir. Yüksek Mahkeme'nin önleyici denetimde verdiği kararlarla bağlı olmadığı ve daha sonradan ilgili kanun hakkında başvuru yapılması halinde, değişen koşulları nazara alarak tekrar bir anayasaya uygunluk denetimi yapabileceği ileri sürülmüştür⁴⁰⁹.

2. Doğu Avrupa Ülkeleri

2.1. Macaristan

Macaristan'da, 1984 yılında "Anayasa Konseyi" adı altında yetkileri sınırlı olan bir kurum oluşturularak, anayasa hükümlerinin yorumlanmasına yönelik olarak yetkilendirilmiştir. Bu kurum, sadece ülkenin anayasal düzeninin korunmasına yönelik olarak anayasaya aykırı bulunan bazı normların denetimini gerçekleştirmiştir. Yapılan bu denetim neticesinde, kanunun veya düzenlemenin iptaline ilişkin son karar yine Parlamento'ya ait olmuştur. Dolayısıyla Anayasa Konseyi, standart bir anayasa mahkemesine öngülenen görevleri yerine getiremediğinden, 1989 yılında yeni bir Anayasa Mahkemesi kurularak, 1 Ocak 1990'da faaliyete başlamıştır⁴¹⁰. 1990'dan bu yana, Anayasa Mahkemesi Macaristan hukuk sisteminde fren ve denge mekanizmasının sağlanmasında önemli bir role sahip olmuştur. Bunun neticesinde Mahkemenin içtihatları aracılığıyla uluslararası bir tanınma kazandığı da Venedik Komisyonu raporlarıyla teyit edilmiştir⁴¹¹.

Macaristan'da anayasa yargısı sistemine sınırlı bir şekilde yer veren anayasal hükümlerin haricinde, Anayasa Mahkemesinin işleyişi ve kuruluşuna ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemeye veya mahkeme tarafından kabul edilmiş yargılama usulüne ilişkin

⁴⁰⁸Michael Forde and David Leonard, *Constitutional Law of Ireland*, Third Edition, (Dublin: Bloomsbury Professional, 2013) 159-162.

⁴⁰⁹Bednarik 264.

⁴¹⁰Gábor Hamza, "Past and Present of Constitutionalism in Central and Eastern Europe", 5.

⁴¹¹European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), "Draft Opinion on the New Constitution of Hungary", Opinion no.618/2011, CDL(2011)032, 6 June 2011, 19.

kurallara yer verilmemişti⁴¹². Bu doğrultuda, 31 Aralık 2011'e kadar yürürlükte olan eski Anayasanın⁴¹³ IV. bölümü tek bir maddeden (m.32/A) ibaret olup, Anayasa Mahkemesine ayrılmıştı. İlgili madde Anayasaya 1989 yılında eklenmiş ve en sonuncusu 2010'da olmak üzere toplamda iki defa değiştirilmiştir.

Eski Anayasa m.32/A/1 uyarınca, Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği ve Anayasa Mahkemesi Kanunu ile kendisine yetki verilen konularda yargılama yapabileceği düzenlenmişti. Aynı maddenin 2.fikrasında ise, Anayasa Mahkemesinin, anayasaya aykırı bulduğu kanunları ve diğer düzenlemeleri iptal edebileceği öngörülüyordu⁴¹⁴. Eski Anayasa m.32/A'da yer alan bu düzenlemeler, yapılan bazı değişikliklerle, yeni Anayasanın 24.maddesinde yer bulmuştur. Macaristan Anayasası m.24/2/a'ya göre, Anayasa Mahkemesi Parlamento tarafından kabul edilen, ancak henüz ilan edilmeyen kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebilmektedir⁴¹⁵.

1989 yılında kurulan ve Parlamento tarafından seçilen on bir üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi, hukuki metinler bakımından hem ön hem de sonradan denetim yapma yetkisine haizdir. Başbakan, Parlamento tarafından kabul edilen bir kanunun imzalanmasından ve yayımlanmasından önce, ilgili kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğuna ilişkin bir şüphe bulunması halinde Anayasa Mahkemesine önleyici denetim için başvurabilmektedir (Anayasa Vetosu). Anayasa Mahkemesi ivedi bir şekilde yaptığı değerlendirme sonucunda söz konusu kanun hükmüne ilişkin anayasaya aykırılık tespit ettiği takdirde, kanun metni Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilen aykırılığın giderilmesi amacıyla tekrar Parlamento'ya gönderilir. Anayasa vetosuna bugüne kadar çok sık başvurulmamış, bu yol sadece önemli bazı olaylarda işletilmiştir⁴¹⁶. Yasama

⁴¹² Katalin Kelemen, "The Hungarian Constitutional Court in the New Constitutional Framework", *III Colloquio Biennale Dei Giovani Comparatisti*, Italy, (28-29 June 2012), 3.

⁴¹³ Macaristan, komünizmin sona ermesinin ardından, hemen yeni bir anayasa yapmayan tek ülkedir. Komünizm sonrası ülke, 2012 yılında yürürlüğe giren yeni anayasanın yapılmasına kadar 1949 yılında yapılan Komünist Dönem Anayasasında yapılan değişiklikler ile yönetilmiştir. 1990-2010 yılları arasında anayasada yirmiden fazla değişiklik yapılmıştır. 18 Nisan 2011 tarihinde kabul edilen yeni Anayasa Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Attila Vincze and Marton Varju, "Hungary: The Fundamental Law" *European Public Law*, Vol.18, Issue.3, (2012) 439.

⁴¹⁴ Kelemen 3.

⁴¹⁵ "Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit", Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2036.

⁴¹⁶ "Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit", Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2036.

sürecine bakmak gerekirse, Macaristan’da Ulusal Mecliste kabul edilen kanunlar zaman kaybedilmeden Meclis Başkanı tarafından Cumhurbaşkanına gönderilir. Cumhurbaşkanı da olağan durumda on beş gün içerisinde, acil hâllerde ise beş gün içerisinde kanunları imzalar ve Macaristan Resmi Gazetesi’nde yayımlar. 1997’den önce, Cumhurbaşkanının, kanunların yayımlanmadan anayasaya uygunluğunun incelenmesini talep etme yetkisinin yanı sıra Ulusal Meclis’in daimi komisyonu veya elli milletvekili de önleyici denetim talebinde bulunabilmekteydi⁴¹⁷. Ancak Macaristan Anayasa Mahkemesinin, önleyici denetime başvurma imkanının bu denli genişletilmesinin yasama sürecine müdahale anlamına geleceği yönünde bir karar vermesi üzerine, Anayasa Mahkemesine, bir kanun koyucu fonksiyonu verilmesi istenmediği için⁴¹⁸ ön denetime ilişkin yetkileri içeren bazı düzenlemeler 1998 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁴¹⁹.

Bu doğrultuda Macaristan’da 2011 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden sonra, Cumhurbaşkanı sahip olduğu yetkiler bakımından konumunu korumuş ve sistem içindeki merkezi rolü devam etmiştir. Kanun koyma faaliyetleri bakımından ise Anayasa m.6/4 gereğince Parlamento tarafından kabul edilen kanunları imzalamadan önce Anayasa Mahkemesinin kontrolüne sunabilmektedir. Bunun dışında ayrıca Cumhurbaşkanı, Anayasa m.6/5’e göre kanunların tamamı veya bazı maddeleri hakkında olumsuz görüşe sahipse, 4. fıkradaki yetkisini kullanarak Anayasa Mahkemesine başvurmamışsa, bir defaya mahsus olmak üzere tekrar değerlendirilmek üzere Parlamento’ya geri gönderebilmektedir. Söz konusu kanunun parlamento tarafından görüşülerek tekrar oylanmasının ardından, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan incelemede herhangi bir Anayasaya aykırılık tespit edilemediği takdirde Cumhurbaşkanı, kanunları yürürlüğe girmesi için imzalamaktadır. Anayasa m.6/6

⁴¹⁷Eroğlu 375; László Trócsányi, “La justice constitutionnelle en Hongrie”, *La Justice Constitutionnelle En Europe Centrale*, Sous la direction de Marc Verdussen, (Paris: Centre D’Etudes Constitutionnelles et Administratives 12, 1997) 64-65.

⁴¹⁸ “Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2036.

⁴¹⁹ Gabor Halmai, “The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? First Decade of the Hungarian Constitutional Court”, *Constitutional Justice, East and West, Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Ed.: Wojciech Sadurski, (Netherlands: Kluwer Law International, 2002) 193; Mustafa Erdoğan, “Anayasa Mahkemesi Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısının ve Demokrasinin Pekişmesi”, *AÜHFD*, C.54, S.3, (2005) 6.

uyarınca; Anayasa Mahkemesi kendisine gönderilen kanunları otuz gün içerisinde incelemek zorundadır. Yapılan inceleme neticesinde anayasaya aykırılık tespit edildiği takdirde, Parlamento anayasaya aykırılığı gidermek amacıyla kanun hakkında tekrar görüşmeler yapar. Bu görüşmelerden sonra oylanan kanunların incelenmesi amacıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulabilir. Anayasa Mahkemesi bu incelemeyi on gün içinde tamamlamak zorundadır⁴²⁰.

Bir kanun tasarısı hakkında anayasaya uygunluk denetimi bakımından önleyici denetim amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasının, yalnızca yasama sürecine fiili bir müdahale anlamı taşımadığı, aynı zamanda normatif bağlamda henüz belirsiz ve mevcut olmayan bir düzenlemenin anayasaya uygunluk bakımından değerlendirilmesi anlamına geldiği yönünde eleştiri getirilmiştir⁴²¹.

2.2. Romanya

1991 tarihli Romanya Anayasası'nın 146. maddesinin "a" bendi uyarınca, yasama organı tarafından kabul edilmiş olan fakat henüz yayımlanmamış bir kanun hakkında, Cumhurbaşkanı, Meclislerden birinin başkanı, Başbakan, Yüksek Adalet Mahkemesi Başkanı, elli milletvekili veya yirmi beş senatör, anayasaya aykırılık gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir.

Bu tür bir başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, söz konusu kanun yasama organına geri gönderilir. Ancak Anayasa m.147/1 uyarınca anayasaya aykırı bulunan yürürlükteki yasa hükümleri, Anayasa Mahkemesi kararlarının yayımlanmasından itibaren kırk beş gün içinde, yasa gereği askıya alınır ve Parlamento veya Hükümet tarafından anayasaya uygun hale getirilmezlerse, yasal geçerliliklerini kaybederler. Anayasa m.147/2 maddesi gereğince ise, yasaların anayasaya aykırı olması durumunda, yasaların yürürlüğe girmesinden önce, Parlamento Anayasa Mahkemesi kararına uygun hale getirmek için bu hükümleri

⁴²⁰ "Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit", Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2036.

⁴²¹ Bednarik 286.

yeniden gözden geçirmekle yükümlüdür. Bu önleyici denetimin yanı sıra, Romanya Anayasa Mahkemesine, bir mahkemede uygulanan kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiası ile de başvurmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi, 2003’de yapılan reformdan önce bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğunu açıkladığında, anayasaya aykırı olan bu kanun, Anayasanın reformdan önceki 145. maddesinin 1. fıkrası gereğince parlamentonun her iki kamarasının üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla olduğu gibi korunabiliyordu. Bu, milli egemenlik ilkesinin bir göstergesi olarak anlaşılmaktaydı. 2003 yılında yapılan reformdan sonra yasamanın “Anayasa Mahkemesi kararlarının üstünlüğünü” ihlal eden nitelikteki bu uygulaması yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükteki Anayasa m.147/2 ile birlikte 47/1992 sayılı Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Yargılaması Hakkındaki Kanunda değişiklik yapan Kanunun m.18/3’e göre Parlamento, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı olduğu tespit edilen kanunlardaki bu aykırılıkları yeniden gözden geçirmek ve Anayasa Mahkemesinin uyarıları doğrultusunda gidermek zorundadır. Parlamentonun bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde Anayasaya aykırı bulunan bu düzenlemeler, Anayasa Mahkemesinin kararının yayımlanmasından itibaren kırk beş gün içerisinde yasal geçerliliklerini kaybederler⁴²².

Romanya Anayasa Mahkemesi, önleyici norm denetimine ilişkin kararlarını Genel Kurulda alır. Genel Kurul, başvurudaki esasları ve anayasaya aykırılığı incelenen hüküm hakkındaki belgeleri ve bu hükümden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan kanunun diğer hükümlerini birlikte değerlendirmektedir. Kanunların anayasaya uygun olduğu hakkındaki kararların ise salt çoğunlukla alınması gerekmektedir⁴²³.

⁴²²Bednarik 292.

⁴²³Bednarik 291-292.

2.3. Polonya

Polonya’da uygulanan yasama faaliyetleri çerçevesinde kural olarak, Sejm (Meclis) tarafından kabul edilen kanun tasarısı imzalanmak üzere Cumhurbaşkanıya sunulur. Cumhurbaşkanı kanun tasarısını imzalamadan önce, Anayasa Mahkemesine, ilgili kanunun anayasaya uygunluğuna yönelik görüşünü almak üzere başvurabilir. Polonya Anayasası m.122/3 gereğince, kanunlara ilişkin Anayasa Mahkemesinin görüşünün alınmasına imkan sağlayan ve “önleyici denetim” şeklinde nitelendirilen bu yola Cumhurbaşkanı başvurabilmektedir. Anayasa m.122/3’e göre, Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesinden ilgili kanun tasarısının anayasaya uygun olduğu yönünde bir görüş alırsa, kanun tasarısını imzalamak zorundadır. Şayet Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, m.122/4 uyarınca, Cumhurbaşkanı, kanun tasarısını imzalamayı reddedebilmektedir. Bununla birlikte, *“eğer anayasaya aykırılık kararı kanun tasarısının belirli hükümleriyle ilgiliyse ve Mahkeme, bunların tasarının tamamıyla ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olduğuna karar vermemişse, o zaman Cumhurbaşkanı, Sejm (Meclis) Başkanının da görüşünü aldıktan sonra, Anayasaya uygun olan hükümleri, aykırı bulunmuş hükümlerden ayırt ederek kanun tasarısını imzalar veya anayasa aykırı bulunan hükümlerin anayasaya uygun hale getirilmesi için tasarımı Sejm’e (Meclis) iade eder”*.

Eğer Cumhurbaşkanı, kanun tasarıya yönelik Anayasa Mahkemesine bir başvuru yapmamışsa, Anayasa m.122/5’e gereğince, kanun tasarısının bir daha görüşülmesine ilişkin talebini gerekçesiyle birlikte üzere Sejm’e (Meclis) gönderme hakkına sahiptir. Sejm’e yeniden görüşülmek üzere gönderilen kanun tasarısı, milletvekili üye tamsayısının en az yarısının hazır bulunduğu bir oylama neticesinde beşte üç çoğunlukla yeniden kabul edilirse, tasarı Cumhurbaşkanı tarafından yedi gün içerisinde imzalanır ve Resmi Gazete’de (Dziennik Ustaw) yayımlanır. Söz konusu kanun tasarısının Sejm tarafından yeniden kabul edilmesi halinde, Cumhurbaşkanı’nın tasarı hakkında Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı bulunmamaktadır.

Önleyici denetim, giderici denetimden konusu, şekli ve yasal sonuçları açısından farklılık göstermektedir. Önleyici denetime, denetime konu olan işlemler henüz

Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmadığı ve dolayısıyla yürürlüğe girmediği için söz konusu işlemlerin bağlayıcılığı söz konusu olmamaktadır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin 15 Eylül 1995 (W 1/95) tarihli kararında, önleyici denetimin acil durumlarda başvurulabilen bir denetim yolu olduğu vurgulanmıştır⁴²⁴ ve Cumhurbaşkanının başvurma yetkisine sahip olduğu bu yol aslında kanun tasarının anayasaya uygunluğunun belirlenmesine yönelik alternatif bir yol olarak kabul edilebilmektedir⁴²⁵. Bu denetim yoluna yapılan başvuru neticesinde 1989'dan bu yana sadece on iki karar alınmıştır⁴²⁶.

2.4. Slovakya

Slovakya'da, önleyici denetim yetkisi farklı organlara verilmiştir. Yasama faaliyetleri sırasında, kanun tasarıları hazırlayanların iç kurumları tarafından her zaman kontrole tabi tutulabileceği gibi, bu kurumların görüşleri de bağlayıcı nitelikte değildir. Hazırlanan tasarıların Parlamente'ye gelmesiyle birlikte, kanun tasarıları konularına göre yetkili komisyonlarca incelenmektedir. Fakat her tasarı Anayasa Komisyonuna sunulurken, anayasaya, uluslararası antlaşmalara ve Avrupa Birliği hukukuna uygunluğu bakımından denetime tabi tutulmak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi giderici denetim yetkisiyle birlikte aynı zamanda önleyici denetim yapabilme yetkisine haizdir. Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi, Cumhurbaşkanı ya da Hükümetin talebi doğrultusunda kullanmaktadır. Başvuru neticesinde herhangi bir

⁴²⁴ Leszek Lech Garlicki, "La justice constitutionnelle en Pologne", *La Justice Constitutionnelle En Europe Centrale, Sous la direction de Marc Verdussen*, (Paris: Centre D'Etudes Constitutionnelles et Administratives 12, 1997) 94.

⁴²⁵ Cvetan Cvetkovski, "The Constitutional-Judicial Central of the Legislature and Executive Powers In Central and Eastern Europe Countries", (Czech Republic: Open Society Institute, March 1999) 33. Sejm tarafından kanun tasarısının kabulü ya da yürürlüğe girebilmesi için Anayasa m.121'de belirlenen kanun yapım süreci tamamlandıktan sonra Sejm (Meclis) Başkanı, kabul edilen tasarımı imzalaması için Cumhurbaşkanına sunar.

⁴²⁶ Pierre Le Bot, Contrôles de Constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe, *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 40*, (Dossier: Le Conseil Constitutionnel : Trois Ans de QPC), (Juin 2013) 135.

anayasaya aykırılık saptanırsa, ilgili düzenleme onaylanmamakta ve dolayısıyla hukuk düzeni içerisinde yer almamaktadır⁴²⁷.

3. Güney Avrupa Ülkeleri

3.1. İtalya

İtalya’da kısa bir süre öncesine kadar Avusturya’dakine benzer şekilde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi bakımından önleyici denetim sistemi uygulanmaktaydı. Önleyici norm denetimi, öncelikli olarak devlet yapılanmasında yer alan merkezi yapı ile bölgeler arasındaki yasama faaliyetleri bakımından, herhangi bir içerik sınırı olmaksızın yaşanan yetki uyuşmazlıklarına ilişkin ihtilafların çözümüne ilişkin başvuru olan bir yoldu⁴²⁸. Bu doğrultuda, İtalya Anayasası eski m.127/3 ve .127/4 uyarınca; İtalyan hükümeti, meclisten geçen bölge kanunlarını, yayımlanmalarından önce anayasaya uygunluk denetimi bakımından Anayasa Mahkemesine başvurabiliyordu.

Yürürlüğe girmesi öngörülen bölge kanunlarının anayasaya uygunluğu hakkında, İtalyan hükümeti tarafından Anayasa Mahkemesine başvurulmasından önce, herhangi bir değişiklik veya aykırılık tespit edilirse, bölgesel kanunlar Anayasa eski m.127/4 gereğince, bölge meclislerine iade edilerek, yapılacak inceleme neticesinde tekrar oylanmaktaydı. İtalyan hükümetinin, bölgesel kanunlara yönelik yaptığı önleyici denetim başvurusu, Anayasa Mahkemesi tarafından, kendi beklentileri doğrultusunda sonuçlandırılırsa, bu kanunlar yürürlüğe girmemekteydi.

İtalyan hükümetine tanınan bu yetkiye karşılık, bölgesel hükümetlere de Federal Kanunla yapılan düzenlemelere ilişkin olarak giderici nitelikte olan soyut norm

⁴²⁷ “Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2035.

⁴²⁸ Bednarik 247; Massimo Luciani, “Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie”, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) – janvier 2010, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51428.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2015).

denetimine başvurabilme imkanı tanınmıştı. Zira tanınan bu yetki, genel kanunların anayasaya uygunluk denetimi için, yürürlüğe girmelerinden itibaren otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurulmasını gerektirdiğinden, süre bakımından kısıtlı bir yetkiydi⁴²⁹. Merkezi devlete, bölgesel kanunlara yönelik tanınan önleyici anayasaya uygunluk denetimine karşılık, Anayasa m.134/3 gereğince bölgelere, bölgeler arasında yaşanan yetki uyuşmazlıklarından kaynaklanan konulara ilişkin Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisi tanınması, bölgelerin başvurma yetkisinin, yetki uyuşmazlıklarına ilişkin olarak sınırlandırılmasına sebep olmuştu⁴³⁰. Süre ve yetki kapsamı dışında öngörülen bir diğer kısıtlama ise, bölgelerin başvurma haklarının, yetki uyuşmazlığına yönelik “özel bir hukuki menfaatin” bulunması şartını getiren Anayasa Mahkemesi içtihatları ile oluşturulmuştu. İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen “özel hukuki menfaat” şartı ile bölgelere tanınan soyut norm denetimine başvuru yetkisinin birbiriyle çelişmesi ise, söz konusu yetkiyi uygulanamaz hale getirmiştir⁴³¹.

Bölge kanunlarının İtalyan hükümetinin başvurusu üzerine önleyici denetime tabi tutulmasına karşılık, bölgelerin başvurularının sadece giderici denetime konu olabilmesinin yanı sıra, başvuru konuları ve yetki denetimi bakımından sınırlandırılması ise usul hukuku açısından açık bir eşitsizlik yaratmaktaydı⁴³². Zira bölge kanunlarının anayasaya uygunluk denetimi amacıyla merkezi hükümet tarafından Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması, bölgelerin yasama faaliyetlerini olumsuz yönde etkilemekteydi. Ayrıca, yetki uyuşmazlıklarına yönelik yapılan önleyici denetimin yaklaşık yirmi aya varan süreçler içerisinde sonuçlandırılması da, yargılama süresinin uzunluğu açısından eleştiri konusu olmuştu⁴³³.

1999-2001 yılları arasında bölgeler ile merkezi devlet arasındaki ilişkilerde gözle görülür bir şekilde, bölgelerin yeniden etkin bir hale gelmesi yönünde bir değişim yaşanmıştır. Bu doğrultuda güçlenen bölgecilik ve başvuru usulü bakımından mevcut

⁴²⁹Quirico 88.

⁴³⁰ Justin Orlando Frosini, “Constitutional Justice”, Introduction to Italian Public Law, Ed.: Giuseppe Franco Ferrari, (Milano: Giuffrè, 2008) 200. Usul ilkelerinden hareket edildiğinde bir bölgenin, diğer bir bölgenin kanununun anayasaya uygunluğunun kontrol edilmesini talep etme hakkı olmasına rağmen, uygulamada bu yola hiç başvurulmamıştır. Bkz. Le Bot 124.

⁴³¹Bednarik 248.

⁴³²Justin Orlando Frosini, “Constitutional Justice”, 199-200; Bednarik 249.

⁴³³Bednarik 250.

eşitsizlik, m.127’de kapsamlı bir reform yapılmasının yolunu açmıştır. 2001 yılında İtalya’da, hükümetin başvurusu üzerine bölgesel kanunlara ilişkin önleyici denetim, devletle bölgeler arasındaki dengenin sağlanması amacıyla kaldırılmıştır.

İtalya Anayasası m.134/’1 de öngörülen, Anayasa Mahkemesinin, merkezi devlet ve bölgeler tarafından düzenlenen kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluğuna ilişkin tartışmaları karara bağlama yetkisinden hareketle, 2001 değişikliği sonrasında İtalya Anayasası m.127/1 uyarınca; “*Hükümet, bölgesel kanunun, bölgenin yetkilerini aştığını tespit ederse, yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurarak ilgili düzenlemenin anayasal meşruiyetinin denetimini talep edebilir.*” Bölgeler açısından bir karşı düzenlemeye ise m.127/2’de yer verilmiştir: “*Bir bölge, bir Devlet veya bölge kanununun kendi yetkilerini ihlal ettiğini tespit ederse, yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurarak ilgili düzenlemenin anayasal meşruiyetinin denetimini talep edebilir.*”⁴³⁴ 2001 yılında anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra, gerek merkezi hükümet gerekse bölgeler, kanunların yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedirler. İnceleme sonunda İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından yetki bakımından bir aykırılık tespit edilmesi halinde, ilgili Kanun m.136’ya göre, ilgili düzenleme Mahkeme kararının açıklanmasının ertesi gününde geçerliliğini yitirecek ve yürürlükten kalkacaktır.

1999 yılında, kanunlara yönelik önleyici denetime ilişkin başvuruların % 82,2’si merkezi hükümet tarafından yapılmışken, değişiklik sonrasında karşılıklı olarak giderici denetim usulünün benimsenmesiyle, 2001 yılında başvuruların %60,6’sı bölge hükümetleri tarafından yapılmıştır. Bu gelişme, bölgelerin merkezi idareye karşı etkinliklerini arttırdığını göstermektedir. Bu artış, Anayasa Mahkemesinin yetki uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarına 2002’de %2, 2004’de ise %22 oranında yansımıştır⁴³⁵.

⁴³⁴ İtalya Cumhuriyeti Anayasası, https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf (Erişim Tarihi: 12.12.2016).

⁴³⁵ Tania Groppi and Nicoletta Scattone, “Italy: The Subsidiarity Principle”, *I-CON*, Vol.4, Number:1, (2006) 131.

Anayasanın 127.maddesinde yapılan bu yeni düzenleme ile öngörülen kontrol usulü, bölgelerin menfaatlerine daha uygun olsa da, temelde devlet ve bölgelerin yetkileri arasında dengenin sağlanması amaçlanmıştır⁴³⁶. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan giderici denetim çerçevesinde, bölgesel kanunların Avrupa hukukuna uygunluklarının denetimi de mümkün hale getirilmiştir⁴³⁷.

3.2. İspanya

İspanya’da anayasaya uygunluk bakımından esas olarak giderici norm denetimi sistemi benimsenmiş olsa da, 1979 yılında önleyici norm denetimi sistemi de kabul edilmiştir. İlk başlarda önleyici norm denetimi İspanya Anayasası m.2’ye göre, yalnızca uluslararası antlaşmalar bakımından kabul edilmişti. Ancak 3 Ekim 1979 tarihli Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Organik Kanunla⁴³⁸, bu denetim türünün uluslararası antlaşmalarla sınırlandırılmasından vazgeçilerek, anayasaya uygunluk denetimi organik kanunları ve statüleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁴³⁹. İlgili düzenlemeyi yapan yasa koyucunun; önleyici denetim ile bölge statülerini denetleme ve bölgelerin yasama faaliyetlerine karşı bir savunma mekanizması kurmayı amaçladığı hususunda görüş birliği olsa da bu yenilik, Anayasa Mahkemesinin önleyici denetimi kanunlara da uygulanacak şekilde genişletmesi nedeniyle organik kanunun en tartışmalı konularından biri olmuştur⁴⁴⁰.

Organik Kanun m.79/1’e göre; bölge statüleri ya da organik kanunların Parlamento’da kabul edilmelerinden itibaren üç gün içerisinde, anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetime tabi tutulmaları amacıyla ihtiyari olarak Anayasa Mahkemesine başvurulması düzenlenmişti. Başvuruda bulunma yetkisi hükümete ve her iki kamaraya (cortes generales) tanınmıştı. Fakat iki kamaranın başvuru yetkisi bölge

⁴³⁶ Le Bot 124.

⁴³⁷ Groppi / Scattone 136.

⁴³⁸ Enrique Guillen Lopez, “Judicial Review in Spain: The Constitutional Court”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 41, Issue 2-3, (2008) 531-532.

⁴³⁹ Pierre Bon, “La question d’inconstitutionnalité en Espagne”, *La question Prioritaire de Constitutionnalité*, Pouvoirs n°137, (2011) 128.

⁴⁴⁰ Bednarik 256.

statüleri ile sınırlandırılmıştı. Bu sebeple, önleyici norm denetimi usulü organik kanunlar bakımından yalnızca istişari nitelikteydi⁴⁴¹.

Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru ile birlikte kanun yapım süreci m.79/3'de öngörülen süre boyunca kendiliğinden kesintiye uğramaktaydı. Anayasa Mahkemesinin denetim konusu olan kanunu anayasaya aykırı bulması halinde, kanun yapım sürecinin devam edebilmesi m.79/4 gereğince, ancak Parlatentonun kanun tasarısını iptal etmesi ya da değiştirmesi halinde mümkündür. Önleyici norm denetimine tabi tutulmuş düzenlemenin m.79/5'e göre giderici norm denetimine tabi tutulması imkanı ise devam etmekteydi.

Organik Kanun m.79/4/b ve c.1'e göre; Anayasa Mahkemesinin, önleyici norm denetimi neticesinde verdiği karar, ilgili düzenlemenin anayasaya uygun ya da aykırı olmasıyla sınırlı olmayıp, daha çok anayasaya aykırılık teşkil eden kısımların detaylı bir şekilde açıklanmasına ilişkindi. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin verdiği karar, anayasaya aykırılıkları gidermek üzere kanun koyucuya verdiği bir direktif olarak algılanmaktaydı⁴⁴². Bunun yanı sıra, bölgelerin yaptıkları düzenlemelerin denetimi ve istisnai durumlar için öngörülen önleyici denetime başvurabilecek kişi veya kurumların arttırılmasıyla birlikte, muhalefete parlamentoda yapılan kanun tasarılarının kanunlaşmasını engellemek amacıyla önleyici denetime başvurma hakkının tanınması ayrı bir tartışma konusu olmuştur. Çünkü eğer muhalefetin başvurusu neticesinde yapılacak denetim, kanunlaşmanın engellenmesi amacına uygun bir şekilde sonuçlanırsa, ilgili kanunun yürürlüğe girmesinin bir yıl ertelenmesine sebep olmaktadır⁴⁴³.

Tüm bu eleştiriler doğrultusunda, birçok tartışmayı da beraberinde getiren Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğu bakımından önleyici denetim yetkisi uygulanamamış ve 7 Haziran 1985 tarihli 4/1985 sayılı Organik Kanunla getirilen değişiklikle, Anayasa Mahkemesi Organik Kanunu'ndan çıkarılmıştır. Önleyici denetimin yürürlükten kaldırılması bakımından ileri sürülen temel gerekçeler ise,

⁴⁴¹Bednarik 257.

⁴⁴²Bednarik 259.

⁴⁴³Bednarik 258.

önleyici norm denetiminin zamanla parlamentodaki muhalefetin etkili bir engelleme aracına dönüşerek, parlamentonun yasama faaliyetleri açısından bir geciktirme aracına dönüşmesi ve Anayasa Mahkemesinin benimsenen kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yasama faaliyetlerine müdahil olmasıdır⁴⁴⁴.

3.3. Portekiz

Portekiz’de, 1971’den itibaren, kanunların anayasaya aykırılığı iddiası ile hem önleyici hem giderici denetim yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurulabilmektedir. Nitekim 1976 Portekiz Anayasası ile önleyici denetimi gerçekleştirmek üzere, Anayasa Komisyonu adında yeni bir organ oluşturulmuştur. Fakat 1982’de yapılan birinci değişiklikten bu yana, komisyon yerini Anayasa Mahkemesine bırakmıştır⁴⁴⁵.

Portekiz Anayasasında önleyici denetimi düzenleyen m.278 uyarınca; Cumhurbaşkanı, yürürlüğe girmesi için kendisine gönderilen herhangi bir kanun ya da kararnameye ilişkin olarak, anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetim yapılmasına yönelik taleple Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa m.278/3’e göre, önleyici denetime ilişkin başvuru, başvurunun alınmasından itibaren sekiz gün içinde değerlendirmeye alınır. Cumhurbaşkanının yanı sıra, Başbakan veya Cumhuriyet Meclisi üyelerinin beşte biri, yürürlüğe girmesi için Cumhurbaşkanıya gönderilen kanunun anayasaya aykırılığının ön incelemesinin yapılmasını Anayasa Mahkemesinden talep edebilir. Anayasa Mahkemesinin, ilgili kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına ilişkin kararını yirmi beş gün içinde vermesi gerekir. Ancak, acil durumlarda, Cumhurbaşkanı, bu süreyi kısaltabilmekte, yani Anayasa Mahkemesinin söz konusu kanuna ilişkin kararını daha kısa sürede vermesini isteyebilmektedir. Cumhuriyet Meclisi üyelerinin de bölgesel bir kanun hükmünde kararnamenin düzenlediği herhangi bir kuralın anayasaya uygunluğu bakımından önleyici denetim yapılmasını isteme hakkı

⁴⁴⁴ Pierre Bon, “Présentation du Tribunal Constitutionnel Espagnol”, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 2, (Mai 1997) 9.

⁴⁴⁵ Marie-Christine Meininger, “Le Tribunal Constitutionnel du Portugal”, Cahiers du Conseil Constitutionnelle, n°29, (October 2010) 1.

aynı maddenin 2.fikrasında düzenlenmiştir⁴⁴⁶. Anayasa m.233/2 uyarınca, Anayasa Mahkemesinin vereceği karar üzerine Cumhurbaşkanı'nın iki alternatifi bulunmaktadır. Birinci alternatife göre ilgili düzenlemeyi imzalayabilirken ikinci alternatife göre veto hakkını kullanabilir. Benzer bir önleyici denetim yoluna başvurulabilme imkânı, bölgesel meclislerin yasal düzenlemelerine karşı, o düzenlemeleri onaylaması gereken bakanlara da tanınmış bulunmaktadır. Bu bağlamda, bu tür bir yasal düzenlemeyi anayasaya aykırı bulan ilgili bakan da, sorunu Anayasa Mahkemesine taşıyabilmektedir⁴⁴⁷. Portekiz'de, kararların herkes için bağlayıcı olmasının yanı sıra, önleyici ve soyut denetime ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi, hukuk güvenliği, adalet ve özel önemi olan kamu yararına saygının korunması amacıyla hükümlerinin etkilerini sınırlandırabilmektedir⁴⁴⁸.

Portekiz hukukunda önleyici denetimin yanı sıra soyut ve somut norm denetimleri de kabul edildiğinden, Anayasa Mahkemesinin bir düzenlemeyi önleyici norm denetimi yoluyla denetlemesi, bunların giderici denetime konu edilmelerinin önünü kapatmamaktadır. Nitekim önleyici norm denetim usulü yoluyla Portekiz Anayasa Mahkemesi, şimdiye dek politik sürecin anayasa hukuku bakımından gelişimini etkilemiş ve önleyici denetim politik amaçlarla kullandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁴⁹.

4. Kuzey Avrupa

4.1. Estonya

Estonya'da diğer komşu doğu Avrupa ülkelerinden farklı olarak, ayrı kurumsal bir Anayasa Mahkemesinin kurulması gerekli görülmemiş, anayasaya uygunluk denetimi bakımından münhasır bir özel yol izlenmiştir. İskandinav modeli örnek alınarak, Devlet Mahkemelerinin bir kamarası (Riigikohus), anayasa hukukuna ilişkin

⁴⁴⁶Portekiz Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/13-PORTEK%C4%B0Z%20439-532.pdf> (Erişim Tarihi:04.12.2015).

⁴⁴⁷Onar 136.

⁴⁴⁸Les Recours Devant Le Juge Constitutionnel, Les Documents De Travail Du Sénat, *Série Législation Comparée*, n° LC 208 , Septembre 2010, 12. <http://www.senat.fr/lc/lc208/lc2080.html> (Erişim Tarihi: 09.12.2015).

⁴⁴⁹Bednarik 255.

uyuşmazlıkların özel bir yargılama usulüyle inceleyen bir karar mercii olarak düzenlenmiştir⁴⁵⁰.

Bu kamara, anayasal uyuşmazlıkları incelemesinin yanı sıra önleyici norm denetimi de yapabilmektedir. Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.2 ve 4'e göre tüm hukuki metinler, bir başka ifadeyle Anayasada yer alan normlar, kanunlar, hükümet ya da bakanlıkların çıkardıkları yönetmelikler, bölgesel tüzükler ve uluslararası antlaşmalar bu önleyici norm denetimine tabidir. Anayasa uygunluk denetimine başvurma hakkına sahip olanlar ve başvurunun yapılabileceği süre ise, denetime konu düzenlemeye göre değişmektedir⁴⁵¹.

Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.15'e göre bir düzenleme ya da uluslararası antlaşmaya ilişkin olarak, ilgili düzenlemelerin yürürlüğe girmesinin öncesinde ve sonrasında anayasaya uygunluk denetimi yapılabilmektedir. Kanunlar bakımından denetim en erken Parlamentonun kararından hemen sonra ve bunların yayımlanmasından önce yapılabilmektedir. Kanunların altında yer alan düzenlemeler tasarı halindeyken dahi denetime tabi tutulabildiklerinden, herhangi bir zamansal sınırlama öngörülmemiştir. Estonya'da uygulanan anayasaya uygunluk denetiminde yalnızca anayasa değil diğer tüm amir hükümler de dikkate alındığından, anayasaya uygunluk denetimi bir nevi hukuka uygunluk denetimi şeklinde yapılmaktadır. Yakın zamanda yerel yönetimlere tanınan anayasaya uygunluk denetimine başvuru hakkı, Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.17'ye göre sadece, itiraz edilen düzenlemenin Anayasanın “özerklikliğine” aykırı olan veya gelecekte bu hakkı ihlal edebilecek durumlarla sınırlı olmak üzere tanınmıştır.

Tüm düzenlemeleri kapsayacak şekilde önleyici ve giderici norm denetimine başvurma hakkı Estonya Anayasası m.142/2 ve Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.6'ya göre Adalet Bakanına tanınmıştır. Bunun yanı sıra Cumhurbaşkanı da Estonya Anayasası m.107/2 ve Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.5'e göre önleyici norm denetimi yoluna başvurabilmektedir. Cumhurbaşkanı, kanunların yayımlanmasını reddederse, kanunları on dört gün içinde Parlamenteoya iade etmek

⁴⁵⁰Bednarik 294.

⁴⁵¹Bednarik 295.

zorundadır. Bunun üzerinde Parlamentoda tekrar değerlendirilecek ve gerekçeli bir karar verilecektir. Parlamentonun kanunları aynen kabul etmesi halinde Cumhurbaşkanı yayımlanan kanunu, anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla denetlenmek üzere Devlet Mahkemesine gönderecektir.

Kendisine başvuru Devlet Mahkemesi, Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.13/1'e göre, önleyici norm denetimine ilişkin başvurunun yapılmasından itibaren dört ay içerisinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecektir. Anayasa kamarası, Estonya Anayasa Denetim Usulü Kanunu m.12'ye göre, kendi inisiyatifiyle ya da yargılamaya katılanların başvurusu üzerine, denetlenen düzenlemenin yürürlüğe girmesine karar verebilir. Anayasa kamarasının denetim sonunda kanunların anayasaya uygun olduğuna karar vermesi halinde Cumhurbaşkanı bunu imzalayarak yayımlamak zorundadır. Düzenlemenin anayasaya aykırı bulunması halinde ise, Cumhurbaşkanı, yürürlüğe girmesinden önce bu düzenlemenin hükümsüz olduğunu açıklayacaktır⁴⁵².

4.2. Finlandiya

Finlandiya'da anayasaya uygunluk denetimini yapmak üzere merkezileşmiş bir Anayasa Mahkemesi bulunmamaktadır. Buna karşın yeni yapılan anayasa reformu çerçevesinde hukuki işlemlerin denetimine ilişkin yeni bir usul benimsenmiştir. Kanunlaştırma çalışmaları sürecinde kanunların anayasaya uygunluğu, zorunlu olarak tüm kanun tasarıları için kabul edilmekle birlikte bu denetim Parlamento içinde bulunan anayasa komisyonu tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu denetimin politik yönü olduğu düşünülerek önleyici norm denetimi farklı bir şekilde sınıflandırılrsa da, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak denetime alternatif bir yol olarak kabul edilmiştir⁴⁵³.

Anayasa komisyonunun görevi, tereddüt halinde bir kanun tasarısının anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığını tespit etmektir. Bu konudaki görüşlerini Parlamentodaki bir başka komisyon ile paylaşır ve bu ikinci komisyon söz konusu tasarı

⁴⁵²Bednarik 296.

⁴⁵³Commission Européenne Pour La Democratie Par Le Droit, Rapport de Session, CDL-PV(2007)003, Strasbourg, 26 November/novembre 2007, 10.

hakkında bir rapor hazırlar. Bu komisyon anayasa komisyonunun görüşü ile bağlıdır. Anayasa komisyonu incelenen hükmün anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, bu ihtilafı anayasaya uygun yorum yoluyla sonlandırabilir.

Kanunlaştırma sürecinde bir başka anayasaya uygunluk denetimi, hükümet tarafından sunulan kanun tasarısı hakkında cumhurbaşkanı tarafından gerçekleştirilmektedir. Cumhurbaşkanı bu tasarıyı reddederse, bunu ilgili bakanlığa geri gönderecektir. Düzeltilecek olan metin, ancak cumhurbaşkanı tarafından imzalandıktan sonra parlamentoya sevk edilecektir. Başkanın bu erken onay hakkı ve onama yükümlülüğü bağlamında, her iki kontrol organının, yani başkan ve anayasa komisyonunun farklı görüşlere sahip olduğu durumlarla karşılaşılacaktır. Böyle bir durumda başkanın imza atmasından önce ayrıca Finlandiya Temyiz Mahkemesinin görüşü alınabilecektir. Ancak Finlandiya Hukukunda başkanın Temyiz Mahkemesine başvurmasını zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁵⁴.

B. Organik Kanun

Organik kanunlar, ülkelerin hukuk düzenleri içerisindeki düzenledikleri alan ve normlar hiyerarşisindeki yeri esas alınarak farklı tanımlanmaktadır. Organik kanunlar, Anayasalarında açıkça yer verilen Fransa ve İspanya örnekleri üzerinden anayasaya uygunluk denetimi çerçevesinde ele alınacaktır.

1. Fransa

Fransız hukuk sisteminde, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar ile kanunlar arasında üçüncü bir kanun türü olan organik kanunlar vardır. “*Organik kanun, devletin temel organlarını kurarak, örgütlenişi ve işleyişini düzenleyen, gerektiğinde ortadan*

⁴⁵⁴Bednarik 268-269.

kaldıran devlet organlarına ilişkin⁴⁵⁵ kanunlardır⁴⁵⁶. Organik kanun çıkarılabilmesi için anayasada açık bir hüküm bulunması zorunludur. Çünkü sadece anayasanın açıkça yetkilendirdiği konulara ilişkin olarak düzenlenebilmektedir. Dolayısıyla, organik kanun olarak adlandırılan bu kanunlar, hem anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlardan, hem de olağan kanunlardan farklı bir yöntemle görüşülüp kanunlaşmaktadır.

Organik kanunlar maddi açıdan anayasal nitelikte olup, Anayasa metnini tamamlayan ve Anayasada genel ilkelerle düzenlenen hükümleri açıklığa kavuşturan düzenlemelerdir⁴⁵⁷. Organik kanunlar, normlar hiyerarşisinde kanunun üstünde⁴⁵⁸ ve Anayasanın altında yer almalarına rağmen⁴⁵⁹, organik kanunların geniş anlamı nedeniyle anayasaya uygunluk denetimi bakımından, Anayasanın yanı sıra “ölçü norm bloku içinde” yer aldıkları kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Bu husus ise, organik kanunların kabul edilerek kanunlaşabilmeleri için uzlaşılması gereken koşulların neden daha katı olduğunu göstermektedir.

Fransa Anayasasında organik kanuna ilişkin herhangi bir tanım yapılmamış olmasına karşın, Anayasanın farklı birçok maddesinde ilgili konuların organik kanunla düzenlenmesi gerekliliğine yer verilmiştir. Organik kanunlar, Anayasa m.46’da öngörülen usule uygun olarak değiştirilir veya oylanarak kabul edilir ve Anayasa m.61 uyarınca, yayımlanmadan önce Anayasa Konseyine sunulmak zorundadır. Dolayısıyla, organik kanunların anayasaya uygunluğu açısından öngörülen önleyici denetim mecburidir. Anayasa Konseyi Hakkında Organik Kanun m.17/1 uyarınca, Parlamento tarafından kabul edilen organik kanunlar, Başbakan tarafından Anayasa Konseyine sunulur⁴⁶¹. Anayasa Konseyi, başvuru üzerine olağan durumlarda bir ay içinde karar

⁴⁵⁵ Teziç, Anayasa Hukuku, 18; Fahri Bakırcı, “Kod Yasa- Çerçeve Yasa Ayırımı Üzerine”, *AÜHFD*, C.54, S.3 (2005) 230.

⁴⁵⁶ Bülent Daver, “Kanunla İlgili Meseleler”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.16, S.4, (1961) 220.

⁴⁵⁷ Ender Ethem Atay, “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.12, S.1-2, (2008), 513, 516 dn.19. http://www.toupie.org/Dictionnaire/Loi_organique.htm (Erişim Tarihi: 03.08.2015).

⁴⁵⁸ <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/procedures-legislatives-speciales.html> (Erişim Tarihi: 03.09.2015)

⁴⁵⁹ http://www.toupie.org/Dictionnaire/Loi_organique.htm (Erişim Tarihi: 03.08.2015).

⁴⁶⁰ Teziç, Anayasa Hukuku, 18.

⁴⁶¹ Anayasa Konseyi Hakkında Organik Kanun, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/textes/ordonnance58_1067.pdf (Erişim Tarihi: 17.12.2015)

verebilirken, acil durumlarda ve Hükümetin isteği üzerine bu süre sekiz güne indirilebilir.

2. İspanya

İspanya'da organik kanunlar, temel hak ve özgürlükleri, özerk bölgelerin durumunu, seçimleri ve Anayasa'da belirtilen diğer konuları düzenleyen kanunlardır⁴⁶². Örneğin özerk yönetimlere sahip toplulukların bu statüyü kazanabilmeleri ya da kazanmış oldukları statüde değişiklik yapılabilmesi için “Organik Kanun” kategorisinde bir statü kanunun çıkarılması gerekmektedir. Bu kanunların kabul edilmesi ve değiştirilmesinde farklı bir yasama süreci uygulanmakta, ayrıca kabul ve değiştirilmelerinde farklı oy oranları aranmaktadır⁴⁶³. Anayasa m.82/2’ye göre, organik kanunların onaylanması, değiştirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin tasarının tümü üzerinde yapılacak nihai oylamada Kongre üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyunu gerektirir. Dolayısıyla bir topluluğa özerklik statüsü veren Organik Statü Kanunu mutlaka ayrıntılı olarak görüşüldükten sonra kabul edilmektedir. Yine temel haklarla ilgili düzenlemelerin Organik Kanunla yapılması zorunludur. Organik Statü Kanunu dışındaki kanunlar ise duruma göre daha kısa sürelerle görüşülebilmekte ya da bu tür kanunların sadece komisyonlarda görüşülmesiyle yetinilebilmektedir⁴⁶⁴. İspanya Anayasası m.161/1/d’de, Anayasa Mahkemesinin, Anayasa veya Kuruluş Kanunları ile kendisine devredilen diğer konuların düzenlendiği organik kanunlar hakkında yargılama yetkisinin olduğu düzenlemiştir. 1979 tarihli Anayasa Mahkemesi Organik Kanunu ile Anayasanın sadece uluslararası antlaşmalar için öngördüğü önleyici denetim organik kanunların denetimi için de mümkün kılınmıştır. Ancak önleyici denetim yasama organında yer alan azınlık partileri tarafından “geciktirici veto” niteliğinde kullanılınca bu başvuru yoluna 1985’de bir organik kanun ile son verilmiştir⁴⁶⁵.

⁴⁶² Bon, “Présentation du Tribunal Constitutionnel Espagnol”, 43.

⁴⁶³ Francisco Rubio Llorente, "Constitutional Review and Legislation in Spain", *Constitutional Review and Legislation, An International Comparison*, Ed.: Christine Landfried, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988) 132, dn. 15; Onar 139.

⁴⁶⁴ Ahmet Yıldız ve Fahri Bakırcı, *İspanya Anayasası ve Kongre İçtüzüğü*, (Ankara: Yasama Derneği, 2011) 167.

⁴⁶⁵ Le Bot, 123.

C. İçtüzük

Batı parlamenter rejimlerinin benimsediği temel ilkelerden biri, “parlamentoların yönetsel (usuli) bağımsızlığı” (*procedural independence of parliaments*) ilkesidir. Bu ilke, yasama meclislerinin, kendi çalışma usullerini, hiçbir dış müdahale olmaksızın tamamen kendi hür iradeleriyle belirleyebilmeleri anlamına gelmektedir⁴⁶⁶. Dolayısıyla meclislerin çalışma ve faaliyetlerini düzenleyen içtüzükler, parlamentoların başta yürütme olmak üzere diğer devlet organları karşısındaki bağımsızlıklarının da bir göstergesidir⁴⁶⁷. Bu bağımsızlığın korunabilmesi adına yapılan denetim büyük ölçüde sınırlandırılmış olduğundan, içtüzüklere ilişkin denetim Fransa örneği üzerinden ele alınacaktır. Nitekim Avrupa’da, Macaristan ve Romanya gibi birkaç ülke haricinde, meclis içtüzüklerine yönelik anayasaya uygunluk denetimi yapılmamaktadır ve bahsi geçen ülkeler de giderici denetim usulünü benimsemiştir.

1. Fransa

Fransa Anayasası m.51-1’e göre, mecliste yer alan parlamento gruplarının hakları meclis içtüzükleriyle düzenlenir. Anayasa m.61/1 uyarınca, meclislerin içtüzükleri uygulamaya konulmadan önce organik kanunlarda olduğu gibi Anayasa Konseyine sunulmak zorundadır. Bu denetim aracılığıyla, içtüzükle Anayasadaki sınırlamaların aşılması engellenmektedir⁴⁶⁸. Konsey, kendisine yapılan önleyici denetim başvurusuna konu olan içtüzüklerin anayasaya uygunluğu hakkında karar verir. Meclis Başkanı tarafından bir içtüzük kuralının kabul edilmesine ilişkin olarak yapılan bir başvuru üzerine⁴⁶⁹, Konsey bir ay içinde denetimini gerçekleştirir. Eğer içtüzük hükmü Anayasaya aykırı bulunursa, bu karar gereğince hüküm ilgili Meclis Başkanı tarafından

⁴⁶⁶ Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması”, *Yargısal Düşüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler*, TESEV Demokratikleşme Programı Siyasa Raporları Serisi, Yargı Reformu 1, (İstanbul: TESEV Yayınları, Mayıs 2010) 14.

⁴⁶⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 243.

⁴⁶⁸ Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, 169.

⁴⁶⁹ Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 60; Jozeau-Marigne 54.

uygulamaya konulamaz. Şayet anayasaya aykırı bulunan içtüzük hükmü uygulanırsa, söz konusu hüküm vasıtasıyla kabul edilecek kanunların anayasaya aykırılığı sorunu gündeme gelecektir⁴⁷⁰.

Bugün yürürlükte bulunan Millet Meclisi'nin İçtüzüğü 3 Haziran 1959 tarihlidir. En son 2009 yılında yapılan kapsamlı değişiklik 2008 yılı Anayasa değişiklikleri üzerine yapılmış ve İçtüzük bütünüyle güncellenmiştir. Bu reform neticesinde İçtüzükte otuz bir madde değiştirilmiştir ve yaklaşık yüz elli madde tadil, ihdas veya ilga edilmiştir⁴⁷¹.

D. Uluslararası Antlaşmalar

Birçok devlet, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetimi bakımından yasal düzenlemeler yapmıştır. Uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetimi bakımından önleyici denetimin kabul edildiği sistemlerde, uluslararası antlaşmalar hakkında onaylanmalarından önce Anayasa Mahkemesine başvurulmakta ve yapılan denetim neticesinde anayasaya aykırılığı tespit edilen antlaşmaların onaylanması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, ortada henüz onaylanmış bir antlaşma olmadığından, devletlerin uluslararası sorumluluğundan da bahsedilememektedir.

Anayasaya uygunluk denetimi bakımından önleyici denetimin uygulandığı Fransa'nın yanı sıra, Romanya (Fransa'nın etkisiyle⁴⁷²), Macaristan, Polonya ve Portekiz gibi, önleyici denetimle giderici denetimin birlikte uygulandığı ülkelerden başka; aşağıda açıklanacağı üzere bazı ülkelerde de, esas olarak giderici denetim yolunun benimsendiği, ancak, uluslararası antlaşmalar gibi çok sınırlı bazı alanlarda önleyici denetime de yer verilmiş olduğu görülmektedir. Uluslararası sorumluluk ve antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri gözetildiğinde, uluslararası antlaşmalara ilişkin denetimin bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Antlaşmaya taraf olan

⁴⁷⁰ Oytan 30.

⁴⁷¹ Çelebi 57.

⁴⁷² Leszek Lech Garlicki, "Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification", Seminar on the Role of the Constitutional Court in the Implementation of International Law, (7-8 October 1998), CDL-JU (98) 31- 32.

devletlerin uluslararası sorumluluğu nedeniyle, önleyici denetime özellikle uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunları bakımından başvurulmaktadır.

Uluslararası antlaşmalara ilişkin önleyici denetim, bu denetim yolunu uygulayan devletlerin anayasaları ve anayasa mahkemelerinin kuruluşu ve işleyişine ilişkin kanunları esas alınarak açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Batı Avrupa Ülkeleri

1.1. Fransa

Fransa'da Anayasa Konseyi, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygun olup olmadıklarını, henüz bu Antlaşmalar iç hukukun bir parçası haline gelmeden önce denetleme yetkisine sahiptir⁴⁷³. Fransız Anayasası m.54'e göre; *“Anayasa Konseyi, Cumhurbaşkanı, Başbakan, her iki Meclisten birinin Başkan yahut altmış milletvekili veya altmış senatör tarafından başvurulması üzerine, uluslararası bir taahhüdün anayasaya aykırı bir hüküm taşıdığını beyan ederse, bu uluslararası anlaşmanın tasdik ya da onaylanması ancak anayasanın değiştirilmesinden sonra mümkün olur.”*⁴⁷⁴

Eğer Konsey yaptığı denetim sonucunda, söz konusu uluslararası antlaşmada Anayasaya aykırı bir hüküm olduğunu tespit ederse, o antlaşma ancak Anayasanın antlaşmayla çatışma halinde olan normun değiştirilmesi halinde uygun bulunarak onaylanacaktır. Böylece, uluslararası antlaşma Anayasa ile uyumlu bir hale gelebilecektir. 1993 yılına kadar antlaşmaların anayasaya uygunluğuna ilişkin denetim yoluna başvurma yetkisi Cumhurbaşkanına, Başbakana ve her iki meclisten birinin Başkanına tanınmış olup, bu imkan milletvekilleri ve senatörlere tanınmamıştı. Bu nedenle, bazı milletvekilleri Anayasa m.61'de düzenlenen, yasaların yayımlanmasından önce önleyici denetim usulüne başvurabilme hakkını, açıkça öngörülmemesine rağmen

⁴⁷³Oytan 31.

⁴⁷⁴İlgili uluslararası antlaşmanın usulüne uygun olarak onaylanmasından normlar hiyerarşisindeki yerini Anayasanın 55.maddesi düzenlemiştir. İlgili maddeye göre; *“Usulüne uygun biçimde tasdik edilen ve onaylanan sözleşme ve anlaşmalar, bu sözleşme ve anlaşmaların diğer tarafça da uygulanması koşuluyla, yayımlandıkları andan itibaren yasalardan üstün bir nitelik kazanırlar.”*

uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunu için de uygulayarak, dolaylı bir yol benimsenmiş ve başvuruda bulunmuşlardır. Nitekim 1993 yılında Anayasanın ilgili hükmü değiştirilerek, milletvekillerine Anayasa m.54 uyarınca uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun doğrudan denetlenmesini talep edebilme hakkı verilmiştir.

Anayasa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 No'lu Protokolü* (22.05.1985) ve *Sınır Kontrollerinin Kaldırılmasına İlişkin Schengen Antlaşması'na ilişkin olarak* (25.07.1991) anayasaya uygunluk denetiminin gerçekleştirilmesi için yapılan başvurularda, ilgili antlaşmaların anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Uluslararası antlaşmaların önleyici denetime konu edilmesine ilişkin Anayasa Konseyinin en önemli kararlarından biri, Avrupa Ekonomik Topluluğunun Avrupa Birliği adını aldığı ve Avrupa Birliği'nin hukuksal yapısının yeniden düzenlendiği Maastricht Antlaşması'nın anayasaya uygunluğuna ilişkin yapılan başvuru neticesinde verdiği karardır. Fransa'da Maastricht Antlaşması'nın onaylanmasından önce, ilgili Antlaşmanın Fransa Anayasaya uygun olup olmadığını tespiti için Anayasa m.54 gereğince Anayasa Konseyine başvurulmuştur.

1992'den önce, Fransa Anayasasında genel olarak Avrupa Bölgesel İşbirliğine veya Avrupa Topluluğu Hukukuna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Avrupa Birliği'ne ilişkin düzenlemeler, Anayasa Konseyinin, uluslararası antlaşmanın onaylanmasının anayasa değişikliğini gerektirdiğine ilişkin kararının ardından, Maastricht Antlaşması'nı takip eden süreçte eklenmiştir. Bunun öncesinde, Avrupa Birliği'ne ilişkin değerlendirmeler, uluslararası hukuk, uluslararası antlaşmalar ve uluslararası işbirliği çerçevesinde gerçekleştirilmiştir⁴⁷⁵. *Maastricht I* adı verilen karar Anayasa m.54'e dayanılarak yapılan bir başvuru üzerine verilmiştir. İlk olarak, antlaşmanın denetimi için Cumhurbaşkanı Anayasa Konseyine başvurmuş, Anayasa Konseyi yaptığı inceleme neticesinde 09.04.1992 tarihinde antlaşma hükümlerinden bazılarının onaylanmasının Anayasa'da değişiklik yapılmadan mümkün olamayacağını belirtmiştir. Konsey, iki açıdan antlaşmayı ulusal egemenlik ilkesine aykırı bulmuştur. Bunlardan ilki para,

⁴⁷⁵ Gerald L. Neuman, "The Brakes that Failed: Constitutional Restriction of International Agreements in France", *Cornell International Law Journal*, Vol. 45, (2012) 267.

ikincisi ise vize ve göçmenlik politikasına ilişkindir. Konsey, antlaşmanın kabul edilmesi halinde para ve döviz politikalarına ilişkin karar verme yetkisinden Fransa'nın mahrum kalacağına ve bunun ulusal egemenliğin gerçekleştirilmesine ilişkin temel koşulları etkileyecek bir alan olduğuna karar vermiştir. İkinci husus bakımından ise, Avrupa Birliği'ne üye olmayan ülke vatandaşlarının ülkeye giriş ve dolaşım hakları açısından, Avrupa Birliği ile ortak bir politika oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir. 1996'ya kadar vize politikalarına ilişkin konularda, acil önlemlere ilişkin durumlar istisna olmak kaydıyla oybirliği kuralı geçerli iken, 1996'dan sonra nitelikli çoğunlukla karar alınabilmesi kabul edilmiştir. Konsey, acil önlemlere ilişkin konularda yapılan oylamalarda, nitelikli çoğunluğun kabul edilebilir olduğu sonucuna varmış ancak, oybirliği kuralından nitelikli çoğunluğa yönelik kayışın genel bir kural haline getirilmesinin ulus açısından çok büyük bir risk teşkil ettiğini sonucuna varmıştır⁴⁷⁶.

Gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra (25.06.1992) ise bu sefer bir grup milletvekili, Antlaşmanın bazı hükümlerinin ulusal egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle itiraz etmiştir. Konsey, bu itiraz neticesinde, Antlaşmanın anayasa değişikliği ile uyumlu olduğuna karar vermiştir (2.09.1992). Bununla birlikte, Konsey Antlaşmanın onaylanmasını kabul eden kanunun anayasaya aykırı olduğuna ilişkin iddiaları da reddetmiştir (23.09.1992)⁴⁷⁷.

Oldukça benzer bir durum 1997 Amsterdam Antlaşması ile ilgili olarak da yaşanmıştır. Hem Cumhurbaşkanı hem de Başbakan Antlaşmaya yönelik anayasaya uygunluk denetimi yapılması için Anayasa Konseyine başvurmuşlardır. Anayasa Konseyi yaptığı ön denetim sonucunda vermiş olduğu 31.12.1997 tarihli kararda, Antlaşma'nın iki maddesinin anayasanın temel prensiplerinden olan milli egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığını beyan etmiştir. Sonuç olarak, onaylama prosedürü anayasaya uygun olarak değişiklik yapılmadan önce durdurulmuştur. Daha sonra, Maastricht Antlaşması'nın demokrasi ve dış politika başlıklarında değişiklikleri içeren Amsterdam Antlaşması, halk oylaması neticesinde 20.09.1999'da onaylanmıştır⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶Neuman 296-297.

⁴⁷⁷Garlicki, "Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification", 5.

⁴⁷⁸<http://www.eucordination.org/tarihce.html> (Erişim Tarihi: 14.12.2015).

Fransız hukukunda, 2008 yılına kadar, bir kanunun yürürlüğe girdikten sonra Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi ya da uygulanmaması mümkün değilken, Yargıtay ve Danıştay, uluslararası antlaşmalara aykırı kanun hükümleri açısından farklı bir çözüm yolu benimsemiştir. Yargıtay ve Danıştay, görülmekte olan bir davada uygulanacak kanun hükmünün Fransa'nın taraf olduğu uluslararası antlaşmalara aykırı olması halinde, davayı gören yargı yerinin ilgili kanun hükmünü uygulamaktan kaçınması gerektiğine karar vermiştir. Böylece Fransız hukukunda, uluslararası antlaşmalara uygunluk sorununun ortaya çıktığı durumlarda, mahkemelerin olaya uygulanacak kanun hükmünün ihmal edilmesi yolunun önü açılmıştır⁴⁷⁹.

1.2. Almanya

Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren tek merci değildir; zira her eyaletin kendi içerisinde, kendi anayasalarında yer alan hükümlerin doğru uygulanmasının sağlanması için ayrı anayasa yargısı sistemi bulunmaktadır. Buna ek olarak, tüm Alman yargı mercilerinin temel kanun dahil olmak üzere ortak hukuku uygulaması gerekmektedir. Dolayısıyla, Federal Anayasa Mahkemesi, son başvuru yeri olduğu için Alman anayasa yargısı sisteminin merkezidir⁴⁸⁰.

Almanya'da kural olarak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde esas olarak benimsenen sistem giderici denetim ise de, Anayasa m.59/2 gereğince, sadece uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunları bunun istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnanın gerekçesi ise, anayasaya aykırı uluslararası yükümlülüklerin önceden farkına varılarak önlenmesi ve antlaşmayı uygun bulma

⁴⁷⁹ Öztürk 1212.

⁴⁸⁰ <http://www.lepetitjuriste.fr/bundesverfassungsgericht-vs-le-conseil-constitutionnel/> (Erişim Tarihi: 14.10.2015).

yasasının yürürlüğe girmesiyle devletler hukuku alanında geri dönüşü mümkün olmayan sonuçlar doğmasının engellenmek istenmesidir⁴⁸¹.

Almanya Federal Anayasası m.59/1 gereğince, yabancı devletlerle antlaşmaları Federal devlet adına Cumhurbaşkanı akdeder. Anayasa m.32'ye göre, yabancı devletlerle ilişkilerin düzenlenmesi Federasyona ait iken; eyaletler, Federal Hükümetin onayıyla ve yasama yetkileri çerçevesinde, yabancı devletlerle antlaşma yapabilmektedir. Bir eyaletin özel durumuna ilişkin bir antlaşma akdedilmesinden önce ise o eyaletin görüşü alınır. Bunun yanı sıra, Federal Anayasa m.25'e göre, *“hukukun asıl kaynaklarından biri olan devletler hukukunun genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu kurallar, yasalardan üstündür ve Federasyonun topraklarında oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülükler doğururlar.”* Bununla bağlantılı olarak, Anayasa m.100/2 gereğince bir davada, *“devletler hukukunun federal hukukun tamamlayıcı bir parçası olup olmadığına, kişiler için doğrudan doğruya haklar ve yükümlülükler doğurup doğurmadığının kuşkulu olması halinde, davaya bakan mahkeme tarafından Federal Anayasa Mahkemesine bu hususun aydınlatılması için başvurulması zorunludur”⁴⁸².*

Federal Alman Anayasasında ve Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunlarının anayasaya uygunluğuna ilişkin olarak doğrudan bir yargı yetkisine yer verilmediği ve Mahkemenin önleyici denetim yapılabileceğine yönelik açık bir düzenleme bulunmadığı halde, konuyla ilgili olarak Federal Anayasa Mahkemesinin antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlarının önceden denetime tabi tutulması şeklinde dolaylı bir yargılama usulünün olduğuna ilişkin yerleşmiş bir içtihadı bulunmaktadır⁴⁸³. Federal Anayasa Mahkemesi tarafından, 1934'de İsviçre ile yapılan çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin antlaşmanın anayasaya aykırı olduğuna karar verildikten sonra, Mahkemeye benzer iddialarla, bir

⁴⁸¹Gören, “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, 105, 108.

⁴⁸²Alman Parlamentosu Alt Kanadı (*Bundestag*), “Basic Law for The Federal Republic of Germany”, , <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>. (Erişim Tarihi: 16.06.2015); Mehmet Salih Gün, “Uluslararası Anlaşmalar”, *Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, (Ankara: TBMM Basımevi, Haziran 2012) 559.

⁴⁸³Garlicki, “Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 4.

takım önemli uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak çok sayıda yapılmıştır⁴⁸⁴. Federal Anayasa Mahkemesi, 30 Temmuz 1952 tarihli kararıyla, Anayasa m.59/2 uyarınca, antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlarının Parlamento tarafından kabulünden sonra, fakat Cumhurbaşkanının imzalamasından önce denetlenebileceğine karar vermiş (*vorbeugende Normenkontrolle*) ve bu tutumunu sonraki kararlarında da sürdürmüştür⁴⁸⁵.

Federal Anayasa Mahkemesi, sadece antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunların ilan edilmelerinden önce anayasaya uygunluk denetimini kabul etmektedir. Bu denetime, kanunun ortaya çıkması için önem taşıyan sürecin tamamlanmasından önce, Federal Senatonun haklarının korunarak, Federal Meclisin kabul ettiği fakat Federal Başkan tarafından henüz onaylanmamış ve yayımlanmamış kanunlar için başvurulabilir⁴⁸⁶. Antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlar oldukça geniş bir alanda denetime tabi tutulmakta ve bu denetim aynı zamanda ilgili uluslararası antlaşma hükümlerinin değerlendirilmesini de içermektedir. Dolayısıyla Alman hukuk sisteminde uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına dair kanunlara ilişkin yapılan önleyici denetim, önleyici denetim açısından uygulama alanı bulan tek hukuki işlemdir⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴Federal Anayasa Mahkemesi 1950 yıllarının başında, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluk denetimi kapsamında, Avrupa Savunma Topluluğu Antlaşması'nın hazırlanmasına ilişkin ihtilafları sonuçlandırmıştır. Ardından, 1955 yılında Saara Antlaşmasını anayasaya uygunluk açısından incelemiştir. 1990 yıllarının başında ise Mahkeme, Maastricht Antlaşmasını uygun bulma kanununun anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir ve bu kararın yayımından sonra, Antlaşma 12 Ekim 1993'de onaylanmıştır. Garlicki, *Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification*", 4.

⁴⁸⁵ Onar 139-140; Onar dn. 351, 140.

⁴⁸⁶Gören, "Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi", 113.

⁴⁸⁷Garlicki, *Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification*", 4.

1.3. Avusturya

Avusturya Anayasası m.140a ve m.145 ile 1953 tarihli Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu m.66'da⁴⁸⁸, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluk denetimi düzenlenmiştir. Avusturya Federal Anayasası m. 140a/1 gereğince, Anayasa Mahkemesi antlaşmaların anayasaya aykırılıklarına hükmedebilmektedir.

Avusturya Federal Anayasası m.50 uyarınca, m.16/1 kapsamında düzenlenen “*eyaletlerin kendi yetki alanına giren konularda Avusturya'ya komşu devletlerle ya da onları oluşturan eyaletlerde yapabildikleri antlaşmalar*” kapsamında yer almayan siyasi antlaşmalar ve mevcut kanunlarda değişiklik yapılmasını gerektiren antlaşmalar ancak Milli Konseyin onayı ile yapılabilir. Anayasa m.140a/1 gereğince, bu antlaşmalar Anayasa m.140'da yer verilen hükümlere tabidir.

Anayasa Mahkemesinin hukuka ya da anayasaya aykırı bulunduğu antlaşmalara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin bir mühlet belirlemediği durumlarda, Antlaşmaların icrasından sorumlu makamlar, Mahkeme kararının yayımlandığı tarihten itibaren antlaşmanın uygulanmasına son verirler. Anayasa m.16/1'de yer verilen ve m.50 uyarınca kanunlarda değişiklik yapılmasını gerektiren antlaşmalar için bu mühlet iki yılı, diğer tüm antlaşmalar için ise bir yılı aşamaz⁴⁸⁹.

Anayasa m.140a/2'ye göre ise, Anayasa Mahkemesi bir antlaşmanın hukuka ya da anayasaya aykırılığına hükmetmiş ise, bu antlaşma, Anayasa Mahkemesinin kararının yayımlandığı tarihten sonraki gün yürürlükten kalkar. Anayasa m.140a'nın yanı sıra m.145 uyarınca, Anayasa Mahkemesi özel bir Federal Kanun uyarınca, uluslararası hukukun ihlal edildiğine ilişkin karar verebilmektedir.

Ayrıca, Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu m.66/2'ye göre, Avusturya Mahkemesi kararında antlaşmaların tamamının mı yoksa belirli hükümlerinin mi hukuka aykırılık sebebiyle uygulanamayacağına hükmedilmelidir. Anayasa Mahkemesi Kanunu m.66/4 uyarınca, Anayasa Mahkemesinin kararı ile bir hukuka aykırılığın tespit edilmesi

⁴⁸⁸ Avusturya Anayasa Mahkemesi Kanunu,

https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1953_85/ERV_1953_85.pdf (Erişim Tarihi: 25.11.2016).

⁴⁸⁹ Avusturya Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en (Erişim Tarihi: 25.11.2016).

halinde, Anayasa m.139/5 ya da m.140/5 ile bağlantılı olarak m.140a'ya göre kamuoyuna yapılacak açıklamada, uluslararası antlaşmanın Anayasa Mahkemesinin kararında açıklanan sebeplerle uygulanamayacağı ve bu antlaşmayla ilgili tüm onay kararlarının ya da onay düzenlemelerinin iptal olacağı ifade edilmelidir.

Federal Anayasa Mahkemesi bir uluslararası antlaşmanın artık iç hukukta uygulanamayacağına hükmettiğinde, ya antlaşmanın diğer tarafı ya da taraflarıyla görüşülerek bir çözüm arayışına gidilir ya da anayasa değişikliğiyle uluslararası antlaşmaların uygulanabilirliği yönünde bir iyileştirmeye gidilir⁴⁹⁰.

2. Doğu Avrupa Ülkeleri

2.1. Bulgaristan

Önleyici denetimin sadece uluslararası antlaşmalar için uygulandığı bir başka ülke de Bulgaristan'dır. Bulgaristan'da, uluslararası antlaşmaların, onaylanmalarından önce Anayasa Mahkemesi'nce anayasaya uygunluk denetiminin yapılabileceği 1991 tarihli Anayasa'da açıkça öngörülmüştür⁴⁹¹. Anayasa m.149/4 ve Bulgaristan Anayasa Mahkemesi Kanunu m.12/4'de yer verilen düzenleme gereğince; Bulgaristan Anayasa Mahkemesi, Bulgaristan tarafından yapılan antlaşmaların onaylanmasından önce, söz konusu antlaşmanın, anayasaya, iç hukuka, hukukun genel ilkelerine ve Bulgaristan'ın taraf olduğu uluslararası antlaşmalara uygunluğu bakımından karar verme yetkisine sahiptir⁴⁹². Mahkemenin, antlaşmaların anayasaya aykırı olduğuna ilişkin vermiş olduğu kararlar bağlayıcı olup, bu denetimin amacı anayasaya aykırı olduğu bildirilen antlaşmaların onaylanarak, iç hukukun bir parçası haline gelmesini önlemektedir⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Herbert Haller, "Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri", *AYD*, C. 21, (2004) 56.

⁴⁹¹ Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, (İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1993) 164.

⁴⁹² Bulgaristan Parlamentosu, "Constitution", <http://www.parliament.bg/en/const>. (Erişim Tarihi: 06.08.2015).

⁴⁹³ Garlicki, "Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification", 7.

2.2. Macaristan

Macaristan'da önleyici denetim kanunlaşmış ama yayımlanmamış kanunlar ve uluslararası antlaşmalar için uygulanan denetim yoludur.

Yeni Macaristan Anayasası m.24'de, Anayasa Mahkemesine önleyici denetim yapma yetkisi verilmiş; ayrıca Anayasa, kabul edilmiş ancak henüz yürürlüğe girmemiş kanunların anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenebileceği açıkça düzenlenmiştir⁴⁹⁴. Anayasada, Anayasa Mahkemesinin yetkisine, yapısına ve işleyişine detaylı olarak yer verilmemiş; yetki, buna bağlı usul ve kurallarının belirlenmesine ilişkin düzenleme alanı ilgili kanuna bırakılmıştır⁴⁹⁵. Macaristan Anayasa Mahkemesi, sadece yasamanın yaptığı düzenlemelerin anayasaya uygunluğunun denetimini değil, aynı zamanda hukuk sistemi içerisindeki uluslararası antlaşmalar dahil tüm yasal normların denetimini yapabilmektedir. Ayrıca, bu düzenlemeler, sadece anayasaya dayanılarak değil, uluslararası antlaşmalara dayanılarak da denetlenmektedir. Bu yolla, uluslararası antlaşmalar hem anayasaya uygunluk denetiminin konusu olmakta hem de denetimde ölçü norm olarak kullanılmaktadır⁴⁹⁶.

Macaristan'da yürürlük kazanmış uluslararası antlaşmalar kanunlardan üstündür ve Anayasa Mahkemesi kanunların aynı zamanda uluslararası antlaşmalara uygunluğunu da denetlemekle görevlidir. Yeni Anayasa m.24/2'de, 1989 tarihli mülga Anayasa Mahkemesi Kanunu m.1'de Anayasa Mahkemesine verilen görev ve yetkiler sayılmıştır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, kabul edilmiş ancak yayımlanmamış yasaların ve uluslararası antlaşmaların Anayasaya uygunluğu bakımından ön denetimini yapmakla yetkilidir. Bu temel özellik Anayasal kurumlar arasında Anayasa Mahkemesini farklılaştırarak, talep edildiği takdirde Mahkemenin bu antlaşmaların onaylanmasından önce denetimine imkan vermektedir. Kanunun 1/a ve 1/c maddesi uyarınca, yasal düzenlemelerin ve diğer düzenleyici işlemlerin uluslararası antlaşmalara uygunluğunu

⁴⁹⁴Kelemen 3.

⁴⁹⁵ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission, "Draft Opinion on the New Constitution of Hungary", Opinion no.618/2011, CDL(2011)032, 19.

⁴⁹⁶Kelemen 7. Eski Anayasa Mahkemesi Kanunu m.1/a -c, m.36,

denetlemek de Mahkemenin yetkisi kapsamında yer almaktadır⁴⁹⁷. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 30.maddesinin (c) bendi uyarınca; “*Macaristan Anayasa Mahkemesi, bir yasanın uluslararası sözleşmelerle çelişkili olup olmadığını incelemekle*” de görevlidir⁴⁹⁸. Anayasa Mahkemesi ayrıca, Parlamentonun, Başbakanın ya da Cumhurbaşkanının başvurusu üzerine uluslararası antlaşmaları da -bu antlaşmaların bir kanunla uygun bulunmasından önce- denetleyebilmektedir. Anayasa Mahkemesi söz konusu antlaşmada bir anayasaya aykırılık tespit ettiği takdirde, ilgili aykırılıklar giderilinceye kadar, antlaşmaların onaylanması mümkün değildir. Ancak bugüne kadar böyle bir durumla karşılaşılmamıştır⁴⁹⁹.

Macaristan'da yeni Anayasanın kabulünü, Kasım 2011'de kabul edilen 151 sayılı yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu takip etmiştir⁵⁰⁰. 2011 tarihli yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu m.23/3'de, m.23/1'le bağlantılı olarak, Anayasa Mahkemesinin uluslararası antlaşmanın hükümlerinin anayasaya uygunluğuna ilişkin önleyici denetim yapma yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. Kanun m.23/4 gereğince ise, uluslararası antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasından önce Cumhurbaşkanı, uluslararası antlaşmanın Hükümet kararname ile yayımlanması halinde ve uluslararası antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasından önce ise Hükümet, uluslararası antlaşmanın veya hükümlerinin anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin bir önleyici denetim yapılmasını Anayasa Mahkemesi'nden talep edebilmektedir⁵⁰¹.

⁴⁹⁷Anayasa Mahkemesi 30/1998 tarihli bir kararında, kendisine verilen bu yetkiyi kullanarak AT-Macaristan Ortaklık Antlaşması'nın 62(2) sayılı hükmünü iptal etmiştir. Bkz. Allan Tatham, “Constitutional Judiciary in Central Europe and the Europe Agreement: Decision 30/1998 (VI.25) AB of the Hungarian Constitutional Court”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Issue 4 (October 1999) 913-920. Kemal Başlar, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, C.24, S.1-2 (2004), 328.

⁴⁹⁸Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, 36.

⁴⁹⁹“Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit”, Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2036-2037; Marco Convertini, “Hungarian Constitutional Reform”, *The Fundamental Law in Hungary's Democratic Framework*, (2014) 22

⁵⁰⁰Anayasa Mahkemesi Kanunu, parlamentonun üçte iki oy çokluğuyla onaylanması gerekliliğinden Macaristan hukuk sisteminde önemli bir kanundur. Anayasa Komisyonu üyeleri tarafından hazırlanan yeni kanun taslağı, 3 Ekim 2011'de Parlamente'ye sunulmuştur. Son oylama 14 Kasım 2011'de yapılmış ve 252'ye 105 karşı oyla kanun kabul edilmiş ve 21 Kasım 2011'de Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Kelemen 2.

⁵⁰¹ Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanunu <http://www.alkotmanybirosag.hu/rules/act-on-the-cc> (Erişim Tarihi: 09.11.2015)

2.3. Polonya

Polonya Anayasa Mahkemesi 1980'lerin ortasında kurulmuştur. Bununla birlikte ilk başlarda, yargılama yetkisi uluslararası antlaşmaları kapsamamakta, yürürlükteki mevcut düzenlemeler uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluk denetimine konu yapılmasına veya kanunların antlaşmalar ile uyumluluğunun denetimine izin vermemekteydi⁵⁰². 2 Nisan 1997'de yeni Anayasanın yürürlüğe girmesiyle mevcut düzenleme değişmiştir. Yeni Anayasa, uluslararası antlaşmaların denetimini Anayasa Mahkemesinin yetki alanına almıştır. Anayasa m.188/1'e göre, Anayasa Mahkemesi kanunların ve uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahiptir.

Anayasa, aynı zamanda kanunlar ve tüm alt düzenlemelerin onay kanunu ile uygun bulunan uluslararası antlaşmalar ile uyumlu olup olmadığına ilişkin denetim yapılabilmesine de olanak sağlamaktadır⁵⁰³. Anayasa m.188/2'ye göre; bir kanunun, uygun bulma kanununa dayanarak onaylanmış uluslararası antlaşmalara uygunluğu hakkında Anayasa Mahkemesi karar verebilir. Anayasa m.88/3'e göre; *“uygun bulma kanunu ile onaylanan uluslararası antlaşmalar, kanunlar için öngörülen usullere göre yürürlüğe girer. Diğer uluslararası antlaşmaların yayımlanma esasları ise kanunla belirlenir”*. Anayasa m.89/1'e göre ise *“eğer antlaşma; barış, ittifaklar, politik veya askeri anlaşmalar; anayasada belirtilen vatandaşların özgürlükleri, hakları ve yükümlülükleri; Polonya Cumhuriyetinin uluslararası bir kuruluşa üyeliği; Devlete yüklenen önemli mali sorumluluklar ve yasayla düzenlenen ya da Anayasanın kanun biçimini gerektirdiği konular ile ilgiliyse, Polonya Cumhuriyetinin uluslararası bir antlaşmayı onaylaması veya antlaşmadan çekilmesi kanunla verilecek bir ön izni gerektirir”⁵⁰⁴*. Bu antlaşmalar, onaylanmaları halinde, iç hukukun ayrılmaz bir parçası olup ulusal yasalar önünde önceliğe sahip olacaktır.

⁵⁰²Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 8-9.

⁵⁰³Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 9.

⁵⁰⁴Bkz. Polonya Anayasası.

Anayasa m.133/2'deki; “Cumhurbaşkanı, bir uluslararası anlaşmayı imzalamadan önce, Anayasaya uygunluk görüşü almak için Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” hükmü ile Anayasa Mahkemesinin karar verme yetkisini düzenleyen m.188/1'deki “...Kanunların ve uluslararası anlaşmaların Anayasaya uygunluğunu denetler” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, Polonya'da uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğu bakımından önleyici denetim yolunun benimsendiği açıktır.

Önleyici denetim sonucunda onay kanununun anayasaya aykırı olduğuna karar verildiğinde Cumhurbaşkanı tarafından imzalanamaz, dolayısıyla uluslararası antlaşmanın onaylanması söz konusu olamaz⁵⁰⁵. Uluslararası antlaşmalar öncelikli olarak önleyici denetime tabi tutulabilir, fakat bu denetim yolu Cumhurbaşkanının tekelinde olduğu için bu yola yalnızca ve istisnai olarak politik açıdan önemli konularda başvurulabilmektedir. Nitekim uluslararası antlaşmalara ilişkin önleyici denetim sisteminin 1997'den beri tanınmış olmasına rağmen, bu konuya ilişkin herhangi bir karar alınmamıştır⁵⁰⁶.

2.4. Çek Cumhuriyeti

Çek Cumhuriyeti Anayasası m.10a ve m.49'da yer verilen uluslararası anlaşmaların onaylanmasından önce, bu antlaşmaların anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmektedir. Çek Cumhuriyeti Anayasası m.10a'ya göre; “Çek Cumhuriyetinin organlarının, uluslararası antlaşmalarla ilgili yetkilerinin bazıları uluslararası organizasyonlara ya da enstitülere devredilebilir. Buna göre, uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasında, Anayasanın onama için referandum öngörmemiş olduğu durumlarda, Parlamentonun onayı şarttır.” Anayasa m.87/2'ye göre, Anayasa Mahkemesi, Anayasa m.10a ve m.49 kapsamındaki uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu bu antlaşmalar uygun bulunmadan veya onanmadan önce denetlenmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararına kadar, uluslararası antlaşmaların yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Anayasa m.89/3'e uyarınca, Anayasa Mahkemesinin m.87/2'ye göre uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırı olduğuna

⁵⁰⁵Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 10.

⁵⁰⁶Le Bot 135.

ilişkin kararları, bu aykırılıklar giderilinceye kadar antlaşmaların onaylanmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi uluslararası anlaşmanın anayasaya uygunluğuna ilişkin bir karar almadan ilgili uluslararası antlaşma onaylanamaz⁵⁰⁷.

2.5. Slovakya

Slovakya Anayasası, m.7/4 ile m.93'de zorunlu referandum hallerini düzenlemektedir. Anayasa m.7/4'e göre uluslararası antlaşmalar, uluslararası bir organizasyona katılma veya buradan ayrılmaya ilişkin ise referandum zorunludur. Anayasa m.7/4 kapsamı dışında kalan uluslararası antlaşmalar ise, Ulusal Konseyin onayına sunulmadan, antlaşmanın anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak önleyici bir denetime tabi tutularak uygun bulunması sonucunda, onaylamaya konu olmaktadır⁵⁰⁸. Cumhurbaşkanı ve Hükümet, Anayasa m.102/b ve m.119/h gereğince yapılan ve Parlamentonun onayını gerektiren bir uluslararası antlaşmanın Anayasa ve anayasal düzenlemelere uygunluğuna dair Anayasa Mahkemesinden görüş isteyebilmektedir. Bu düzenleme doğrultusunda Slovakya Anayasa Mahkemesinin, uluslararası antlaşmanın anayasaya uygunluğuna ilişkin vereceği görüş için yapacağı değerlendirmenin bir tür "önleyici denetim" mahiyetinde olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi, görüşünü bildirmek amacıyla yaptığı denetim neticesinde bu antlaşmanın anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, artık Parlamento bu antlaşmaya onay veremeyecektir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Bkz. Çek Cumhuriyeti Anayasası.

⁵⁰⁸ "Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit", Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2035.

⁵⁰⁹ "Renforcement du contrôle préventif de la conformité au droit", Rapport du Conseil fédéral, (5 Mars 2010) 2035-2036; Gün 25.

2.6. Rusya

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetim kural olarak giderici denetim olsa da Rusya Federasyonu'nun yaptığı uluslararası antlaşmalar bunun bir istisnasını oluşturmakta, ilgili uluslararası antlaşmaların denetimi yürürlüğe girmelerinden sonra yapılamamaktadır⁵¹⁰. Rusya Federasyonu Anayasası m.125/2, d bendi gereğince, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi, Federasyonun henüz yürürlüğe girmemiş uluslararası antlaşmalarının, Anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin yapılan başvuruları değerlendirmekle görevlidir. Anayasa m.125/4'de yer alan düzenlemede “*Anayasaya aykırı olarak tanımlanan düzenlemeler veya onların değişik hükümleri yürürlükten kalkar; Federasyon Anayasasına aykırı olan uluslararası antlaşmalar yürürlüğe konulamaz ve uygulanamaz*” ifadelerine yer verilmiştir.

2.7. Gürcistan

Gürcistan Anayasası m.89/1/a uyarınca, Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetler. Gürcistan Anayasa Mahkemesi Kanunu m.19/f'de, Anayasa Mahkemesinin yetkileri ve görevlerinin yanı sıra, Anayasa Mahkemesinin uluslararası antlaşmaların ve sözleşmelerin anayasaya uygun olup olmadığını talep üzerine denetleyebileceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun m.38/1 uyarınca, Cumhurbaşkanının ve Parlamentonun en az beşte bir üyesinin uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi için başvurma haklarının olduğu, maddenin ikinci fıkrasında ise onaya tabi uluslararası antlaşmalar bakımından yapılacak anayasa uygunluk denetimi için başvuruların, antlaşmaların onaylanmasından önce yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır⁵¹¹.

⁵¹⁰ “Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes”, *Rapport dela Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie*, Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes XIIème Congrès, Bruxelles, Palais d'Egmont, 14-16 mai (2002) 4.

⁵¹¹“Response of The Constitutional Court Of Georgia”, *Problems Of Legislative Omission In Constitutional Jurisprudence*, XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts, 7.

3. Güney Avrupa Ülkeleri

3.1. Portekiz

Portekiz Anayasası m.134/h’de, Cumhurbaşkanı’nın yetkileri arasında, “*Anayasa Mahkemesinden kanunlarda ve uluslararası antlaşmalarda belirtilen kuralların Anayasaya uygunluğu bakımından önleyici inceleme*⁵¹² yapılmasını istemek” yer almaktadır. Keza, Anayasa m.278/1’e göre, “*Cumhurbaşkanı, onaylanmak üzere kendisine gönderilmiş bir uluslararası antlaşma ile belirlenen herhangi bir kuralın yürürlüğe girebilmesi, herhangi bir kanun veya idari kanun veya kararnamenin imzalanabilmesi ya da herhangi bir uluslararası antlaşmanın anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetime konu edilerek incelenebilmesi için*” Anayasa Mahkemesine gönderilebilmektedir.

Anayasa m.279/1’de yer alan düzenlemeye göre, uluslararası antlaşmanın herhangi bir kuralının Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı olduğuna karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı veya Cumhuriyet Temsilcisi⁵¹³, antlaşmayı veto ederek, antlaşmayı kabul eden organa geri göndermektedir. Buna bağlı olarak m.279/3’e göre de, “*Statü veya antlaşma yeniden formüle edilmişse, Cumhurbaşkanı veya Cumhuriyet Temsilcisi, revize edilmiş kurallardan herhangi birinin anayasaya uygunluğu ile ilgili bir ön inceleme isteyebilir*”.

Anayasa Mahkemesinin bir düzenlemeyi anayasaya aykırı bulduğu hallerde, Portekiz Anayasası m.279/4’de düzenlenen “askıya alıcı veto hakkı⁵¹⁴” ile

⁵¹² Portekiz Anayasası’nın 278.maddesinde düzenlenen anayasaya uygunluk bakımından ön inceleme talebi, ilgili düzenlemenin yetkili makama ulaşmasının ardından sekiz gün içerisinde yapılacaktır. Anayasa Mahkemesi ise ilgili başvuruyu yirmi beş gün içinde karara bağlar ancak Cumhurbaşkanı konunun aciliyetini gerekçe göstererek bu süreyi kısaltabilir.

⁵¹³ Anayasa m.230 uyarınca, Cumhuriyet Temsilcileri, her bir özerk bölge için Cumhurbaşkanı’nın Hükümete danışarak atadığı ve görevden aldığı kişidir. Görevinden alınmadığı sürece, Cumhuriyet Temsilcisinin görev süresi Cumhurbaşkanı’nın görev süresi kadardır ve yeni bir Cumhuriyet Temsilcisi atandığında sona erer.

Portekiz Anayasası https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf (Erişim Tarihi: 15.08.2016).

⁵¹⁴ Benzer düzenlemeye Romanya Anayasası m.146 ve m.147’de de yer verilmişti. Fakat ilgili düzenleme 2003 değişikliğiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Gönenç, “Yasaların Anayasaya Uygunluğun Denetimi ve Anayasa Yargısı”, 15.

parlamentoların nitelikli çoğunlukla aldığı karar neticesinde Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların yürürlüğünün durdurularak askıya alınabilmesi düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, eğer Anayasa Mahkemesi bir antlaşmada yer alan herhangi bir kuralın anayasaya aykırılığına karar verirse, söz konusu antlaşma, sadece Cumhuriyet Meclisinin üyelerinin üçte ikisinin hazır bulunduğu toplantıda, üye tamsayısının salt çoğunluğundan fazlasının kabul etmesi koşuluyla onaylanabilir. Dolayısıyla, eğer Anayasa Mahkemesi bir antlaşmada yer alan herhangi bir kuralın anayasaya aykırılığına karar verirse, söz konusu antlaşma ancak bu maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde onaylanabilir.

3.2. İspanya

Uluslararası antlaşmaların onaylanması ve yürürlüğe girmesinin öncesinde doğrudan denetim usulü İspanya’da da bulunmaktadır. İspanya Anayasası m.95/1’de, *“anayasaya aykırı hükümler içeren herhangi bir uluslararası antlaşmanın onaylanabilmesi için önce Anayasa değişikliğinin gerektiği”* hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, bir uluslararası antlaşmanın anayasaya uygun olup olmadığının incelenmesini ve gerekli açıklamanın yapılmasını, Hükümet veya Meclislerden biri, Anayasa Mahkemesi’nden isteyebilir⁵¹⁵.

Mevcut durumda, uluslararası antlaşmaların denetimi için öngörülen önleyici denetim, bu denetim modelinin örneklerinden biridir⁵¹⁶. 1978 Anayasası’nın ilk halindeki düzenleme esas alındığında, bir grup kanun için önleyici denetim usulüne izin verilmiş olsa da bu denetim politik bulunduğu gerekçesiyle 1985 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak yürürlükten kaldırma sürecinde, uluslararası antlaşmalara ilişkin

⁵¹⁵Llorente 132, dn. 15, 132-133; Onar 139; Le Bot 135.

⁵¹⁶Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 5.

öngörülen önleyici denetimin kaldırılmasına yönelik herhangi bir uyuşmazlığın olmaması dikkat çekicidir⁵¹⁷.”

İspanya Anayasası m.161’de, Anayasa Mahkemesinin yargılama yetkisinin içerisinde uluslararası antlaşmalara yer verilmemiş olsa da 3 Ekim 1979 tarih ve 2/1979 sayılı İspanya Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Organik Kanunu m.2/1(e)⁵¹⁸, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi Anayasa Mahkemesine ait olup, buna ilişkin usul, Kanunun 78. maddesinde düzenlenmiştir⁵¹⁹. İspanya Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Organik Kanunu m.78’e göre, Hükümet ya da iki Meclisten biri, Anayasa Mahkemesine henüz devletin onay vermediği bir antlaşmaya ilişkin hükmün anayasaya aykırı olduğu durumlarda Mahkemenin görüşünü almak üzere başvurulabilir. Anayasa Mahkemesi başvurudan itibaren hak düşürücü süre niteliğinde olan bir ay içerisinde görüşünü açıklamak durumundadır. Eğer Anayasa m.95 gereğince anayasaya uygun olduğuna ilişkin görüş bildirilirse antlaşma bağlayıcı hale gelecektir.

Bu düzenleme ile Fransa Anayasası m.54’deki düzenlemeye yaklaşılmıştır⁵²⁰. İspanya’da uluslararası antlaşmaların denetimine ilişkin uygulamaya yönelik başlıca örnek Maastricht Antlaşmasıdır. Maastricht Antlaşması ile ilgili olarak 1992 yılında, Antlaşmanın onaylanmasından önce İspanya Hükümeti tarafından Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmıştır. Mahkeme, uluslararası antlaşma hükümlerinden birinin (yabancılara oy hakkı verilmesi hakkında hüküm) anayasaya aykırı olduğuna (1.07.1992) ve Antlaşmanın Anayasa’da ilgili değişiklik yapılmadan onaylanamayacağına karar vermiştir. Bunun üzerine 27.08.1992’de anayasa değişikliği yapılmıştır⁵²¹. Fransa’da olduğu gibi İspanya Anayasa Mahkemesi de, Maastricht Antlaşması’nın onaylanmasından önce anayasa değişikliği yapılmasının zaruri olduğuna karar vermiştir. Böylece, anayasanın antlaşmaya göre düzenlenmesi sağlanarak,

⁵¹⁷Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 6.

⁵¹⁸Bkz. İspanya Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Organik Kanun.

⁵¹⁹Başlar, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması”, 330.

⁵²⁰Bon, “Présentation du Tribunal Constitutionnel Espagnol”, 44.

⁵²¹Bon, “Présentation du Tribunal Constitutionnel Espagnol”, 44; Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, 6.

antlaşmanın onaylanması ve yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya aykırılık gerekçesiyle herhangi bir itirazda bulunulması daha baştan önlenmiştir⁵²².

3.3. Arnavutluk

Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası m.131.b uyarınca, Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmaların onaylanmasından önce anayasaya uygun olup olmadığı hakkında karar verir. Keza Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Çalışma Usulleri Hakkındaki Kanun'un VII. Bölümünün "Özel Yargılama Usulleri" başlıklı kısımda Anayasa Mahkemesi, kanunların ve diğer düzenlemelerin uluslararası antlaşmalara uygunluğu bakımından denetim yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi Kanunu m.49'a göre; "*Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclis üye tam sayısının en az beşte biri ve Yüksek Devlet Denetim Kurulu Başkanı, kanunların ve diğer normatif düzenlemelerin Anayasa'ya ve uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetimini yaptırmak amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir*".

Anayasa Mahkemesi Kanunu m.52/3'e göre, "*Anayasa Mahkemesi'nin incelediği anayasaya aykırılık iddiası kurulda görüşülecek hale gelmişse, uluslararası antlaşmanın onaylama işlemleri askıya alınır ve anayasaya aykırılık denetimi başvurudan sonraki bir ay içinde sonuçlandırılır. Bu doğrultuda, Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilen uluslararası antlaşmalar onaylanamaz*". Anayasa m.53/1 uyarınca, "*Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce onaylanmış olan uluslararası antlaşmaların anayasaya aykırılığı sadece Bakanlar Kurulu tarafında ileri sürülebilir*". Anayasa Mahkemesi, uluslararası antlaşmanın onaylanmasına ilişkin kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu kanaatine varması halinde, antlaşmanın onaylanmasına ilişkin kanunun iptaline hükmetmektedir⁵²³.

⁵²²Garlicki, Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification", 6.

⁵²³Başlar, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması", 331; Bkz. Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Çalışması Hakkındaki Kanun.

E. Anayasa Değişiklikleri

Anayasada yapılacak değişikliğe ilişkin teklifin kabul edilerek anayasanın yeni bir hükmü haline gelebilmesi, öncelikli olarak bu değişikliğin anayasada öngörülen anayasa değişikliğine ilişkin belirlenen usule uygun olarak yapılmasına bağlıdır⁵²⁴. Anayasa değişikliklerinin Anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda, Anayasa Mahkemesi olan ülkelerin anayasalarında düzenleme birliği olmadığı gibi, uygulamada da birlik bulunmamaktadır. Bazı ülkelerin anayasaları Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesine ilişkin bir düzenlemeye açıkça yer vermese de⁵²⁵, bu ülkelerde Anayasa Mahkemeleri söz konusu yetkiyi kendilerinde görerek, bu denetimi gerçekleştirmişlerdir⁵²⁶.

Nadiren görülmekle birlikte, bazı yeni demokrasilerde, anayasa değişikliklerinin “parlamentolarca kabulünden önce” Anayasa Mahkemesi tarafından zorunlu ve düzenli bir şekilde denetimini öngören uygulamalar bulunmaktadır. Azerbaycan, Moldova ve Kırgızistan Cumhuriyeti’nde Anayasa Mahkemelerinin, öngörülen anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme görevi bulunmaktadır. Azerbaycan Anayasası m.153’de, “*Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa metninde değişiklik yapılmasını Azerbaycan Cumhuriyeti Milli Meclisi veya Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı teklif ederse, önerilen değişikliklerle ilgili önceden Azerbaycan Anayasa Mahkemesinin reyi alınır.*⁵²⁷” düzenlemesine yer verilmiştir. Moldova Cumhuriyeti Anayasası m. 141/2 uyarınca, “*Anayasal kanun tasarıları en az dört hakim tarafından kabul edilen Anayasa Mahkemesi’nin istişari görüşü ile birlikte Parlamento’ya sunulacaktır.*” Bu hükümlerle, anayasa değişikliklerinin denetimine yönelik ihtiyari bir yetki düzenlenmiştir. Kırgızistan Cumhuriyeti Anayasası m.96/1’e göre, Yüksek Mahkeme; hukuk, ceza, ekonomik, idari ve diğer davalarla ilgili olarak temyiz mercii

⁵²⁴ Murat Şen, “1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S.1, (1998) 90.

⁵²⁵ Özbudun, “Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması”, 14; Ergun Özbudun, “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey”, *European Public Law*, Vol.15, Issue 4, (2009) 535.

⁵²⁶ M.Zafer Üskül, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliklerinin Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesine İlişkin Kararları Üzerine”, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Ed.: Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen ve Ali Rıza Çoban (Ankara: Tayfun Medya, 2012) 679.

⁵²⁷ Bkz. Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası.

olmasının yanı sıra, Yüksek Mahkemenin Anayasa Dairesi anayasal denetim organıdır ve m.97/6/3 gereğince, anayasa değişikliklerine dair kanun tasarısıyla ilgili de görüş bildirmektedir. Anayasaya aykırılığı tespit edilen kanun veya hükümler yürürlükten kalkmaktadır⁵²⁸.

Anayasa değişikliklerine ilişkin önleyici denetime yer veren düzenlemeler sınırlı olduğu gibi, anayasa değişikliklerine yönelik gerçekleştirilen denetim şekil ve esas açısından da sınırlandırılmıştır. Anayasa değişikliğinde önleyici denetimin gerekli olup olmadığını ortaya koymak açısından, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren Anayasa Mahkemelerinin tutumları, denetim şekillerinin kapsamı ve kararlarında değindikleri hususlar esas alınarak değerlendirilecektir.

1. Batı Avrupa Ülkeleri

1.1. Fransa

Fransa’da, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin, Anayasa Konseyi dahil olmak üzere hiç bir mahkemenin yetki alanında olmadığı kabul edilmektedir. Anayasa Konseyi ilk kez, 6 Kasım 1962 tarihli ve 62-20 DC sayılı kararında, referandumla kabul edilmiş bir anayasa değişikliğine ilişkin yargısal denetim yolunun olmadığını⁵²⁹, anayasal hükümlerin kendisine yasama işlemlerine yönelik denetim yetkisi verdiğini ve bu yetkinin anayasa değişikliklerini içermediğini, dolayısıyla yargılamaya yer olmadığını belirtmiştir. Aynı hususa daha sonra çeşitli kararlarında da yer veren Konsey, ayrıca “anayasa koyucunun egemen gücü” nedeniyle anayasa değişikliklerinin diğer organlar tarafından denetlenemeyeceğini de vurgulamıştır⁵³⁰.

⁵²⁸ Kırgız Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.turk-pa.org/documents/turk-t.pdf> (Erişim Tarihi: 10.12.2015).

⁵²⁹ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1962/62-20-dc/decision-n-62-20-dc-du-6-novembre-1962.6398.html> (Erişim Tarihi: 16.08.2015).

⁵³⁰ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001, 19 January 2010 Study no. 469 / 2008, Strasbourg 45; European

1992’de, Anayasa Konseyine, Maastricht Antlaşması’nın onaylanması için yapılan anayasa değişikliğiyle ilgili başvuruda bulunulmuştur. Bu başvuru aslında dolaylı bir şekilde anayasa değişikliklerinin denetimini de içermektedir⁵³¹. Konseyin 9 Nisan 1992 tarih ve 92-308 sayılı, Maastricht I isimli kararına⁵³² uygun olarak Kongre⁵³³, Antlaşmanın onaylanmasını sağlamak amacıyla 25 Haziran 1992 tarih ve 92-554 sayılı kanunla Anayasayı değiştirmiştir⁵³⁴. Senatörlerin bir kısmı yapılan anayasa değişikliğine rağmen Antlaşmanın hala Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Konseyine başvurmuşlardır. Anayasanın 89. maddesinin son fıkrasında her türlü saldırının yasaklandığı cumhuriyet ilkesi ve ulusal egemenlik arasında sıkı bir bağlantı olduğundan⁵³⁵, başvurular, özellikle antlaşmanın ulusal egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığını iddia etmişlerdir. Bu iddialara Fransız Anayasa Konseyi 2 Eylül 1992 tarih ve 92-312 sayılı *Maastricht II* kararında, şu şekilde cevap vermiştir: “*Kurucu İktidar egemendir*”. *Ancak onun egemen olma niteliği “Anayasa m.7⁵³⁶, m.16 ve m.89/4⁵³⁷’ün yanı sıra, Cumhuriyet olan Hükümet şeklinin herhangi bir anayasa*

Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Compilation of Venice Commission Opinions, Reports and Studies on Constitutional Justice, CDL-PI(2015)002, Strasbourg, 1 July 2015, 46.

⁵³¹Genevois 913.

⁵³²<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92308dc.htm> (Erişim Tarihi: 22.07.2015).

⁵³³V. Cumhuriyet Fransa Anayasasında Kongre kavramı, Parlamentonun Millet Meclisi ve Senato olmak üzere iki kanadının beraber toplanmasını ifade etmektedir. Eğer Cumhurbaşkanı, her iki Mecliste ayrı ayrı kabul edilen anayasa değişikliği önerisini, referanduma sunabilir veya Meclislerin yapacağı ortak toplantı neticesinde kabul edilmesi yolunu tercih edebilir. İlgili öneri, toplantıda oyların beşte üç nitelikli oy çoğunluğunun sağlanması halinde kabul edilmiş sayılacaktır.

⁵³⁴Maastricht Antlaşmasının onaylanmasından önce, ilgili Antlaşmanın Fransa Anayasası ile uyumlu olup olmadığını tespiti için Anayasanın 54. maddesine dayanılarak Anayasa Konseyine başvuruda bulunulmuştur. Bu maddeye göre; Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclislerin Başkanlarının, altmış senatör veya altmış milletvekilinin bir uluslararası antlaşmanın Fransız Anayasasına aykırı bir hüküm içerip içermediğinin tespiti için Anayasa Konseyine başvurma hakları vardır. Şayet yaptığı inceleme neticesinde Konsey, ilgili uluslararası antlaşmada Anayasaya aykırı bir hüküm tespit ederse, ilgili antlaşma ancak Anayasanın değiştirilmesi halinde onaylanabilecektir. Bir başka deyişle, Anayasanın uluslararası antlaşma ile uyumlu hale getirilmesi durumunda antlaşmanın onaylanması mümkün hale gelecektir. *Maastricht I* adı verilen karar ise Anayasanın 54. maddesi gereğince yapılan bir başvuru neticesinde verilmiştir.

⁵³⁵Florence Chaltiel, “La souveraineté du pouvoir constituant dérivé: Développements récents”, (à propos de la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003), *LPA*, n° 123, (2003) 7.

⁵³⁶Anayasanın 7. maddesinin son fıkrasında, anayasa değişikliğine ilişkin esasları belirleyen 89. maddenin, cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması halinde ve Anayasa Konseyinin cumhurbaşkanının görevini yerine getiremeyecek olduğuna karar verdiği tarihten itibaren yeni cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar geçecek süre zarfında uygulanamayacağına işaret etmektedir.

⁵³⁷Anayasanın 89. maddenin 4. fıkrasında, benzer şekilde anayasa değişikliklerinin yapılmasının mümkün olmadığı bir zaman sürecinden bahsedilmektedir: “*Ülkenin bütünlüğüne yöneltilen bir tehlikenin varlığı halinde hiçbir anayasa değişikliği projesi önerilemez, önerilirse bile devam ettirilemez*”.

değişikliğine konu olamayacağı emrini içeren Anayasa m.89/5'de belirtilen kayıtlar çerçevesinde söz konusudur”⁵³⁸.

Anayasa Konseyi, anayasa üstü normların bulunduğu fikrini⁵³⁹ ve referandum sonucu kabul edilen tüm yasalara (hem olağan hem de anayasa değişikliğine ilişkin yasaların) yönelik anayasaya uygunluk denetimi yapmayı reddetmiştir. Ancak verdiği red kararı çerçevesinde Kongre tarafından kabul edilen yasalar için kimi sınırların olabileceğini belirtmiştir. Söz konusu sınırlardan ilki, ilgili kararda da belirtildiği üzere, değişikliklerin içeriğine yönelik olarak, Hükümet şekli olan cumhuriyetin değiştirilmesinin yasaklanmasına ilişkindir. Bununla beraber bir görüşe göre,⁵⁴⁰ 2 Eylül 1992 tarihli Anayasa Konseyi kararında, bir yorum başlangıcının dahi olmadığını, sadece Anayasa metninin tekrarıyla yetindiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre Anayasa m.89/5'de düzenlenen “*Cumhuriyet olan hükümet şeklinin değişiklik konusu yapılamayacağı*” hükmü diğer anayasal buyruklar gibi Parlatentonun egemenliğini sınırlamaktadır⁵⁴¹. Diğer bir görüşe göre ise, Anayasa m.89/5'de yer alan cumhuriyet şeklinin değiştirilmezliğine ilişkin hüküm, kurucu iktidarı konu bakımından sınırlandırılmıştır. Her ne kadar, ilgili başvuruya konu olan bir anayasa değişikliği olmasa da, değiştirilmez hükümlere ilişkin yapılan tespitler, ileride yapılacak başvurularda, anayasa değişikliklerinin bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı bakımından denetleyebileceğinin sinyallerini vermiştir.⁵⁴².

Konseyin 26 Mart 2003 tarihli, 2003-469 sayılı kararında da, Parlamento tarafından kabul edilen anayasa değişiklikleri hakkında anayasaya uygunluk denetiminin kabul edilmediği belirtilmiştir⁵⁴³. Bahsi geçen kararda, Anayasanın 61.maddesinde, Anayasa Konseyinin organik kanunu ve olağan kanunların anayasaya uygunluğunu değerlendirebileceğinin belirtildiğini, ne 61.maddenin ne 89.maddenin ne de anayasadaki herhangi bir maddenin anayasa değişikliğinin denetlenmesine ilişkin

⁵³⁸ Guillaume Drago, *Contentieux Constitutionnel Français*, 1ère édition, (Paris: PUF, 1998) 270-271.

⁵³⁹ Elisabeth Zoller, *Droit Constitutionnel*, 1ère édition, (Paris: PUF, 1998) 93-94.

⁵⁴⁰ Michel Verpeaux, “La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel”, in *Mélanges en l'Honneur de Pierre Avril*, (Paris: Montchrestien, 2001) 134.

⁵⁴¹ Drago 270-271.

⁵⁴² Olivier Beaud, *La puissance de l'Etat*, (Paris : PUF, 2004) 400-401.

⁵⁴³ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dc-du-26-mars-2003.857.html> (Erişim Tarihi: 16.08.2015).

Konseye yetki vermediğine karar verilmiştir⁵⁴⁴. Bu karar sonucunda, Anayasa Konseyinin bir taraftan kendine yöneltilebilecek eleştirilerden kaçmak için kendi kendini sınırladığı ileri sürülürken, diğer taraftan kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması amaçlansa da hukuk devleti ilkesine gölge düşürdüğü ileri sürülmüştür⁵⁴⁵.

1.2. Almanya

Almanya’da, Federal Anayasa Mahkemesinin yetkisi Anayasa m.93’de düzenlenmiştir. Bu maddede, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine yetki veren bir ifade yer almamaktadır. Anayasa m.93/2’deki düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesi, “*federal hukuk veya eyalet hukukunun maddi veya şekli bakımından bu Anayasaya veya eyalet hukukunun sair federal hukuka uygunluğu konusundaki görüş ayrılıkları veya kuşku halinde*” karar verme yetkisine sahip bulunmaktadır.

Bu doğrultuda Mahkeme, 18 Aralık 1953 tarihinde verdiği kadın ve erkeklerin haklarının eşitliğine ilişkin bir kararda yalnızca bir kanunun değil, bir anayasa normunun da pozitif hukukun üstünde yer alan ilkelere veya daha yüksek bir anayasa normuna uygunluğunu denetleyebileceğini ifade etmiştir⁵⁴⁶. Mahkemeye göre, anayasadaki normlar arasında bir hiyerarşi vardır ve doğal hukuk anayasa değişikliğinin denetiminde Mahkeme tarafından kullanılabilir. Bu doğrultuda, Mahkeme nadir de olsa anayasadaki pozitif kurullarla, doğal hukuk arasında çelişkinin olabileceğini belirtmiştir⁵⁴⁷. Fakat şunu önemle belirtmek gerekir ki Mahkeme bu denetimi yalnızca kurumsal bir olanak

⁵⁴⁴Neuman 322; Olivier Dutheillet de Lamothe, “L’*autorité de l’interprétation Constitutionnelle*”, in *L’interprétation Constitutionnelle*, Ed.: Ferdinand Melin-Soucramanien, (Paris: Dalloz, 2005) 203; Michal Bobek, *Comparative Reasoning In European Supreme Courts*, (Oxford: Oxford University Press, 2013) 115-116.

⁵⁴⁵ Michel Verpeaux, “La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l’organisation décentralisée de la République: libres propos”, *RFDA*, n°4, (2003) 663- 664; Marthe Fatin-Rouge Stefanini, “Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2003”, *RFDC*, n°54, 2003/2 (2003) 379.

⁵⁴⁶ Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de “Anayasa m.93’de yer alan “federal hukuk” ifadesinin hem kanun hem de anayasa değişikliklerini kapsadığı yönünde geniş bir yorum yaparak, anayasa değişikliklerini denetlemektedir. Jean- Claude Beguin, « Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois En République Fédérale d’Allemagne », (Paris: Economica, 1982) 63.

⁵⁴⁷ Paul G. Kauper, “The Constitutions of West Germany and The United States: A Comparative Study”, *Michigan Law Review*, Vol.58, No. 8, June (1960) 1179.

olarak kabul etmiş, fakat böyle bir denetime girişmemiştir. Mahkeme, 1953'den sonraki kararlarında, Anayasanın temel ilkelerine önem veren bir yorum şeklini tercih etmiştir⁵⁴⁸.

Almanya'da, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanun “federal hukuk” kapsamında kabul edilmektedir. Gerek doktrinde, gerekse Mahkeme içtihatlarında, Anayasa değişiklikleri hakkındaki kanunlara ilişkin denetimin, yasanın “değiştirilemez hükümlere aykırılık yönünden” incelenmesini de kapsadığı kabul edilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi 16.6.1959 tarihli kararında⁵⁴⁹ böyle bir denetim yetkisinin bulunduğunu belirtmiş, 15.12.1970 tarihli kararında⁵⁵⁰ ise 1959 tarihli kararında kabul ettiği yetkiyi, Anayasa değişikliği kanununa karşı açılan iptal davasında değiştirilemez maddelere aykırılık iddiasını gerekçe göstererek kullanarak, esastan bir denetim yapmıştır.

Bu kararlar neticesinde elde edilen sonuçlardan ilki, bu denetimin yalnızca değiştirilemeyen kurallara aykırılık kapsamında yapılmış olmasıdır. İkincisi ise, anayasanın değiştirilemeyen hükümlerine aykırılığın maddelere hiçbir şekilde dokunulamayacağı anlamına gelmediğidir. Mahkeme Anayasa m.79/3'de yer alan temel ilkelerin hukuk düzeni ve anayasaya uygunluk bakımından yeniden yorumlanmasına herhangi bir engel olmadığını fakat ilkelere ciddi sapmaların yasaklandığını belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme kendi yetkisini genişleterek çok geniş bir denetim imkanına sahip olmasına rağmen, anayasa koyucunun önceliğini koruyarak, anayasaya uygunluk denetimini yapacak “hakimin kendi kendini sınırlaması” (judicial self-restraint) yolunun tercihinin öncelik vermiştir. Bu tercihin gerekçesinde, Anayasanın diğer Anayasal organlara tanıdığı siyasal özerkliğin korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir⁵⁵¹.

Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetiminin Anayasada çizilen çerçeveyi aşacak şekilde yapılmasına karşı olduğunu kararlarında açıkça belirtmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, iktidar ile muhalefet arasında yasama faaliyeti sırasında çıkan

⁵⁴⁸ Mehmet Turhan, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *AÜHFD*, C.XXXIII, S.1-4, (1976) 75.

⁵⁴⁹ BVerfGE 9, 334 (336), aktaran Osman Can, “Anayasa Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.62, S.3, (2007) 113-114.

⁵⁵⁰ BVerfGE 30, 1 (Abhörurteil), aktaran Can, “Anayasa Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, 114.

⁵⁵¹ Osman Can, “Anayasa Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.62, S.3, (2007) 113-114.

uyuşmazlıkların “anayasal sorun” olarak kabul edilmesi istemine ve muhalefetin önleyici denetim yapılmasına yönelik başvuruları reddetmiştir⁵⁵².

Anayasa Mahkemesi 23.04.1991, 18.04.1996, 14.05.1996 ve 03.03.2004 tarihli kararlarında anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu değerlendirmiştir. Bu kararlarda, “federal hukukun” anayasa değişikliklerini içerip içermediği ayrıca tartışılmamış olsa da, Anayasa Mahkemesi, dolaylı olarak, “federal hukukun” (Bundesrecht) sadece federal kanunları içermediğini, aynı zamanda temel kanun olan anayasayı tamamlayan veya değiştiren kanunları da içerdiği şeklinde yorumlamıştır. Zira Anayasa Mahkemesinin “federal hukuku” Anayasayı içermeyecek şekilde yorumlaması, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimi hususunda Mahkemenin yetkisiz olduğu sonucuna varılmasına neden olacaktır⁵⁵³. Tüm bu kararlar değerlendirildiğinde, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetiminin Mahkemenin içtihatlarıyla doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Almanya’da anayasa değişikliklerine ilişkin yapılan bu denetimin aslında giderici nitelikte olduğunu fakat bazı eyaletlerde ilgili denetimin önleyici denetime konu yapıldığını belirtmekte de fayda görülmektedir.

Almanya’nın Bayern, Baden-Württemberg ve Saarland eyaletlerinde, anayasayı değiştirmeye yönelik kanun tasarıları, eyalet mahkemeleri tarafından önleyici denetime tabi tutulmaktadır. Yalnızca anayasa değişiklikleriyle sınırlı olarak uygulanan bu önleyici denetim bakımından eyalet hükümetleri ve federal mecliste yer alan milletvekillerinin belirli bir oranı başvuruda bulunabilmektedir. Bu yargılamada, anayasa değişikliğine yönelik başvurunun sosyal, demokratik, cumhuriyetçi hukuk devletinin temel ilkelerine aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir⁵⁵⁴.

⁵⁵² Can, “Anayasa Değişirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, 113-114.

⁵⁵³ Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments – A Comparative Study*, (Bursa: Ekin Press, 2008) 22-23.

⁵⁵⁴ Bednarik 217.

1.3. Avusturya

Avusturya Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliğine ilişkin yasaları (Verfassungsgesetze) denetlemektedir ve federal kanunu anayasa değişikliklerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlamaktadır⁵⁵⁵. Bu durumda yapılacak denetim, yasanın usuli prosedüre uygun olarak yapılıp yapılmadığı, özellikle toplantı ve karar yeter sayılarının sağlanıp sağlanmadığıyla ilgili olarak şekli denetimle sınırlıdır. Anayasanın temel ilkelerine yönelik bir müdahale söz konusu olduğunda ise, mahkemenin anayasaya uygunluk denetimiyle birlikte halk oylamasına başvurulması da zorunludur⁵⁵⁶.

Avusturya Federal Anayasası m.44/1 uyarınca; *“Milli Konsey, anayasal kanunları veya salt çoğunluk oyuyla kabul edilen kanunlarda yer alan anayasal hükümleri ancak üye tamsayısının en az yarısının katılımıyla ve kullanılan oyların üçte ikisinin oyuyla kabul edebilir”*. Bu düzenlemeler açıkça “anayasal kanun”, “anayasal hükümler” olarak nitelendirilirler. Bunun yanı sıra, eyaletlerin yasama veya yürütme yetkilerini sınırlayan anayasal kanunların veya salt çoğunluk oyuyla kabul edilen kanunlarda yer alan anayasal hükümlerin ayrıca, Federal Konsey tarafından üye tam sayısının en az yarısının katılımıyla ve kullanılan oyların üçte ikisinin oyuyla onaylanmaları zorunludur. Avusturya Federal Anayasası m.44/3’e göre; *“Federal Anayasanın genelinde yapılacak her türlü bütüncül değişiklik, Anayasa m.42’de belirtilen usulün tamamlanmasından sonra ve her halükarda değişikliğin Federal Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasından önce, tüm ulus genelinde halk oylamasına sunulur. Federal Anayasada yapılacak tüm kısmi değişikliklerde ancak Milli Konsey ya da Federal Konsey üyelerinin üçte birinin talebiyle referandum gereklidir”*.

Avusturya Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin ilk kararında, anayasa değişikliklerine ilişkin olarak sadece “Anayasa m.44’de belirtilen kıstaslar esas alınarak yapılacak bir şekil denetimi” bakımından yetkili olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, aynı kararda, bu tür bir değişikliğin kısmi veya bütüncül nitelikte olup olmadığının denetimi

⁵⁵⁵ Sylvie Peyrou-Pistouley, La Cour Constitutionnelle et Le Controle de la Constitutionnalité des Lois en Autriche, (Paris: Economica, 1993) 140-141.

⁵⁵⁶ Haller 57; Gözler, Judicial Review of Constitutional Amendments, 34-40.

yetkisine sahip olduğunu da belirtmiştir⁵⁵⁷. Bu doğrultuda yapılan değişikliğin kısmi olup olmadığını belirlerken, Federal Anayasanın temel ilkelerini etkileyen bir değişikliğin Anayasanın tümünün değiştirilmesi anlamına gelebileceğini, hatta kısmi değişikliklerin belli bir sınırı geçmesi halinde bunun tamamen değiştirme şeklinde yorumlanabileceğini belirterek, söz konusu temel nitelikleri etkileyen değişikliğin ancak halk oylamasıyla kabul edilebileceğini, aksi takdirde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceğini ifade etmiştir⁵⁵⁸.

Bir anayasa değişikliği; demokrasi, hukukun üstünlüğü ve federasyon ilkelerini içeren anayasanın temel yol gösterici ilkelerinden sadece birini etkilese bile bütüncül bir değişikliktir⁵⁵⁹. Hukukçu olmayan bir kimse için “anayasanın bütüncül değiştirilmesi” anayasanın tüm maddelerinin değiştirilmesi anlamına gelirken, Avusturya Anayasa Mahkemesi “anayasanın bütüncül değiştirilmesinin” anayasanın temel ilkelerinden birinin etkilenmesi anlamına geldiği şeklinde açıklamıştır. Bir görüşe göre, anayasada, anayasanın bütüncül değiştirilmesi tanımlanmamıştır. Fakat, Anayasa Mahkemesinin bütüncül değişim olarak nitelendirdiği temel ilkeler tam anlamıyla tanımlanamaz; çünkü Avusturya Anayasasında bu ilkeleri tanımlayan bir hüküm yoktur⁵⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi içtihadını, anayasada yapılan kısmi değişikliklerin belirli bir noktayı aştığı takdirde “tamamen değiştirme” anlamını taşıyabileceğini yönünde genişleterek sürdürmüştür⁵⁶¹. Mahkeme 2001 yılında verdiği bir kararla, halkoylamasına sunulmayan bir anayasaya değişikliğini, hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir⁵⁶².

⁵⁵⁷Can 114; Aharon Barak, “Unconstitutional Constitutional amendments”, *Israel Law Review*, Vol.44: 321, (2011) 327.

⁵⁵⁸Can 114; Korkut O. Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, 1.Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 2004) 127.

⁵⁵⁹ Otto Pfersmann, “La Révision Constitutionnelle en Autriche et en Allemagne Fédérale: Théorie, Pratique, Limites”, *La révision de la Constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris-Aix-en-Provence: Economica-Presses universitaires d'Aix-Marseille, (1993) 7, 40.

⁵⁶⁰Gözler, “Judicial Review of Constitutional Amendments”, 39.

⁵⁶¹Gözler, *Judicial Review*, 37-38.

⁵⁶² Özen Ülgen Adadağ, *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013) 57.

2. Doğu Avrupa Ülkeleri

2.1. Romanya

Romanya’da Anayasa Mahkemesine, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimini yapma yetkisi verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasayı değiştiren tasarinın anayasaya uygunluğunu önleyici denetim usulüne göre denetleyebilmektedir⁵⁶³. Anayasa m.146/a’da, “*Uluslararası antlaşmaların Romanya Cumhurbaşkanı tarafından onaylanıp yürürlüğe girmesinden önce, Romanya Cumhurbaşkanı, iki Kamaranın başkanından biri, Hükümet, Yüksek Temyiz Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısı, en az elli vekil veya en az yirmi beş senatör tarafından yapılacak başvuru üzerine veya re’sen, anayasanın değiştirilmesine yönelik düzenlemelere ilişkin yapılacak başvurular hakkında*⁵⁶⁴”, Anayasa Mahkemesinin karar verme yetkisi düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında 47/1992 sayılı Kanun m.19 gereğince, Parlamentonun anayasa değişikliğini kanunlaştırma sürecinden önce, Mahkemenin on gün içerisinde anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin karar verebilmesi için, anayasa değişikliğine ilişkin tasarı Anayasanın 79.maddesi gereğince Parlamentonun danışma organı olan Yasama Konseyi’nin tavsiyesi ile beraber Anayasa Mahkemesine sunulmalıdır⁵⁶⁵. Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek bu denetim, Anayasanın 152.maddesinde belirtilen anayasa değişikliğinin sınırları⁵⁶⁶ dikkate alınarak, uluslararası antlaşmalar ve kanun yapım usulündeki kurallara uygunluğu bakımından gerçekleştirilir. Yüksek Mahkeme, birleşik

⁵⁶³ Barak 332.

⁵⁶⁴ Romanya Anayasası, http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_2&par1=5#t5c0s0sba146 (Erişim Tarihi: 17.11.2015).

⁵⁶⁵ Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, 6; bkz. Romanya Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılaması Hakkında 47/1992 sayılı Kanun; Daniela Cristina Valea, “The Control Of Constitutionality Of The Initiatives For Revision Of The Romanian Constitution”, *Curentul Juridic, The Juridical Current, Petru Maior University, Faculty of Economics Law and Administrative Sciences and Pro Iure Foundation*, Vol.47, (December 2011) 93.

⁵⁶⁶ Romanya Anayasası m.152’ye göre; Romanya Devleti’nin; ulusal bağımsız, üniter ve bölünmez yapısı, hükümetin cumhuriyetçi yapısı, toprak bütünlüğü, adaletin bağımsızlığı, siyasi çoğulculuk ve resmi dile ilişkin hükümler değiştirilemezken, diğer maddelerde yapılacak değişiklik, vatandaşların temel hak ve özgürlükleri veya bunların korunmasını ihlal edecekse, değişiklik yapılamayacağı öngörülmüştür.

toplantı yaparak Genel Kurul olarak karar vermesinin ardından⁵⁶⁷, anayasa değişiklik önerisi ile birlikte Anayasa Mahkemesi kararı Parlamenteoya sunulur.

Mahkeme, 356 sayılı ve 23 Eylül 2003 tarihli kararında; Parlamentonun kurucu iktidarın koymuş olduğu sınırlar ve usul çerçevesinde kanunları kabul etmesinin ve ulusal egemenliğin sahibi olan halkın anayasa değişikliği hakkında referandum aracılığıyla karar vermesinin egemenlik hakkının kullanılmasının bir tezahürü olduğunu, artık hiç bir kamu otoritesinin bunun üzerine karar veremeyeceğini, Mahkemenin, Parlamentonun onayından sonra anayasa değişikliğine ilişkin kanuna yönelik bir denetimin yetkisinin olmadığını, çünkü Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine ilişkin olarak sadece önleyici denetim yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir⁵⁶⁸.

IV. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KRİTERİ OLARAK “ANAYASALLIK BLOKU”

Anayasa Mahkemeleri, önleyici veya giderici denetim bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın, anayasadan aldıkları yetkiyle, hukuki işlemlerin anayasaya uygunluğunu, anayasanın üstünlüğünü ve normlar hiyerarşisini esas alarak denetlemektedir⁵⁶⁹. Anayasa yargısı birbirini izleyen üç aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşama, anayasaya aykırılığı iddia edilen ve anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulacak kuralın belirlenmesidir. İkinci aşama, anayasaya uygunluk denetiminde kullanılması öngörülen normun ya da normların tespitidir. Üçüncü ve son aşama ise, ölçü alınan normun, anayasaya aykırılığı iddia edilen norm ile karşılaştırılarak, anayasaya aykırılık iddiasının yerinde olup olmadığına ilişkin sürecin nihai çözüme kavuşturulmasıdır. Bu başlık altında incelenecek olan husus, anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesinin hangi ölçütü temel alacağına ilişkin olan ikinci aşamadır. Hukuki işlemlere yönelik yapılacak anayasaya uygunluk denetiminde kıstas

⁵⁶⁷Kabođlu, Anayasa Yargısı, 108; Claude Klein and András Sajó, “Constitution-Making: Process and Substance”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Ed.: Michel Rosenfeld and András Sajó, (Oxford: Oxford University Press, 2012) 439.

⁵⁶⁸Gözler, “Judicial Review of Constitutional Amendments”, 7.

⁵⁶⁹Ferejohn / Pasquino 1683.

olarak alınan normlar, “referans normlar”, “ölçü normlar” veya “anayasallık bloku” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁷⁰.

Anayasa Mahkemeleri hukuki işlemlerin anayasaya uygunluğunu denetlerken, ilk olarak anayasayı ölçüt norm olarak esas alırken, anayasa dışında yer alan hukukun genel ilkelerine ve uluslararası hukuka da başvurumaktadırlar⁵⁷¹. Tüm bu kıstaslar denetimin genel ölçütü olan anayasa ve uluslararası hukuk başlıkları altında, bu çalışmanın tamamlayıcı bir parçası olarak ana hatlarıyla ele alınacaktır.

A. Denetimin Genel Ölçütü Olarak Anayasa

Hukuk devleti içerisinde yer alan anayasaya uygunluk prensibi gereğince, devletin yetkili organları aracılığıyla düzenlenen ve hukuk düzeninde yer alan hukuk kurallarının anayasaya uygun olması beklenmektedir. Bu beklentinin doğal bir sonucu olarak, yapılacak denetimde öncelikli olarak anayasa hükümlerinin ölçü norm olarak kullanılması hem anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin hem de hukuk devlet ilkesinin bir gereğidir.

Anayasa Mahkemelerinin ölçü norm olarak kullandığı ve siyasi iktidara meşruiyet kazandıran⁵⁷² “anayasa” kavramını, devletin temel organlarının kuruluş, işleyiş ve görevlerini, hak ve özgürlükleri de düzenleyen kuralları ile anayasada yer alan ilkeleri içine alacak şekilde geniş anlamıyla değerlendirilmesi daha uygun olacaktır⁵⁷³.

Anayasanın geniş tanımında yer verilen hususlara ilişkin olan temel hükümlerin haricinde, ölçü norm olarak başvuru ve anayasaların dayandığı temel felsefeyi ve ideolojik prensipleri ortaya koyarak, temel görüş ve ilkelerin belirtildiği⁵⁷⁴ bölümleri oluşturan başlangıç kısımları ise bir diğer dikkat edilmesi gereken husustur.

⁵⁷⁰ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 124 vd.; Tanör / Yüzbaşıoğlu 493-494; Erdoğan Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.51, S. 1-4 (1985) 29-30; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 422.

⁵⁷¹ Tanör / Yüzbaşıoğlu 495.

⁵⁷² Gönenç, “Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, 155.

⁵⁷³ Hekimoğlu 156-157.

⁵⁷⁴ Tanör / Yüzbaşıoğlu 70.

Anayasaların başlangıç kısımlarının hukuki bir değer taşıyıp taşımadığı hususu ise en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Başlangıçların genellikle hukuki açıdan kendi başlarına normatif bir değere sahip olmadıkları, bu nedenle genellikle pozitif anayasa normlarının yorumlanması bakımından⁵⁷⁵ anayasaya uygunluk denetimi yapan organlara yön gösterici olabilmeleri için dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir.

Fransa’da anayasallık bloku, anayasada belirlenmiş ve Anayasa Konseyi tarafından anayasal değer olarak tanınan ilkelerin ve metinlerin bütünü olarak tanımlanmaktadır⁵⁷⁶. 1971’de Anayasa Konseyi bakmakta olduğu davada, Anayasanın başlangıcının ve içeriğinin bir değeri ve Anayasanın bütünüleyici parçası olduğuna karar vererek, haklar ve özgürlüklerin alanını genişletmiştir⁵⁷⁷. Konsey, bu son derece önemli kararında anayasanın başlangıç kısmını anayasallık denetiminde bağımsız ölçü norm olarak kullanmış, 1958 Anayasasının başlangıç metnini, dolayısıyla 1946 Anayasası’nın başlangıç kısmını ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’ni de anayasallık bloğuna dahil etmiştir⁵⁷⁸.

Federal Alman Anayasası’nın başlangıç kısmının, sadece siyasi bakımdan iktidara yol gösteren normlardan meydana gelmediği, aksine Federal Anayasa’nın yorumlanmasında bağlayıcı bir hukuksal etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁹. Federal Anayasa Mahkemesinin, Lizbon Antlaşması’nın Anayasaya uygunluğuna ilişkin 30 Haziran 2009 tarihli kararı, başlangıç kısmının anayasanın yorumlanmasındaki etkili rolünü ortaya koyduğu örneklerden biri olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu davada, Lizbon Antlaşması’nın yürürlüğe girmesi halinde Avrupa Birliği’nin federal devlete dönüşeceği gerekçesiyle Anayasa’da değişiklik yapılması gerekeceği ve Federal Almanya’nın devlet olma özelliğini kaybedeceği iddia edilmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirme neticesinde, Anayasa m. 23/1 ve Başlangıç kısmında yer alan ‘*Alman halkının birleşik bir Avrupa’nın eşit bir parçası olarak dünya barışına hizmet etme*’ ifadesini gerekçe göstererek, Avrupa Birliği’nin ulus devletlerin egemenliklerinin

⁵⁷⁵ Teziç, Anayasa Hukuku, 10; Peri Uran, “Anayasanın Başlangıç Kısımları”, *İÜHFİM*, C. LXXIII, S. 1, (2015) 228.

⁵⁷⁶ Onar 129.

⁵⁷⁷ Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971 *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association*.

⁵⁷⁸ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 125; Uran 232.

⁵⁷⁹ Hekimoğlu 160.

korunmasını esas alan bir yapı olması nedeniyle, Antlaşmanın Federal Alman Devleti'nin egemenliğini ihlal etmediğine ve Avrupa Birliği'nin bir parçası olunmasının Alman halkının iradesine dayandığına karar vermiştir⁵⁸⁰.

Hemen hemen tüm ülkelerin anayasalarında yer verilen başlangıç metnlerinin ölçü norm olarak kullanılacağına ilişkin benimsenen ilkeye, 1982 Anayasası m.176'da yer verilerek, “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu...*” hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda 07.03.1989 tarihinde Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda, Başlangıç metnini Anayasa hükümlerinin “*amaç ve yönünü belirleyen bir kaynak*” olarak belirleyen anayasanın bir kısmı olarak nitelendirmiştir⁵⁸¹. Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde başlangıç kısmını bağımsız ölçü norm olarak kabul ettiği başkaca kararları da bulunmaktadır⁵⁸².

Görüldüğü üzere, başlangıç kısımları bazı anayasal düzenlerde pozitif hukukun bir kısmını oluşturan normlar ve haklara ilişkin bağımsız bir kaynak, bazı anayasal düzenlerde anayasanın yorumlanmasında hukuksal etkiye sahip metinler, bazı anayasal düzenlerde ise sadece anayasanın dayandığı ahlaki ve felsefi görüş ve ilkelere yer verilen bölümler olarak kabul edilmektedir⁵⁸³.

⁵⁸⁰ Uran 230-231; Can Mindek, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon Anlaşması Kararı, İktisadi Kalkınma Vakfı Değerlendirme Notu, http://ikv.org.tr/images/upload/data/files/1-federal_almanya_anayasa_mahkemesi-can_mindek-temmuz_09.pdf, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html (Erişim Tarihi: 10.11.2016).

⁵⁸¹ “*Anayasa'nın 176. maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır. Anayasa'nın Başlangıç'ında, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyetinin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâplarıyla medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; her Türk vatandaşının medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirmek hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu fikir, inanç ve kararıyla anlaşılması, sözüne ve ruhuna bu yönlerde de saygı gösterilmesi, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiğini bildirmesi bu niteliğinin kanıtıdır.*” AYM E. 1989/1, K. 1989/12, Kt.: 07.03.1989, R.G. Tarih/Sayı: 05.07.1989/20216.

⁵⁸² Aynı yönde bkz. AYM E. 1994/50, K. 1994/44-2, Kt. 5.7.1994, R.G. Tarih/Sayı: 24.02.1995/22212; AYM E. 2000/45, K. 2000/27, Kt. 2.10.2000, R.G. Tarih/Sayı: 28.10.2000/24214; AYM E. 2001/9, K. 2001/56, Kt. 20.03.2001, R.G. Tarih/Sayı: 19.01.2002/24645.

⁵⁸³ Başlangıçta yer alan ilkelerin kesin bir dille ifade edilmesi ve kapsamı somut bir şekilde belirlenmeyen kavramlardan arındırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Anayasa ve Uyum Yasaları*, (Ankara: Türkiye

B. Uluslararası Belgeler

Devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerini ve birbirlerine karşı sorumluluklarını düzenleyen kurallar ve ortak paydada buldukları değerler genel anlamıyla uluslararası hukuk kurallarını oluşturmaktadır. Bu kuralların bağlayıcılığı ve sürekliliği, sorumlulukların yerine getirilmesi bakımından dolaylı olarak devletlerin iç hukukunu da etkilediği için, anayasaya uygunluk denetimi açısından anayasallık blokundaki yerinin üzerinde durmak gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m.38, uluslararası hukukun kaynaklarını asli kaynaklar ve yardımcı kaynaklar olmak üzere iki kategoride gruplandırmıştır. Uygar ülkelerce tanınmış genel hukuk ilkeleri, uluslararası antlaşmalar ve uluslararası teamüller asli kaynaklar olarak birinci kategoriye oluştururken, mahkeme kararları ve doktrin yardımcı kaynaklar olarak ikinci kategoriye oluşturmaktadır⁵⁸⁴.

Uluslararası antlaşmalar, *iki veya daha fazla devletin veya milletlerarası teşkilatın kendi aralarında bir hukuki ilişki kurmak, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirmek veya sona erdirmek ya da ileriye dönük kuralları koymak amacıyla milletlerarası hukuka uygun olarak yaptıkları anlaşmadır*⁵⁸⁵. Milletlerarası hukuk açısından hukukun kaynağı, birbirlerine karşı eşitlik ilişkisi içerisinde bulunan birden fazla devletin ortak iradesine göre şekillenen hukuk kuralları olarak kabul edilirken, iç hukuk düzeninde hukukun kaynağı birey ve devlet arasındaki *bağımlılık ilişkisi* çerçevesinde devletin üstün otoritesine ve tek taraflı iradesine bağlı olarak koyduğu kurallar olarak kabul edilmektedir⁵⁸⁶. Bu nedenle devletlerin benimsediği sistemler nedeniyle, uluslararası antlaşmaların iç hukuk düzenindeki yeri farklılık göstermektedir. Konuya ilişkin olarak, uluslararası antlaşmaların iç hukuka etkisine ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden birincisi, iç hukuk düzenini ve uluslararası hukuku birbirinden ayrı ve

Barolar Birliği Yayınları, 2003) 30. Bu konuda benzer bir görüş olarak, Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan başlangıç kısmındaki ilkelerin, Anayasa Mahkemesi tarafından bir yorumlama ölçüsü olarak kullanılması ve bu ilkelerin Anayasaya uygunluk denetiminin temel ölçüsü olarak kullanılmasından kaçınılması hukuk devletinin bir gereği olarak görülmekte, Yüksek Mahkeme'nin ölçü norm olarak net, objektif ve anlaşılabilir Anayasa normlarını kullanması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Mehmet Tevfik Gülsoy, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri", *Liberal Düşünce Dergisi*, Y.6, S.22, (2001) 57.

⁵⁸⁴ Sır 263-264.

⁵⁸⁵ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015) 43.

⁵⁸⁶ Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 18-19.

bağımsız olarak kabul eden “*ikinci (dualist) görüştür*”. İkinci görüş ise, her iki hukuk düzenini bir takım farklılıklara rağmen bir bütünüün parçası olarak gören “*tekçi (monist) görüştür*”⁵⁸⁷.

Dualist görüşe göre, iç hukuk ile uluslararası hukuk birbirinden bağımsız ve farklı iki ayrı hukuk düzenini ifade etmektedir. Bir hukuk düzeninde geçerli olan kuralın kendiliğinden diğer hukuk düzeninde geçerli olması mümkün olmadığından, eğer uluslararası hukuk kurallarının iç hukuk düzeninde geçerli olması isteniyorsa, öncelikle ilgili uluslararası hukuk kuralının pozitif bir düzenleme aracılığıyla, ulusal hukuk düzeninin bir hükmü haline getirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde belirlenen usulün gereği yapıldığında, ilgili kural bir iç hukuk kuralı haline geleceğinden, uluslararası kuralı doğuran antlaşma ortadan kalksa bile etkisi iç hukuk düzeninde devam edecektir. İngiltere, İrlanda, Finlandiya, İzlanda ve İsveç bu görüşü kabul etmektedir⁵⁸⁸.

Dualist görüş, iç hukukun uluslararası hukuktan tamamen ayrı ve bağımsız olmaması ve iç hukukta yer alan fakat uluslararası hukuka aykırı kuralların milletlerarası hukukla uyumlaştırılması gerekliliği nedeniyle eleştirilmektedir⁵⁸⁹.

Kelsen’in de temsilcisi olduğu monist görüşe göre ise dünyada var olan hukuk düzeni tektir. Bu görüşe göre, gerek uluslararası hukukun, gerekse iç hukukun muhatabının aynı kimseler olması nedeniyle, bu kimselere uygulanan hukuk düzenlerinin arasında fark olamayacağı savunulmaktadır. Bu doğrultuda, uluslararası antlaşmaların iç hukuk düzeninde geçerli olabilmesi için, anayasada belirlenen usul ve yöntemlere göre yapılarak, onaylanmaları yeterlidir. Dolayısıyla usulüne uygun olarak kabul edilen antlaşmalar, iç hukuk işlemi ile iç hukuk kuralı haline dönüştürülmelerine

⁵⁸⁷ Hasan Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.17, (2000) 174-175.

⁵⁸⁸ Ferhat Taze ve Yusuf Güneş, “Türkiye’de Çevre ve Doğal Kaynaklar Konusunda İmzalanan Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuka Uyarlanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İÜHFİM*, C. LXX, S. 1, (2012) 72.

⁵⁸⁹ Hacı Can, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, *Yasama Dergisi*, S.12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos (2009) 9.

gerek olmaksızın ulusal hukuk kuralı haline gelirler ve yetkili makamlarca doğrudan uygulanabilir nitelik kazanırlar⁵⁹⁰.

Milletlerarası hukuk düzeni ve iç hukuk düzeni bir bütün olarak kabul edildiğinde, iç hukuk kuralları ile milletlerarası kurallar arasındaki kademelenmenin nasıl olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu görüşü benimseyen ülkelerin antlaşmaların iç hukuk düzeninde uluslararası antlaşmaların değeri ve yerine ilişkin farklı uygulamaların olduğu görülmektedir. Bu uygulamalar doğrultusunda uluslararası antlaşmalara, yasaların üstünde değer veren ülkelerin yanı sıra, yasa hükmünde gören devletler de bulunmaktadır. Bu bağlamda söz konusu iki hukuk düzenine ilişkin kuralların kendi içerisindeki hiyerarşisinin ve milletlerarası hukuk kurallarının iç hukuktaki konumunun, ilgili devletin anayasal kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁹¹.

Uluslararası antlaşmaların anayasallık blokundaki yeri üzerine farklı uygulamalar olduğu görülmektedir. Almanya, İtalya, İzlanda, Danimarka, Belçika Finlandiya ve İsveç gibi bazı devletlerde, uluslararası antlaşmalar “*kanunla eşdeğer*” niteliktedir⁵⁹². Uluslararası antlaşmalara kanunların üstünde değer veren ülkelerin başında ise; Portekiz, Fransa, Kıbrıs ve Yunanistan gelmektedir⁵⁹³. Monist görüşü benimseyen Türkiye’de, uluslararası antlaşmaların Türk hukuk düzenindeki yerine ilişkin olarak 1961 ve 1982 Anayasaları incelendiğinde benzer hükümlere yer verildiği görülmektedir. Fakat uluslararası antlaşmaların, Türk hukuk düzenindeki hukuki değeri ve yeri konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmediği için, bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁵⁹⁴. Bir görüşe göre, antlaşmalar, m.90’da yer verilen diğer antlaşmalar gibi kanun ile eşdeğer⁵⁹⁵ olarak kabul edilirken, diğer bir görüşe göre, temel hak ve

⁵⁹⁰ Taze / Güneş 72.

⁵⁹¹ Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, 23.

⁵⁹² Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 2004) 84-85.

⁵⁹³ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, AÜSBF Yayını, C.II, S. 1, (1994), 29.

⁵⁹⁴ Bahadır Kılınç, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006) 323-330; Özdek 85-93.

⁵⁹⁵ Tahsin Bekir Balta, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye*, (Ankara: AÜHF Yayınları, 1970) 278; Sevil Toluner, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1973) 595-596; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 423-424; Detaylı bilgi için bkz.; Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 1999) 286 vd.; Tunç

özgürlüklere ilişkin sorunların iç hukuk sorunu olmaktan çıkarak evrensel bir içerik ve anlam kazanmasının yanı sıra Anayasa m.2’de “insan haklarına saygılı” ilkesine cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak yer verilmiş olmasının uluslararası hukuk kurallarına saygıyı da kapsadığı ileri sürmekte ve kanunların üstünde yer aldığını savunulmaktadır⁵⁹⁶.

2004 yılına kadar devam eden tartışmalar, 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümle ile belli ölçüde sonlandırılmıştır. İlgili düzenlemeye göre “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*”. Öngörülen bu düzenlemeyle amaçlanan; Türk hukuk düzeni bakımından, iç hukuk ve uluslararası hukuk ilişkilerinde tekçi görüşün benimsendiğini vurgulamaktır. Böylece uluslararası antlaşmaların herhangi bir hukuki işleme gerek olmaksızın iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin tartışmalar son bulmuştur⁵⁹⁷. Maddeye eklenen cümle ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara öncelik verilmesi; söz konusu antlaşmaların diğer milletlerarası antlaşmalardan ayrı tutulmasına ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalara, anayasa ile kanunlar arasında bir yer verilerek normlar hiyerarşisinde yeni bir basamak oluşturulmasına sebep olmuştur⁵⁹⁸. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasaların anayasaya uygunluğu Anayasa

“Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, 175-181; Hüseyin Pazarıcı, “Türk Hukukunda Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, Prof. Dr. Sevil Toluner’e Armağan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C.24, S.1-2, (2004) 651-674; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004) 123

⁵⁹⁶ Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, 33; Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1993): 28-29, 57-61; Mümtaz Soysal, “Uluslararası Antlaşma Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 14 (1997): 171-187; Tekin Akıllıoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. I, S. 2-3 (1991) 41-42; Rona Aybay, “Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Astlık-Üstlük İlişkisi”, *II Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, 10-14 Mayıs (1993) 283.

⁵⁹⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Bülent Tanör Armağanı*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2004) 789; Döalist görüş olduğuna ilişkin bkz. Can, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, 15-21.

⁵⁹⁸ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 15; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 280.

Mahkemesi tarafından denetlenirken, Türkiye'nin onaylamış olduğu antlaşmalarla da çatışıp çatışmadıkları değerlendirilecektir⁵⁹⁹.

Uluslararası hukukun asli kaynaklarından olan uluslararası antlaşmalar Avusturya'da yasaların anayasaya uygunluğuna ilişkin denetimde Anayasa Mahkemeleri tarafından “referans norm” olarak kullanılırken, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Bulgaristan ve İspanya'da⁶⁰⁰ ise, yasaların anayasaya uygunluk denetiminde “doğrudan ölçü norm” olarak kullanılmaktadır. Uluslararası antlaşmaları “doğrudan ölçü norm” olarak kullanan ülkelerde yasaların anayasaya uygunluk denetiminde sadece anayasaya uygunluk bakımından değil, aynı zamanda uluslararası antlaşmalara uygunluk açısından da bir denetim yapılmaktadır⁶⁰¹. Türkiye açısından, gerek 1961 Anayasasında gerekse 1982 Anayasasında uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğunun belirtilmesi dışında, iç hukuktaki yerine ilişkin genel bir kural mevcut değildir⁶⁰². Uluslararası antlaşmalar, anayasaya uygunluk denetiminde başvurulacak bağımsız bir ölçü norm olarak düzenlenmemiştir⁶⁰³. 1982 Anayasası'nın uluslararası hukuka açıkça atıf yaptığı dört durum (Anayasa m.15, 16, 42 ve 92) haricinde⁶⁰⁴ uluslararası hukuk kurallarının, anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ve genel bir ölçü norm olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu düzenlemelere paralel olarak Anayasa Mahkemesi de uluslararası hukuk kurallarını “insan haklarına saygılı devlet” ilkesini aydınlatıcı “bağımsız ölçü norm” olarak değil, ancak “destek ölçü norm” olarak kabul etmiş ve kullanmıştır⁶⁰⁵.

⁵⁹⁹ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, 342.

⁶⁰⁰ Mümtaz Soysal, “Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.2, (1986) 15; H. Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulamasında “Bağımsız Ölçü Norm” Veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.17, (2000) 365.

⁶⁰¹ Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, 340.

⁶⁰² Sır 263-264.

⁶⁰³ Hekimoğlu; pozitif düzenlemeler çerçevesinde anayasa hukukunda karşılığı bulunmayan genel ve evrensel ilkelerin, destek ölçü norm ve bağımsız ölçü norm ayrımının yapılmaması halinde, anayasallık blokuna dahil edilebilmelerinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Hekimoğlu, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, 176. Karşı görüş için bkz. Gözler, Kemal; Anayasa Yargısı, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm> (E.T. 24.07.2015).

⁶⁰⁴ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 424.

⁶⁰⁵ AYM E.1984/14, K.1985/7, Kt.:13.6.1985, R.G. Tarih/Sayı: 24.08.1985/18852; AYM E.1986/18, K.1986/24, Kt.:09.10.1986, R.G. Tarih/Sayı: 31.01.1987/19358; AYM E. 2004/76, K. 2008/108, Kt. 21.5.2008, R.G. Tarih/Sayı: 03.12.2009/27421; AYM E. 2012/75, K.2013/88, Kt. 10.7.2013, R.G. Tarih/Sayı: 25.07.2014/29071; AYM E.2014/61, K.2014/166, Kt.7.11.2014, R.G. Tarih/Sayı:19.6.2015/29391. Aynı yönde bkz. Kıratlı, 121-122; Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, 337;

C. Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun genel ilkeleri, devletlerin ortak değerlerini içeren, birçok ulusal ve uluslararası hukuk düzeninde yer alan ve bu değerlerin uluslararası hukuk düzenine aktarılmasında devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan, kurallar olarak tanımlanmıştır⁶⁰⁶. Hukukun genel ilkeleri, yazılı şekilde düzenlenme şartına bağlı olmaksızın, pozitif hukukun anlamlandırılmasında temel bir işleve sahip olan ve pozitif hukukun yorumlanmasında referans alınan⁶⁰⁷ değerler bütünüdür. Hukukun genel ilkelerinin korunması ve bu ilkelere uyulmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu ifade edilerek⁶⁰⁸, özellikle hukukun genel ilkelerinin anayasaya uygunluk denetiminde kullanılacak ölçü normlara dahil edilmesinin anayasa yargısının etkinlik ve işlevselliğini genişleterek kuvvetlendireceği belirtilmiştir⁶⁰⁹.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Federal Alman Anayasası m.25 uyarınca, “*Uluslararası kamu hukukunun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz parçasını meydana getirir. Bunlar yasalardan üstündür ve Federasyonun topraklarında oturanlar için doğrudan hak ve yükümlülükler doğururlar*”⁶¹⁰. Görülmekte olan bir dava sırasında, uluslararası hukukunun federal hukukun tamamlayıcı bir parçası olup olmadığının veya kişiler bakımından doğrudan doğruya haklar ve yükümlülükler doğurup doğurmadığının tartışmalı olması halinde, Anayasa m.100/2 gereğince, davaya bakan mahkemenin Federal Anayasa Mahkemesine bu hususun aydınlatılması için başvurması gerekmektedir. İtalyan Anayasası’nın “Uluslararası Hukuk” başlığını taşıyan 10. maddesi de “*İtalyan Hukuk Sistemi, uluslararası hukukun genel olarak tanınmış ilkelerine uyar*” hükmünü getirerek, İtalyan hukuk düzeni normlarının hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiği hususunu düzenlemiş, bu çerçevede İtalya Anayasa Mahkemesi “büyük eşitlik ilkesi”ni hukukun genel ilkeleri çerçevesinde

Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 131-133; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 422-425; Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, 99-106; Kaboğlu, Anayasa Hukuku, 340.

⁶⁰⁶ Pazarıcı 114-115.

⁶⁰⁷ Tefik Gülsoy, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy.html>, (E.T.: 21.7.2015).

⁶⁰⁸ Ramazan Çağlayan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, *AÜEHFD*, C. II, S. 1, (1998) 57; Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 425; Sır 266.

⁶⁰⁹ Hekimoğlu 176; Sır 265-266.

⁶¹⁰ Hekimoğlu 171.

değerlendirmiştir⁶¹¹. Macaristan Anayasası Q maddesinin 2. ve 3.bendinde, Macaristan Cumhuriyeti'nin hukuk sisteminin, uluslararası hukukun evrensel olarak kabul görmüş kurallarını ve düzenlemelerini kabul ettiğini ve devletin ulusal kural ve kanunları ile uluslararası alandaki yükümlülüklerini uyumlu hale getireceği düzenlenmiştir⁶¹². İspanya Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini “anayasal rejimin özü” kavramıyla özdeşleştirmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, “yazılı olmayan özgürlükler kategorisini” oluştururken hukukun genel ilkelerini kullanmıştır⁶¹³. Fransız Anayasa Konseyi norm yaratma yetkisiyle, “hukukun genel ilkeleri” ve “Cumhuriyet yasalarınca tanınmış temel ilkeler”in sentezinden “anayasal değerlerde ilkeler” ortaya koymuş ve anayasallık blokunu içtihatlarla genişletme yolunu tercih etmiştir⁶¹⁴. Konsey, anayasal değerlerde olan genel ilkeleri; anayasal ilkeler, başlangıç metni, Cumhuriyet Kanunlarınca tanınan temel ilkeler ve özellikle çağımız için zorunlu ilkelerden çıkarmaktadır⁶¹⁵. Avusturya Anayasası m.9/1, Estonya Anayasası m.3 ve Portekiz Anayasası m.8/1, uluslararası hukukun genel kural ve ilkelerinin ulusal hukukun ayrılmaz bir parçası olduğunu düzenlenmiştir. Benzer bir şekilde İrlanda, Malta, Slovakya ve Yunanistan'da da genel olarak kabul edilen uluslararası hukuk kurallarının iç hukukun ayrılmaz bir parçası olarak kabul ettiği belirtilmiştir⁶¹⁶.

Türk hukuk sistemi bakımından Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinden hareketle, “*kanunlarımızın, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır*” ifadelerine yer vererek, hukukun genel ilkelerinin neler olduğunun tespitinde uygulanacak kıstasın, “bilinmek” ve “bütün uygar ülkelerde kabul edilmiş bulunmak” gibi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ndeki tanımını da içerecek şekilde genel bir çerçeve çizmiştir⁶¹⁷.

⁶¹¹ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 132.

⁶¹² Macaristan Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf (Erişim Tarihi: 11.11.2016)

⁶¹³ Kaboğlu, Anayasa Hukuku, 342.

⁶¹⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı: Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, *AYD*, C. 8, (1991) 306; Tanör / Yüzbaşıoğlu 495; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 354; Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri”, 171-179.

⁶¹⁵ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, 306.

⁶¹⁶ Gün 29.

⁶¹⁷ Kaboğlu, “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı” 291-296; Yüzbaşıoğlu, *Anayasallık Bloku*, 24; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 425; Tanör / Yüzbaşıoğlu 499. AYM E.1963/166, K. 1964/76, Kt. 22.12.1964, R.G. Tarih/Sayı: 28.4.1965/11985.

Mahkemenin tespit ettiği ilkelerden bazıları şu şekilde ifade edilmiştir; “-İyi niyet ilkesi, Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi, Kazanılmış haklara saygı ilkesi, Ahde vefa ilkesi, Kesin hükme saygı ilkesi, Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz hale gelmesi ilkesi, Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, Devlete güven ilkesi, özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesidir⁶¹⁸.”

Türk Anayasa Mahkemesi, gerek 1961 gerek 1982 Anayasası döneminde⁶¹⁹ aldığı kararlarda uygar uluslar tarafından kabul gören hukukun genel ilkelerinin ulusal hukuka üstün olduğunu kabul ederek, hukukun genel ilkelerine “bağımsız ölçü norm” olarak, daha çok “hukuk devleti ilkesinin” unsurlarını, özelliklerini ve niteliğini belirlemek için başvurmuş ve bu konuda uluslararası hukuk normlarını “destek ölçü norm” olarak kullanmıştır⁶²⁰. Ancak Mahkeme, hukukun genel ilkelerinin üstün bir referans norm özelliğine sahip olduğunu içtihat yolu ile benimsemiştir⁶²¹. Dolayısıyla hukukun genel ilkelerini, uluslararası hukuk kuralları da dahil olmak üzere her düzeydeki hukuk kuralının gerçekleştirilmeyi amaçladığı ve onların varlık nedeni olan “temel norm” niteliğinde olduğu şeklinde değerlendirmiştir⁶²².

⁶¹⁸ Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, 7, 23.

⁶¹⁹ Mahkemeye göre: “Hukuk devletin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir...Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozmayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.” AYM, E. 1985/31, K. 1986/11, Kt. 27.3.1986, R.G. Tarih/Sayı:09.05.1986/19102.

Aynı içtihadın tekrar edildiği başka bir karar için bkz. AYM, E. 2008/70, K. 2010/21, Kt. 29.1.2010, R.G. Tarih/Sayı:28.04.2010/27565.

⁶²⁰ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 425; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 128; Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, 27-28; Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, 5, 22; Tanör / Yüzbaşıoğlu 497; Fendoğlu 380.

⁶²¹ Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, 31.

⁶²² Yüzbaşıoğlu, Anayasallık Bloku, 21; Tanör / Yüzbaşıoğlu 497.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE AÇISINDAN ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÖNLEYİCİ DENETİM MODELİ İHTİYACI VE ÖNERİSİ

I. TÜRKİYE'DE ÖNLEYİCİ DENETİM MODELİNİN MEVCUT ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye’de uygulanan anayasaya uygunluk denetimi giderici denetim modeli üzerinden, soyut-somut norm denetimi ve bireysel başvuru olarak düzenlenmiştir. Kural olarak, hukuki işlemlerin yürürlüğe girdikten sonra denetimi esasının benimsendiği Türkiye’de, “önleyici norm denetimi” farklı zamanlarda tartışılmış olsa da, bu tartışmalar teorik boyuttan uygulama boyutuna geçirilememiştir. Bunun temel nedeni, genel iradeyi temsil ettiği gerekçesiyle, kuvvetler arasında parlamentoya tanınan üstünlüktür. Fakat zaman içerisinde, anayasaya uygunluk denetimi bakımından bu denetim sisteminin uygulanması ve sisteme dahil edilmesi bir ihtiyaç haline gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, gerek Anayasada gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’da kendisine verilen yetkileri zaman içerisinde yorum yoluyla genişlettiği ve bunun tek bir alanla ve zamanla sınırlı kalmayarak içtihat haline getirdiği görülmektedir. Mahkemenin ilke haline getirdiği içtihadında şu ifadelerle yer verilmiştir; “...bir yasama metnine verilen ad, o metnin anayasal yargı denetimine tabi olup olmayacağı konusunda tek ve yeterli ölçüt değildir. Yasama Meclislerince Anayasa’da öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler uygulanarak oluşturulan işlemlerin Anayasa Mahkemesi’nin denetimine bağlı olup olmadığının ve görev alanına girip girmediğinin tayininde, metin veya belgenin

*oluşturulmasında uygulanan yöntemin ve içeriğinin niteliği üzerinde durulması, değer ve etkisinin belirlenmesi ve bu açıdan Anayasa'ca denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkide ise denetime bağlı olacağının kabul edilmesi zorunludur.*⁶²³

Tezimizde, Anayasa Mahkemesinin kendi yetkisini genişletmede başvurduğu bu yorumun zaman içerisinde nasıl farklılaştığı ve nitelik değiştirdiği Mahkeme içtihatlarına yer verilerek açıklanacaktır.

Bu doğrultuda bu bölüm altında Türkiye açısından önleyici denetim modeli önerisine geçmeden önce, bugüne kadar bu kapsamda yer verilen tartışmalara hukuki işlemler başlığı altında, ikinci bölümde uygulanan sistematik esas alınarak yer verilecektir. Türkiye’de önleyici denetimin uygulanmamasının ortaya çıkardığı eksiklik, hukuk güvenliği zafiyeti ve uygulamada sıklıkla başvuru yürürlüğün durdurulması kapsamında detaylı olarak değerlendirilecektir. Son olarak, önleyici denetim modeline karşı ileri sürülen “siyasi nitelikte bir denetim” olduğuna yönelik eleştiri Anayasa Mahkemesinin yapısı ve üye seçiminde belirlenecek esaslar açısından tartışılarak alternatif olabilecek bir önleyici denetim modeli sunulmaya çalışılacaktır.

A. Denetime Konu Olan Hukuki İşlemler

1. Kanun

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine yönelik ilk düzenlemeye 1961 Anayasasında yer verilmiştir. Gerek sözü edilen 1961 Anayasasında, gerek onu izleyen yürürlükteki 1982 Anayasasında, yargısal denetim türlerinden, merkezi bir yargı organı eliyle yapılan giderici denetim usulü benimsenmiş, buna karşın

⁶²³ AYM E. 1977/6, K. 1977/14, Kt. 22.2.1977, R.G. Tarih/Sayı: 28.03.1977/15892; AYM E. 1990/31, K. 1990/24, Kt.24.4.1990, R.G. Tarih/Sayı: 22.01.1991/20763. AYM E. 1996/20, K. 1996/14, Kt.14.5.1996, R.G. Tarih/Sayı: 19.06.1996-22671; AYM E. 2001/424, K. 2001/354, Kt. 22.11.2001, R. G. Tarih/Sayı: 04.02.2003/25014; AYM E. 2007/45, K.2007/54, Kt.1.5.2007, R.G. Tarih/Sayı: 27.06.2007/26565; AYM E. 2007/51, K. 2007/56, Kt.15.05.2007, R.G. Tarih/Sayı: 29.11.2007/26715.

her iki Anayasada da Anayasa Mahkemesine önleyici denetim yapma yetkisi verilmemiştir.

Bununla birlikte, 1982 Anayasasını hazırlayan, Danışma Meclisinin kabul ettiği metnin 148. maddesinin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir: “...1961 Anayasasından farklı olarak getirilen yeni kural, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanmasıdır. Yani ön denetime tabi tutulmasıdır. Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi bilinmesi kolay olan bozukluklardır. Bunların Anayasa Mahkemesince süratle incelenmesi ve karara bağlanması mümkündür. Tatbikatta sık sık ileri sürülen iddialara göre bir siyasi parti, görüşülmekte olan bir kanunun çıkmasını istemiyorsa, yasama meclisinin hem toplanma ve hem karar yeter sayılarına etkili olacak hareketlerde bulunmakta ve çıkacak kanunun şeklen bozukluğuna sebebiyet verebilmektedir. Bu tür bozuklukların ön denetim yoluyla kısa zamanda incelenip sonuçlandırılmasında kamu yararı düşünülmüştür. Getirilen ikinci bir yenilik, son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağıdır. Son oylama genel kurul tarafından yapılır.⁶²⁴”

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesine göre, son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptale neden olmamalıdır. Bu husus ise şu şekilde ifade edilmiştir: “...Daha önce vücut bulan şekil bozukluklarını genel kurulun bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılır. Çünkü onun kararı, yapılan bir incelemeye, tartışmaya ve açıklamaya dayanır. Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ Genel Kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.⁶²⁵” Bu doğrultuda, Mecliste çoğunluğa sahip herhangi bir iktidar, son oylamayı öngörülen kıstaslar çerçevesinde yaptırabildiği takdirde, ilgili düzenleme “kanun” halini alacaktır. Böylece, Anayasa Mahkemesinin kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği yasama organına müdahale etmesi söz konusu

⁶²⁴ https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekceli_1982_anayasasi.pdf , (Erişim Tarihi: 26.06.2015).

⁶²⁵ Zafer Gören ve Ömer İzgi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Cilt II Madde 79-177, (Ankara: TBMM Basımevi, 2002) 1297.

olamayacaktır ki, bu da hukuk devleti içerisinde öngörülen çoğulcu demokrasinin, erkler ayrılığı ilkesinin ve yargısal denetimin işleyememesi sonucunu doğuracaktır⁶²⁶.

Danışma Meclisince kabul edilen metinlerde, şekil denetiminin “kanunların yayımlanması süresi içinde”, yani kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılması, belirlenen süre geçtikten sonra şekli bozukluklara yönelik bir iddiayla iptal davası açılmayacağı, bir başka deyişle kanunların şekil denetimi bakımından önleyici denetim öngörülmüştü⁶²⁷. Maddenin Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında bu konuya ilişkin önemli bir eleştiride bulunulmuştur. Bu eleştiri, Cumhurbaşkanının bir kanunu yayımlama süresinin değişebileceği ve bu nedenle şekil bakımından önleyici denetim süresinin farklı olabileceğine ilişkindir. Danışma Meclisindeki görüşmelerde de üzerinde durulduğu gibi şayet Cumhurbaşkanı, kabulünün ertesi günü kanunu yayımlarsa, şekil bakımından denetim olanağı ortadan kalkacaktır⁶²⁸. Zaman bakımından şekil denetimine ilişkin ileri sürülen bu eleştirilerden sonra madde önergeyle değiştirilmiş, ancak önleyici denetime son verilmemiştir.

Milli Güvenlik Konseyi, “Kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılacak davalar için tanınan “...kanunun yayımlanma süresinin...”, uygulamada, sürecin başlangıç ve bitişi bakımından yapılacak hesaplanmalarda yorum farklılıklarının olabileceğini, bu yorumların da davanın sağlıklı incelenmesi ve dava hazırlıklarının istenilen şekilde yapılmasına engel oluşturacağını gerekçe göstererek maddenin bu konuya ilişkin bölümünü, “*Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmayacağı ve bu gerekçelerin def'i yoluyla da ileri sürülemeyeceği*” şeklinde düzenleyerek değiştirmiştir⁶²⁹. Dolayısıyla, Milli Güvenlik Konseyi tarafından, anayasanın sistemi ve anayasa

⁶²⁶ Fahri Bakırcı, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 27, S. 112, Mayıs- Haziran (2014) 270-273.

⁶²⁷Gören / İzgi 1297. Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 18.10.1982, Birleşim: 118, 87’de yer verilen 148. madde; Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, 18.10.1982, Birleşim: 118, 172’de yer verilen 152. madde, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c007/mgk_01007118.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2016).

⁶²⁸ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 10.09.1982, Birleşim: 148, Oturum: 4, 189-190. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c010/dm__02010148.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2016).

⁶²⁹Bakırcı, “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, 270-271.

yargısının mahiyeti ile bağdaşmadığı düşünölen bu önleyici denetim sistemi Anayasa metninden çıkarılarak, maddeye bugünkü şekli verilmiştir⁶³⁰. 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi şekil denetiminin kapsamı hakkında tutarlı bir kriter oluşturamamış ve şekil yönünden iptal yoluna sık başvurulmuş olması nedeniyle, 1982 Anayasası ile şekil denetimine yönelik kısıtlamalar getirilmiştir. Konuya ilişkin olarak Anayasa m.148/2'deki düzenleme şu şekildedir: “...Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörölen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşölemeyeceğı şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.”

Türkiye’de, anayasaya aykırı kanun ya da işlemin, yürürlöğe girdikten sonra anayasaya aykırılığın giderilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulması suretiyle giderici denetim usölü benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi kanunlar ifadesi, anayasada denetlenemeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunan kanunlar dışındaki bütün kanunları kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Ülkemizde yasama faaliyetleri çerçevesinde sıklıkla başvuru olan torba kanun uygulaması önemli sorunları içinde barındırmaktadır. Meclis gündemine gelen torba kanun teklifleri ya da hükümet tarafından “tasarılı teklif” şeklinde adlandırılan ve hükümetin siyasi sorumluluk yüklenmekten kaçınmasına imkan sağlayan düzenlemeler⁶³¹, genellikle mali ve iktisadi hükümler içermeleri nedeniyle, esas komisyon olarak “Plan ve Bütçe Komisyonuna” havale edilmektedirler. Böylece, ayrı konulara ilişkin düzenlemeler içeren hükümlerin ilgili komisyona gönderilmesi imkanı ortadan kaldırılarak, yapılan düzenlemeler komisyonların görüşö alınmadan yasalaşmaktadır⁶³². Bunun yanı sıra, torba kanuna ilişkin yapılan görüşmelerde, özellikle komisyon aşamasında, yeni madde düzenlemesine sıklıkla rastlanmaktadır ve farklı nedenlerden ötürü metne kanunda daha önceden yer verilmeyen bir madde veya konu eklenmektedir⁶³³.

Yasama sürecini hızlandırmak için başvuru olan torba kanun uygulaması, bir taraftan muhalefetin yasa yapım süreçlerine etkili biçimde katılımını engellerken, diğere

⁶³⁰Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 434.

⁶³¹ Erdoğan Teziç, “Torba Kanun”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi, 2015/1, (2015) 5

⁶³² Teziç, “Torba Kanun”, 4.

⁶³³ Şeref İba, “Ülkemizde “Torba Kanun” ve “Temel Kanun” Uygulamaları”, Ankara Barosu Dergisi, Y.69, S. 2011/1 (2011) 199-200.

tarafından kanunların yapılma sürecine ilişkin esasa etkili olabilecek usul hatalarını içerebilme ihtimaline sahiptir. Bu bağlamda, kanun kapsamında görüşülen torba kanunların hızla yasalaştırılması, meclis komisyonlarını işlevsizleştirmekte ve içtüzük kurallarının da ihmal edilebilmesinin yanı sıra, yasama hatalarını düzeltmek amacıyla yeni kanun değişikliklerini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla torba kanun uygulaması, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği ilkesi gereğince hukuk devleti ile bağdaşmadığı için, anayasaya uygunluk bakımından çok yönlü sorundur⁶³⁴.

Bu doğrultuda, bütçe ve kesin hesap kanunları, yetki kanunları, kanun hükmünde kararname TBMM’ce kabulüne ya da reddine dair kanunlar, genel ve özel af ilanına dair kanunlar ve uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma kanunları Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir⁶³⁵. Sadece iki kanun türü, Anayasanın açık hükmü aracılığıyla denetim dışında bırakılmıştır. Bunlardan ilki Anayasa m.174’de yer verilen İnkılap Kanunları, ikincisi ise Anayasanın geçici 15.maddesinde değinilen Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış kanunlardır ki, ilgili düzenleme 2010 Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır⁶³⁶.

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, Anayasa m.148’de bir önleyici denetimden söz edilmediği, sözü edilen şekle dayalı iptal davalarının bir önleyici denetim sayılamayacağı, çünkü önleyici denetimin kanunun uygulanmaya başlanmasından, yani yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi olduğu savunulmuş⁶³⁷, bu madde aracılığıyla önleyici denetim yoluyla yasaların iptal edilmesinin değil, çıkmasının önlenmesinin sağlandığı ifade edilmiştir⁶³⁸. Çünkü anayasaya uygunluk bakımından yapılacak şekle ilişkin bir önleyici denetim ile anayasaya aykırı içeriklerin değerlendirilmesi imkanı bulunmamaktadır.

Diğer bazı yazarlar tarafından ise, görülmekte olan bir dava sırasında olağan yargı organları tarafından, uygulanacak kanun hükümlerinin anayasaya uygunluğunun giderici denetim usulüyle denetiminin aksine; merkezi bir yargı organı tarafından

⁶³⁴ Teziç, “Torba Kanun”, 9.

⁶³⁵ Tanör / Yüzbaşıoğlu 488.

⁶³⁶ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 419.

⁶³⁷ İba 204.

⁶³⁸ Cem Eroğul, *Anatüze’ye Giriş*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2004) 91.

gerçekleştirilecek kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan önleyici denetimin ya da yürürlüğe girmiş olan bir kanunun bir davada uygulanmasını beklenmeden soyut norm denetimine konu edilebilmesinin daha etkin bir yol olduğu belirtilmiştir⁶³⁹. İptal davası yoluyla denetim talebi için süre, normun Resmi Gazete’de yayımlanması ile başlar ve normun yürürlüğe girişinin ileri bir tarihe bırakıldığı takdirde, yapılan denetim adeta önleyici denetim işlevi görür. Ancak bu tür durumlarda kanun kabul edilmiş ve onaylanmış, sadece yürürlüğe girmemiştir⁶⁴⁰. Bu görüşe göre, Cumhurbaşkanına, önleyici denetim yoluna başvurma yetkisinin tanınması isabetli olacaktır. Böylece, Cumhurbaşkanı, yayımlanması için kendisine gönderilen kanunlarda anayasaya aykırılık gördüğünde, bunları bir kez daha görüşülmesi için yasama organına geri göndermek zorunda kalmayacak, bu tür kanunları yayımlamayıp sorunu doğrudan karara bağlaması için Anayasa Mahkemesine gönderebilme imkânına sahip olacaktır. Böyle bir yetkinin tanınmamış olmasından ötürü, ülkemizde Cumhurbaşkanı anayasaya aykırı bulduğu bir kanunu TBMM’ye geri göndermekte ve TBMM’ce aynen kabul edilmesi durumunda, bu kanunları yayımlamak zorundadır ve daha sonra ise çok büyük bir kısmı için Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılmaktadır.

Bu uygulama, bazı durumlarda anayasaya aykırılık iddiasının çözüme kavuşturulmasını geciktirmekte; bazı durumlarda ise, Anayasa Mahkemesi'nce verilecek bir iptal kararını büyük ölçüde anlamsız kılmaktadır. Çünkü gerek 1961, gerekse 1982 Anayasasında, Anayasa Mahkemesinin vereceği iptal kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi benimsenmiş bulunduğundan; af kanunları gibi, yürürlüğe girmekle tüm sonuçlarını doğurup tükenen kanunlar için, daha sonra verilecek bir iptal kararının uygulamada bir etkisinin olmayacağı belirtilmiştir. Oysa böyle bir kanunun, henüz yayımlanmadan Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesine gönderilebilmesi, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı olduğunu saptayan kararı üzerine, o kanunun yürürlüğe girmemesini ve sonuç doğurmasını sağlayabilecektir⁶⁴¹.

⁶³⁹Onar 143.

⁶⁴⁰Ülgen, Anayasa Yargısında İlk İnceleme, 69.

⁶⁴¹Onar 144.

2. Organik Kanun

Organik kanunlara ilişkin farklı tanımlamalar yapılmıştır. Bir tanıma göre, organik kanun, devletin bir organını kuran veya kurulu devlet organlarının yapısını ve işleyişini düzenleyen, kabulü için nitelikli çoğunluk aranan düzenlemelerdir⁶⁴². Fransız hukukundaki uygulamasını esas alan bir diğer tanıma göre organik kanun, bizzat anayasada öngörülen düzenlemeleri somutlaştıran kanunlardır. Bu yönüyle anayasadaki düzenlemelere benzemektedir⁶⁴³. Bir başka tanımında ise organik kanunun, kavram olarak Türk hukuk düzeninde bir karşılığının olmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte organik kanun temel devlet organlarını kuran veya bu devlet organlarının yapılarını düzenleyen kanunlar olarak ifade edilmektedir⁶⁴⁴.

Tüm bu tanımlardan hareketle, Anayasanın öngördüğü kurumların kuruluş ve işleyişine ilişkin olan organik kanunların, Türk hukuk sistemindeki normlar hiyerarşisinde yer almadıkları gerekçesiyle “kurumsal kanunlar” olarak nitelendirilmesinin daha isabetli olduğu ileri sürülmektedir⁶⁴⁵. Anayasada öngörülen kurumların kuruluş ve faaliyetlerini düzenleyen kanunlardan; Seçim Kanunu, Dernekler Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Yargıtay Kanunu, Danıştay Kanunu ve Üniversiteler Kanunu örnek olarak gösterilebilir.

Dolayısıyla organik kanun olarak nitelendirilebilecek kurumsal kanunlar için, Fransa’da olduğu gibi önleyici denetim yolunun açık olması faydalı olacaktır. Bu tür organik kanunlara ilişkin önleyici denetim yolunun, ileriye dönük sorunların çıkmasını baştan engelleyeceği düşünülmektedir⁶⁴⁶.

⁶⁴² Bahri Savcı, “‘Kanun Tekniği İle İlgili Meseleler’ Üzerinde Bir Seminer”, *AÜSBFD*, C. 16, S. 4, (1961) 208.

⁶⁴³ Atay Ender Ethem, “*Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki*”, 513, 516, dn.19.

⁶⁴⁴ Daver 220.

⁶⁴⁵ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 17-18.

⁶⁴⁶ Necmi Yüzbaşıoğlu, “‘Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Sorunlarının Tartışılması Paneli’”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, (2004) 108-109.

3. İçtüzük

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, çalışmalarını ve faaliyetlerini Anayasa m.95 gereğince “*kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürüteceğı*” öngörölmüştür. Yasama meclislerinin çalışma ve faaliyetlerini düzenleyen ve parlamento kararlarının bir türü olan içtüzük, “sessiz anayasa” olarak nitelendirilmektedir⁶⁴⁷. Şekli kritere göre içtüzükler, parlamento kararı olmaları nedeniyle, Cumhurbaşkanının yayımına bağılı olmadan Meclis tarafından “Karar” başlığı altında Resmi Gazete’de yayımlanmaktadırlar⁶⁴⁸. İçtüzük değışikliklerine ilişkin izlenecek yöntem ise, TBMM İçtüzüğü m.181’de düzenlemiştir. İlgili maddeye göre, içtüzük ancak milletvekili teklifleri ile değıştirilebilir ve bunlar hakkında kanunlara ilişkin hükümler uygulanır. Bu değışiklikler “TBMM Kararı” olarak Resmi Gazetede yayımlandıktan sonra yürürlüğe girmektedirler. Maddi kritere göre ise içtüzüklerin konusu Meclis çalışmalarına ilişkin olduğı için, Anayasa Mahkemesinin de bir kararında belirttiğı üzere, “... *Meclislerin Anayasa gereğı olarak görev ve yetkileri içinde olmayan konulara ilişkin çalışmaların, içtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve o yoldan Meclislerin görev alanı içine sokulması olanaksızdır.*”⁶⁴⁹,

İçtüzük bir parlamento kararı niteliğinde olmasına rağmen Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi içerisinde⁶⁵⁰. şekil ve esas bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmektedir. İtüzüklere ilişkin, anayasaya aykırı oldukları iddiası ile Resmi Gazete’de yayımlanma tarihlerinden itibaren altmış gün içinde Anayasa Mahkemesine iptal davası açılabilir. İçtüzüklerin yanı sıra, Anayasa Mahkemesi İçtüzük değıştirme usulüne uyularak yapılmış değışiklikler de denetim yetkisine sahiptir.

Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi, sadece içtüzük ve içtüzük değışikliğı ile sınırlı kalmamakta, “içtüzük düzenlemesi niteliğinde” gördüğü diğere Meclis kararlarını da kapsamaktadır. Mahkeme, bir Meclis kararının içtüzük düzenlemesi niteliğinde olup

⁶⁴⁷ Tunaya 121.

⁶⁴⁸ Teziç, Anayasa Hukuku, 71.

⁶⁴⁹ Tanör / Yüzbaşıoğlu 259.

⁶⁵⁰ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku 408; Tanör / Yüzbaşıoğlu 491.

olmadığına ilişkin olarak, ilgili kararın alınmasındaki amaç, konu ve gördüğü işlevin niteliği ölçütlerini esas alarak bir değerlendirme yapmaktadır. Bu doğrultuda, Mahkemenin söz konusu ölçütlere göre yapacağı bir değerlendirme neticesinde, içtüzüğün boş bıraktığı konuyla ilgili bir Meclis kararının, “içtüzük kapsamına giren” konuya ilişkin olduğu saptanırsa, ilgili karar Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmektedir⁶⁵¹.

1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde, TBMM kararlarına karşı açılan iptal davalarında, Anayasa Mahkemesi ilgili TBMM kararlarının içtüzüğe aykırı olarak alındığı sonucuna vardığında, bu kararı, “eylemli içtüzük düzenlemesi” olarak nitelendirerek Anayasaya aykırı bulduğu takdirde iptal etmiştir⁶⁵². Avrupa’nın pek az ülkesinde mevcut olan meclis içtüzüklerinin anayasaya uygunluğu denetiminin tanınması ve buna ilişkin önleyici denetimin uygulanması yasama organına müdahale olarak eleştirilse de, bu denetimin kabulü çoğulcu demokrasi anlayışının devamlılığı açısından daha isabetli olacaktır.

TBMM İçtüzüklerinin, parlamento çalışmalarını düzenleyen kurallara ilişkin olmaları sebebiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı buldukları gerekçesiyle iptal edilmeleri halinde, Meclis çalışmalarında ciddi aksaklıklar yaşanabilecektir. Usule ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Meclis İçtüzüğünün denetimine ilişkin olarak, “eylemli değişiklik” veya “eylemli ihdas” gibi nitelendirmeler ile içtüzüğün sürekli denetlenebilir hale getirilmesi demokratik esaslarla da bağdaşmamaktadır. Bu aksaklıkların ve sakıncaların ortadan kaldırılabilmesi ve Anayasa Mahkemesinin “yerindelik denetimi” yapmasının önüne geçilmesi için içtüzüklere yönelik önleyici denetim modelinin benimsenmesinin etkili olacağı düşünülmektedir. Bu

⁶⁵¹ Tanör / Yüzbaşıoğlu 261.

⁶⁵² Meclis kararları içerisinde içe dönük nitelikleriyle, Meclisin siyasi takdirine bırakılan ve kişiler üzerinde doğrudan hukuki sonuçlar doğurmayan kararlar hakkında yargısal denetim ihtiyacı duyulmasa da, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı gibi dışa dönük meclis kararlarının Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması gerektiği şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Tanör / Yüzbaşıoğlu 491; Detaylı bilgi için bkz. Erdoğan Teziç, “Parlamento Kararı ve Kanun”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.5, (1988) 123-130; Detaylı bilgi için bkz. Ergun Özbudun, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 36, S. 1-4, (1979) 3-26.

doğrultuda, yapılacak başvuru neticesindeki denetimin öncelikli olarak sonuçlandırılması gerekmektedir.

Yeni anayasa yapımına ilişkin olarak hazırlanan tasarılar da bu hususa yer verildiği görülmektedir. Özbudun Komisyonu'nun hazırladığı anayasa önerisinde, Anayasa Mahkemesinin TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya uygunluğunu öndenetim yoluyla denetleyebileceğini, öndenetimi isteme yetkisinin, iptal davası açmaya yetkili olanların yanı sıra Meclis Başkanına da tanınması gerekliliğine yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme ile, “*İçtüzüklerin denetimi, içtüzük hükmünün Meclis Genel Kurulunda kabul edildiği tarihten itibaren on gün içinde istenebileceği ve Anayasa Mahkemesi Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüne ilişkin kararını en geç otuz gün içinde vermediği takdirde başvurunun reddedilmiş sayılacağı*” hükme bağlanmıştır⁶⁵³.

4. Uluslararası Antlaşmalar

1961 Anayasasının hazırlık sürecinde, anayasanın bütününe kapsayan sistematik bir şekilde düzenlenmiş, “Anayasa Ön-Projesi”⁶⁵⁴, “Siyasi Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü Tasarısı” ve “Temsilciler Meclisi Tasarısı” olmak üzere üç taslak hazırlanmıştır⁶⁵⁵. Bu taslaklarda antlaşmaları Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında bırakan herhangi bir hüküm olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesine bu konuda bir tür ön denetim yetkisi tanıyan ve antlaşmaların Anayasaya aykırılığına yönelik iddiaların, antlaşmaların onaylanmasından önce ileri sürülebilmesi ve incelenmesini öngören bir düzenlemeye her üç tasarıda da yer verilmiştir. Temsilciler Meclisi Tasarısına göre; “*uluslararası antlaşmaların Anayasaya aykırı olduğu Meclislerden birinin üye tam*

⁶⁵³ Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 25, (2008) 114. Bu konuda Türkiye Barolar Birliği'nin hazırladığı Anayasa tasarısında, 1982 Anayasasında yer alan düzenlemeye benzer ifadelere yer verilerek, herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

⁶⁵⁴ Anayasa Ön-Projesi hazırlamakla görevlendirilen Bilim Komisyonunun hazırlayıp, Milli Birlik Komitesine sunduğu Anayasa Tasarısıdır.

⁶⁵⁵ 1961 Anayasasının hazırlık evresinde, anayasanın bütününe kapsayan, “Ön-Tasarı” (Onar Tasarısı), “SBF Tasarısı” ve “Temsilciler Meclisi Tasarısı” olmak üzere üç tasarı (taslak) ortaya çıkmıştı. Anayasa Mahkemesine, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluk denetimi bakımından bir tür ön-denetim yetkisi tanıyan düzenlemeye, üç tasarıda da yer verilmişti. Fakat ilgili düzenleme, Kurucu Meclis'in askeri kanadını oluşturan Milli Birlik Komitesi tarafından Anayasa tasarısından çıkarılmıştır.

sayısının beşte biri tarafından ileri sürülürse, bu iddia Anayasa Mahkemesince reddedilmedikçe TBMM söz konusu antlaşmanın onaylanmasını veya buna katılımı uygun bulamaz⁶⁵⁶”.

Maddenin gerekçesi ise şu şekildedir; “...Milletlerarası andlaşmaların Anayasaya uygunluğunun murakabesi konusunda, kanunlarla ilgili murakabeye nazaran farklı bir usul getirilmektedir. Gerçekten bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptalinin Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin teşri organın tasvibinden geçmeden önce tahkik edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir⁶⁵⁷”. Bu doğrultuda uygun bulma kanununun kabulüne ilişkin prosedür, Anayasa Mahkemesinin kararına kadar durdurulacak⁶⁵⁸ ve ilgili kanun, ancak Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesince reddedilmesi halinde çıkarılabilecekti. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin söz konusu antlaşmayı Anayasaya aykırı bulması halinde, o antlaşma onaylanamayacaktı. Ancak Milli Birlik Komitesi tarafından, onaylama öncesi denetim olanağı veren hüküm tasarıdan çıkarılmıştır ve maddenin son fıkrası, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*” biçiminde düzenlenmiştir⁶⁵⁹. 1961 Anayasasıyla aynı içeriğe sahip 1982 Anayasası m.90’nın gerekçesinde ise “*andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür*” ifadelerine yer verilmiştir.

1982 Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrasında, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” denilmektedir. Bu hükümlerle, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kabul edilip, buna ilişkin olarak anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmamasındaki temel sebep, uluslararası ilişkilerin siyasi yönü düşünüldüğünde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan

⁶⁵⁶Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, Birleşim: 34, 30.3.1961, Sıra Sayısı: 35, 67

⁶⁵⁷Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 2, Birleşim: 34, 30.3.1961, Sıra Sayısı: 35, 31.

⁶⁵⁸ Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: “Ön-Denetim”, *Mülkiye Dergisi*, C. XXXII, S. 258, (2008) 20.

⁶⁵⁹Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, S. 70, (2007) 190.

uluslararası antlaşmaların sürekliliğinin sağlanması bakımından doğabilecek olası sakıncaların önlenmek istenmesidir. Ancak, antlaşmalar açısından Anayasa Mahkemesine başvuru yolu kapalı olsa da, uluslararası antlaşmaların onaylanmasına dair uygun bulma kanunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulabilmektedir⁶⁶⁰. Anayasa m.90'a, 2004'de yapılan ekleme ile uluslararası antlaşmalara bir istisna tanınarak, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı konuya ilişkin farklı hükümler içermesi halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda, uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Maddeye yapılan bu ekle birlikte, uyuşmazlık halinde uluslararası antlaşma ve kanun hükümlerinden hangisine öncelik verilmesi gerektiği hususundaki tartışmaların sonlandırılması amaçlanmıştır⁶⁶¹.

Anayasanın 104. maddesine göre milletlerarası antlaşmaları onaylama ve yayımlama yetkisi Cumhurbaşkanına aittir. Anayasanın 90. maddesi ise Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşmaları onaylanmasını kural olarak TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlamıştır. Uygun bulma kanunları, ilgili antlaşmalara çekince konularak ya da çekincesiz uygun bulunması, kanunun yürürlüğe giriş tarihi ve kanunun yürütülmesinden oluşan üç maddelik bir düzenlemeden oluşmaktadır. Uygulama kanunları da diğer kanunlar gibi, kanun yapımındaki süreç izlenerek kabul edildikten sonra Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir.

Bu doğrultuda, hukuk devletinin bir gereği olarak devletin bütün faaliyetlerinin ve düzenlemelerinin hukuka ve Anayasaya uygun olması, ayrıca bağımsız yargı denetimine tabi olması gerekmektedir. Anayasa m.148, "*Anayasa Mahkemesinin, kanunların, şekil ve esas bakımından Anayasaya uygunluğunu denetleyeceğini*", anayasaya uygunluk denetiminin dışında bıraktığı hukuki işlemlerle birlikte belirtirken, uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunlarının denetimini yasaklayan bir ifadeye, ne 1961 Anayasası ne de 1982 Anayasasının gerekçesinde yer verilmiştir.

Anayasa m.90'da belirtilen, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine

⁶⁶⁰ AYM E.1996/55, K.1997/33, Kt. 27.02.1997, R.G.Tarih-Sayı:24.03.2001-24352.

⁶⁶¹ https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekelci_1982_anayasasi.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2015).

başvurulamayacağına ilişkin emredici hüküm gereği, antlaşmalar doğrudan denetime tabi tutulamazken, ilgili antlaşmaların onaylanmasına ilişkin uygun bulma kanunları hakkında anayasaya uygunluk denetimi, şekil bakımından kanunun son oylamasında öngörülen çoğunlukla kabul edilip edilmediği ile sınırlıdır. Uygun bulma kanununun esas bakımından denetimi ise antlaşmanın içeriğinin de dolaylı olarak denetlenmesi anlamına geleceğinden, bu denetimin yapılması Anayasa m.90 gereği mümkün değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu konuya yönelik olarak uygun bulma kanunun etkililiğinden hareket ederek bir ayırım yapmıştır. Bu ayırma göre, uygun bulma kanununun bazı hükümleri, onaylanmasının uygun bulunduğu antlaşmadan hukuk düzeninde bir etki oluşturduğu gerekçesiyle ayrılabilir ise, anılan hükümlere ilişkin Anayasaya aykırılık iddiasına yönelik incelemenin esas bakımından yapılması mümkün hale gelmektedir. Ancak uygun bulma kanununun hükümleri ancak antlaşma ile birlikte bir etkiye sahipse, ilgili hükümlerin esas bakımından denetimi mümkün değildir⁶⁶².

Uygun bulma kanunlarına yönelik denetime ilişkin olarak yapılan bu ikili ayırma Anayasa Mahkemesinin bir kararında yer verilmiştir. 4163 sayılı “*İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Antlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*”un, Antlaşmanın çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının iptaline, verilecek iptal kararı sonucu diğer hükümler de uygulanamaz hale geleceği iddiasıyla tümünün Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2. , 4. , 7. ve 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal davası açılmıştır⁶⁶³. Davanın gerekçesinde, Antlaşmanın çekince konulan maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu, Antlaşmanın 57. maddesinin dördüncü fıkrasında, “*Kurumun şer’i hükümlerine göre faaliyet göstermesini engelleyecek hiç bir değişiklik yapılamaz*” ifadesine ilişkin çekincenin antlaşma metninde görülmemesi nedeniyle taraf devletler bakımından bağlayıcılığının bulunmadığı, dolayısıyla antlaşmanın Anayasanın aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi bu kararda, uygun bulma kanunlarına ilişkin anayasal denetim yapılabileceğini kabul etmekte; ancak, bu denetimin yapılabilmesi için uluslararası antlaşmanın yalnızca “çekince” konulan madde ya da kurallarının

⁶⁶² AYM E. 2011/47, K. 2012/87, Kt. 31.5.2012. R.G. Tarih/Sayı: 22.11.2013/28829.

⁶⁶³ AYM E. 1996/55, K. 1997/33, Kt. 27.2.1997, R.G. Tarih/Sayı: 24.03.2001/24352.

incelenebileceğini belirtmektedir. Mahkeme, antlaşmanın hükümleri gözetilerek yapılacak bir incelemenin, antlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına geleceğini, fakat Anayasa m. 90'nın böyle bir incelemeye engel olduğunu belirterek, uygun bulma kanununun birinci maddesinde çekince konulmayan bölümünün antlaşma maddelerine bakılarak incelenmesinin olanaklı olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir.

Karara ilişkin karşı oy yazısında ise, Anayasanın hiçbir maddesinde, uluslararası antlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin yasaların anayasal denetime bağlı tutulmamasına ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulan yasa hükümlerinin, herhangi bir ayırım yapılmaksızın Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması bir anayasal zorunluluk olarak nitelendirilmiştir. Anayasada yer alan hüküm ve ilkelerin, değer ve etki bakımından eşit olarak kabul edilmesinin, uygun bulma kanununda yer alan bazı hükümlerin denetimden ayırık tutulmasını engellediği belirtilmiştir. Uluslararası antlaşmaların denetime tabi olmaması nedeniyle, onaylamayı uygun bulan yasanın bazı hükümlerinin denetim dışında bırakılmasının, “usulün saptırılması” yoluyla bu kuralların denetlenmemesi sonucunu doğuracağı, bu nedenle bu hususun Anayasanın 2., 11. ve 148. maddeleriyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

Kararda, uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulan yasalar genellikle üç maddeden oluştuğu için denetimi olanaklı kılacak hukuksal bir düzenleme bulunmadığı, ilgili hukuksal düzenlemenin, onaylanması uygun bulunan uluslararası antlaşmalarda yer aldığı belirtilmiştir. Bu nedenle, onaylamayı uygun bulan yasaya ilişkin, Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesinin, ancak uluslararası antlaşmanın incelenmesiyle olanaklı olduğu, çünkü ancak bu yöntemle yasaya içerik ve anlam kazandırılabilceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla onaylamayı uygun bulan yasalara ilişkin Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için, o yasanın onaylanmasını uygun bulduğu antlaşmanın incelenmesi, antlaşma kurallarında Anayasaya aykırılık bulunması halinde ise uygun bulma yasasının iptali yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan, uluslararası antlaşmaların yalnızca uygun bulma yasalarında çekince konulan kurallar yönünden incelenmesinin hukuksal bir sonuç doğurmayacağı, çünkü uluslararası antlaşmaların çekince konulan düzenlemelerinin “yasa hükmü”

kazanamaması sebebiyle iç hukukta bir etkisi olamayacağı vurgulanmıştır. Asıl önemli ve anlamlı olanın, uluslararası antlaşmaların çekince konulmaması nedeniyle iç hukukumuza yer verilen madde ve kurallar yönünden incelenmesi olduğu ileri sürülerek, çekince konulmayan madde ve kuralların da onaylanması uygun bulunduğu göre, bu madde ve kuralların Anayasaya uygunlukları bakımından incelenmesi gerektiği gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Bir uluslararası antlaşmanın onaylanmasıyla birlikte, uluslararası hukuk kuralları gereğince taraf olan devletler antlaşma ile bağlı olduklarından, bu antlaşmanın kendilerine yükledikleri ödevleri ve sorumlulukları yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu nedenle, antlaşmanın taraf devletin anayasasına aykırı olduğu antlaşmanın onaylanmasından sonra fark edilirse, devlet uluslararası hukuk altında bağlı olduğu bir antlaşmayı iç hukukta uygulamadığı için zor bir durumda kalacak ve uluslararası anlamda sorumluluğu doğacaktır. Bu doğrultuda, Türk hukuku bakımından uygulamada karşılaşılabilecek en tartışmalı durum, Anayasaya aykırı olan hükümler içeren temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar bakımından gündeme gelecektir. Anayasa m.90 gereğince Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulamayan ve yürürlüğe giren bir uluslararası antlaşmanın, Anayasaya uygun olarak düzenlenerek yürürlüğe giren bir kanunla çatışması halinde, temel hak ve özgürlüklere yönelik antlaşmalara tanınan üstünlük nedeniyle uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınması gerekecektir. Bu durum ise, anayasaya aykırı olmasına rağmen uluslararası bir düzenlemenin iç hukuka da etki etmesine sebep olacaktır. Dolayısıyla Türkiye açısından, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara tanınan ayrıcalık nedeniyle ve olası bir sorunun önüne geçilebilmesi bakımından, uluslararası antlaşmalara yönelik olmak üzere Anayasa Mahkemesine önleyici denetim yetkisi tanınması artık bir zorunluluk haline gelmiştir⁶⁶⁴.

Yeni anayasa arayışlarına yönelik sunulan TBB Önerisi⁶⁶⁵'nin, "Uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma başlıklı 103.maddesinin 2.fıkrasında bir ön

⁶⁶⁴ Ali İbrahim Akkutay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S.1-2, (2007) 421. Önleyici denetimin olmaması nedeniyle, ilgili düzenlemenin henüz onaylanmamış temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara da uygunluğunun dikkate alınması yerinde olacaktır. Bkz. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 342.

⁶⁶⁵ TBB Yayını, Yayın No.131, Kanunlar dizisi 4, 1. Bası, Ekim 2007.

denetim modeli önerisinde bulunulmuştur. İlgili düzenlemeye göre, “*Uluslararası antlaşma niteliğindeki metinler, onaylanmadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Genel Kurulun bilgisine sunulduğundan başlayarak otuz gün içinde Cumhurbaşkanı, metnin Anayasa ile bağdaşmazlığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Bir siyasal parti grubu veya en az yirmi milletvekili de aynı gerekçeyle Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği gibi konu hakkında görüşme açılmasını isteyebilir. Hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulmayan veya görüşme açılması isteminde bulunulmayan metinlerin onaylanması uygun bulunmuş sayılır.*” Böylece uluslararası antlaşmalar henüz onaylanmadan önce, hem Anayasaya uygunluk hem de siyasal yerindelik bakımından denetlenerek iç hukukla uyumlu bir hale gelecektir⁶⁶⁶.

Önleyici denetim, uluslararası antlaşmaların onaylanması sürecinde devletlerin başvurduğu bir usuldür. Birçok devlet uluslararası antlaşmalar için önleyici denetim sistemini öngörerek, hukuki boyutta ve siyasi anlamda sorun yaşanma ihtimalini en aza indirme yolunu tercih etmiştir⁶⁶⁷.

5. Anayasa Değişiklikleri

Devleti hukuki ve siyasi bir kurum olarak kuran kurucu iktidar, kaynağı ve yetkileri bakımından ikiye ayrılmaktadır. Anayasanın yapımını üstlenen ve yaptığı yeni anayasa ile tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağını oluşturan *asli kurucu iktidar*⁶⁶⁸, “*ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yani hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir*⁶⁶⁹”. Uzlaşmayı ve çoğulculuğu benimseyen demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır. Anayasanın değiştirilmesi söz konusu olduğunda ise *tali kurucu*

⁶⁶⁶ Aybay, “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: “Ön-Denetim”, 43.

⁶⁶⁷ Schnutz Rudolf Durr, “Comparative Overview of European Systems of Constitutional Justice”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol 5, 2/2011, (2011) 167.

⁶⁶⁸ Teziç, *Anayasa Hukuku*, 191; Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 1998) 10-12.

⁶⁶⁹ AYM E. 2008/16, K.2008/116, Kt.05.06.2008, R.G. Tarih/Sayı: 22.10.2008/27032.

iktidardan söz edilir. Tali kurucu iktidar, anayasanın öngördüğü kurulu iktidarların⁶⁷⁰, asli kurucu iktidarın oluşturduğu sınırlar içinde hareket etmelerini sağlamaktadır. Anayasayı değiştirme yetkisi, mevcut anayasadan alındığı için sınırlı bir yetkidir ve yapılan değişiklik hukuki geçerliliğini, bu anayasanın öngördüğü usullere uygun yapılmasından almaktadır⁶⁷¹. Söz konusu yetki Anayasa m.6'da, herhangi bir istisna öngörülmezsizin somut bir biçimde, “*hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasanın kısmen veya tamamen değiştirilmesine yönelik düzenlemeler kanun ile yapılmaktadır. Ancak, 1982 Anayasasının da benimsemiş olduğu katı anayasa sistemlerinde, anayasada değişiklik yapan kanunların, alelade kanunların tabi olduğu usullerden daha farklı bir usulle ve daha büyük bir çoğunlukla kabul edilmesi öngörülmekte, hatta bazı hükümlerin değiştirilmesi yasaklanmaktadır⁶⁷².

1961 Anayasasında Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen m.147'de, “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzük'ünün Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasayada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler*” hükmüne yer verilmiştir. Bu doğrultuda, 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.25'de, kanunların ve meclis içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunun denetleneceği hükmü yer almaktadır⁶⁷³. Her iki düzenlemede de anayasaya uygunluk denetimine ilişkin şekil ya da esas bakımından bir ayrıma gidilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 16.6.1970 tarihli, milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin bir kararında, bir Anayasa değişikliğine ilişkin olarak ilk defa doğrudan doğruya denetim yapmış ve ilgili düzenlemeyi şekil şartları bakımından iptal etmiştir⁶⁷⁴. Kararın

⁶⁷⁰ H. Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, (İstanbul: İÜHFY, 1971) 96; Gözler, Kurucu İktidar 13-17.

⁶⁷¹ Necmi Yüzbaşıoğlu, “Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Değişikliğine ve AKP'ye İlişkin Kararları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/2, (2008) 6-7. Mehmet Turhan, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *AÜHFD*, C.33, S.1-4, (1976) 70

⁶⁷² Teziç, *Anayasa Hukuku*, 192.

⁶⁷³ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri hakkında Kanun, R.G. Tarih/Sayı: 25.4.1962/11091.

⁶⁷⁴ AYM E.1970/1, K. 1970/31, Kt. 16.6.1970, R.G. Tarih/Sayı: 7.6.1971/13858. İlgili karara karşı üç üye tarafından, Mahkeme'nin esas yönünden denetim yetkisi bulunmadığı yönünde karşı oy kullanılmıştır. Benzer bir karar AYM E.1970/41, K.1971/31, Kt.13.04.1971, R.G.Tarih/Sayı: 17.03.1972/14131.

gerekçesi, Anayasa değişikliklerinin “kanun” ile yapıldığı, dolayısıyla kanuna özgü Anayasa m.155’deki usul ve şartlara uyulup uyulmadığı bakımından denetime tabi tutulmaları gerektiği üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerine ilişkin düzenlemelerin bir kanun ile yapılmasından hareket ederek, kendisini kanunları denetlemeye yetkili görmüştür. Aynı kararda, 1961 Anayasasının 9.maddesinde yer alan “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif olunamaz” düzenlenmesinden yola çıkarak, bu maddeye yönelik değişmezlik kuralının amacının cumhuriyeti sadece sözcük olarak dar anlamıyla değil, Anayasa m.2’de belirtilen ve m.2’nin gönderme yaptığı başlangıç kısmında yer alan ilkelere dayanan Cumhuriyet rejimini korumak olduğu yönünde, şekil denetimden hareket ederek esasa ilişkin geniş bir yorum yapmıştır. Bu doğrultuda, sadece değiştirilmeyen maddeler bakımından değil, diğer maddelerde yapılan ve doğrudan veya dolaylı olarak değiştirilmesi yasaklanan normları değiştirme amacı taşıyan değişikliklerin de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağını belirtmiştir. Belirlenen bu çerçevede, esas açısından bir denetim kabul edilmesi halinde Cumhuriyetin niteliklerinin imkan verdiği geniş yorum olanağıyla, yapılan anayasa değişiklikleri açısından bu niteliğin göz ardı edilmesi mümkün olamayacağından, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerine yönelik şekil bakımından denetimden hareketle esas açısından denetimi de dahil ederek inceleme yetkisini genişletmiştir⁶⁷⁵. Bu doğrultuda somut davada, anayasa değişikliğine yönelik anayasaya aykırılık iddiasının denetimi neticesinde, şekil yönünden iptal kararı verildiğinden esas yönünden incelemeye gerek olmadığı belirtilmiştir. Mahkeme, bir önceki kararına paralel olarak 13.4.1971 tarihli başka bir kararda da, Anayasa Mahkemesinin, Anayasayı değiştiren kanunlara ilişkin olarak esas yönünden Anayasaya uygunluk denetimi yapabileceğini, fakat ilgili kanunun esas yönünden Anayasaya aykırı olmadığı gibi şekil yönünden de uygun olduğuna karar vermiştir⁶⁷⁶.

Bu kararların ortak özelliğine bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin de bir kanunla yapıldığı gerekçesine dayanarak, anayasa

⁶⁷⁵Yıldızhan Yayla, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü” *Hıfzı Timur’un Anısına Armağan* (İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979) 1016-1018; Kubalı 105; Şen 92.

⁶⁷⁶AYM E.1970/41, K. 1971/37, Kt.13.4.1971, R.G. Tarih/Sayı:17.3.1972/14131.

değişikliklerine ilişkin olarak kendisini şekil ve esas bakımından denetlemeye yetkili saydığı ve yetkilerini asli kurucu iktidarın öngörmediği şekilde genişlettiği görülmektedir⁶⁷⁷. Bu durum, tali kurucu iktidarla Mahkemenin karşı karşıya kalarak kuvvetler ayrılığı dengesinin bozulmasına sebep olacağı ve düzenin yargıçlar hükümetine dönüşeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁷⁸. Bu eleştiriler dikkate alınarak hazırlanan 1488 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen anayasa değişikliği⁶⁷⁹, anayasaya uygunluk denetimini yalnızca Anayasada gösterilen şekil denetimiyle sınırlamıştır. İlgili düzenlemeyle Anayasa m.147/1 şu şekilde değiştirilmiştir; “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya; Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.*” Bu düzenlemeyle bir yandan Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi tanınırken, diğer yandan bu denetim yetkisi şekil denetimiyle sınırlandırılmıştır.

İlgili maddede yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir; “*...Ancak Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vazu olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim Anayasamız, 4 ncü maddesinin 3 ncü fıkrasında “Hiçbir kimse veya organ kaynağının Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” hükmü yer almıştır. Şu halde, Anayasanın sadece kanunlara ve İçtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir.*” Gerekçede ayrıca, şekil bakımından denetim yapma yetkisinin, anayasaya değişikliğine ilişkin düzenlemenin “kanunla” yapılması, bu nedenle dolaylı olarak Anayasa Mahkemesinin kendisini yetkilendirmesi şeklinde tezahür eden iradenin kabul edilemezliği ve Mahkemenin Anayasa değişikliğinin de bir “kanun” olduğu şeklindeki diğer gerekçesinin geçersizliği de vurgulanmıştır. Bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*... Anayasa değişikliği, Anayasanın 155 nci maddesinde görüldüğü üzere, gerek teklif, gerekse müzakere ve*

⁶⁷⁷ Yüzbaşıoğlu, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliğine ve AKP’ye İlişkin Kararları”, 7; Can 118.

⁶⁷⁸ Erdoğan Teziç, *1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, (İstanbul: İÜHFY, 1972) 134; Soysal, 100 Soruda Anayasa, 217; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, (İstanbul: İÜHFY, 1982) 362.

⁶⁷⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesi ve geçici maddeler eklenmesi hakkında Anayasa Değişikliğine ilişkin 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun, R.G. Tarih/Sayı: 22.09.1971/13964.

kabul bakımından kanunlardan farklı şekil şartlarına bağlanmıştır. Anayasa değişikliği, bu şartlar dışında kanunların tabi olduğu müzakere usullerine tabi olmakla beraber bir kanun değil, bir Anayasadır. Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa Hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği belirtilmiştir”⁶⁸⁰.

Böylece yapılan değişiklikte, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların ve karar gerekçelerinin normatif dayanakları ortadan kaldırılmak istenmiştir. Mahkemenin değişiklik sonrası verdiği 15.4.1975 tarihli ilk kararında, “...Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç şüphe yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. ...9.maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, “dava konusu olan anayasa değişikliği”, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir.” sonucuna varılmıştır. Ancak bu yorumuna karşı temel eleştiri, Mahkemenin değişmezlik yasağına vurgu yaparak ve bu yasağın kapsamını geniş tutarak, şekil denetiminden hareketle esas denetimine devam etmesidir. Nitekim Mahkeme, kararında “... Ancak, Anayasa’nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerinin sadece Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esastan Anayasa’ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır...”⁶⁸¹.” şeklindeki ifadelerle “var olan yetkilerinin daraltıldığını” kabul etmesine rağmen; şekil denetimi kavramını geniş yorumlayarak “esasın şekil yönünden incelenmesine” devam etmiş ve bu doğrultuda birçok karar vermiştir⁶⁸².

⁶⁸⁰ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C.17, Sıra Sayısı: 419, 17.

⁶⁸¹ AYM E. 1973/19, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975, R.G.Tarih/Sayı: 26.2.1976/15511.

⁶⁸² AYM E. 1973/19, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975, R.G.Tarih/Sayı: 26.2.1976/15511; AYM E. 1975/167, K. 1976/19, Kt. 23.3.1976, R.G.Tarih/Sayı:12.8.1976/15675; AYM E. 1976/38, K. 1976/46, Kt. 12.10.1976,

Anayasalarda tali kurucu iktidar için öngörülen sınırlamaların etkinliği, tali kurucu iktidarın faaliyetlerinin yargısal denetime tabi tutulmasının mümkün olmasına bağlıdır⁶⁸³. Aksi takdirde anayasanın üstünlüğü ilkesinin anayasa değişiklikleri kapsamında bir anlamı kalmayacaktır. Özellikle, tali kurucu iktidarın yetkisi halkoylaması yoluyla halk tarafından bizzat kullanılmadığı ve onaylanmadığı sürece, bu işlemlerin hukuki denetime tabi tutulması hukuk devletinde olağan karşılanmalıdır⁶⁸⁴.

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasına kadar vermiş olduğu kararlar ciddi tartışmalara sebep olduğundan, 1982 Anayasası m.148/2’de, şekil denetiminin kapsamı Anayasa Mahkemesine bırakılmadan somutlaştırılmıştır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerine yönelik esas yönünden denetim yapamayacağı gibi, şekil yönünden denetimi de her türlü şekil eksikliğini kapsayacak mahiyette değil, m.148/2’de sayılan, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği hususlarıyla sınırlı olarak yapabilecektir. Bu doğrultuda, anayasa değişikliklerine ilişkin esastan denetimin yapılmasının engellenmesi amacıyla, hem Anayasanın ilgili maddesi, hem de Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkındaki Kanun m.36 uyarınca, anayasa değişikliklerine ilişkin açılacak iptal davalarının yalnız şekil bakımından aykırılık iddiası ile açılacağı ve şekil denetiminin de sınırlı olarak yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

1982 Anayasasında yapılan bu düzenlemeden sonra Mahkeme farklı kararlar vermiştir. Konuya ilişkin olarak, 18.6.1987 tarihli kararı oldukça açık ifadeler içermektedir: “*Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar*

R.G.Tarih/Sayı: 20.1.1977/15825; AYM E. 1976/43, K. 1977/4, Kt.27.1.1977, R.G.Tarih/Sayı: 21.4.1977/15916; AYM E.1977/82, K. 1977/117, Kt. 27.9. 1977, R.G.Tarih/Sayı:14.1.1978/16169. Can 118-119.

⁶⁸³ Stefanini, “Jurisprudence du Conseil Constitutionnel”, 379-381.Detaylı bilgi için bkz. Gözler, *Kurucu İktidar*, 132.

⁶⁸⁴ Çağlar, *Anayasa Bilimi*, 85; Ülgen, *Anayasa Yargısında İlk İnceleme*, 64-65.

Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir⁶⁸⁵.” İptal istemiyle yapılan başvuru, Anayasa Mahkemesinin Anayasada tüketici olarak sayılan hususlar dışındaki şekil bozukluklarını inceleme yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle yetkisizlik yönünden reddedilmiştir.

18.6.1987 tarihli karara paralel olarak, Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına sunulan 31.05.2007 tarih ve 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Kanununun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır. Davacılar söz konusu Kanunun bir maddesinin Cumhurbaşkanının geri göndermesi üzerine TBMM tarafından üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi gerekirken, beşte üç çoğunlukla kabul edilmesinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Aykırılık iddiası oy çoğunluğuna ilişkin olduğu için Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmiş ve Cumhurbaşkanının Kanun’u geri göndermesi üzerine TBMM’nin aynen kabul edebilmesi için üçte iki çoğunluğun şart olmadığına, dolayısıyla beşte üç çoğunlukla kabul edebileceğine hükmetmiştir⁶⁸⁶. Anayasa Mahkemesi, Anayasada sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapmasının mümkün olmadığını belirterek, teklif ve kabul çoğunluğu ile ivedilikle görüşme yasağına aykırılık dışında kalan gerekçelere dayanan iptal taleplerini, önüne gelen davalarda bu konuda yetkisi olmadığı gerekçesiyle ilk incelemede görev yönünden reddetmiştir⁶⁸⁷. Anayasa Değişikliği Kanunu’nun halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete’de yayımlanmasının ardından, ilgili kanunun iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine, halkoylamasına sunulan metnin halkoylaması gerçekleşmeden önce Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi tartışmalara yol açmıştır. Tartışmanın özünü, Anayasa m.175’e göre, halkoylamasına sunulacak anayasa değişikliği hakkındaki kanunun Cumhurbaşkanınca Resmi Gazete’de yayımlanması gerekliliği karşısında, m.148’e göre kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmayacağına ilişkin düzenlemelerin bir arada

⁶⁸⁵ AYME. 1987/9, K. 1987/15, Kt. 16.6.1987, R.G.Tarih/Sayı: 04.09.1987/19564.

⁶⁸⁶ AYME.2007/72, K.2007/68, Kt. 5.7.2007, R.G.Tarih/Sayı:07.08.2007/26606.

⁶⁸⁷ AYM E.2007/72, K.2007/68, Kt. 5.7.2007, R.G.Tarih/Sayı:07.08.2007/26606; Gönenç, “Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı”, 13.

uygulanmaya çalışılmasından ortaya çıkan ve üzerinde uzlaşılabilen “yayımlanmış/yayımlanmamış- kanun” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği oluşturmaktadır⁶⁸⁸. Anayasa Mahkemesi bu hususu, halkoylamasına sunulan bir anayasa değişikliğinin halkoylamasına sunulmadan önce Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenip denetlenemeyeceği yönünden tartışmış ve denetlenebileceğini kabul etmiştir.

Daha sonra, 16.10.2007 tarih ve 5697 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un, yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle, Anayasa m.2, m.6 ve m.175’e aykırılığı ileri sürülerek, Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa Değişikliği Kanunu’nu incelemiş, ortada yokluk müeyyidesinin uygulanabileceği bir durum olmadığına karar vermiş ve dava konusu Anayasa Değişikliği Kanunu’nun, Anayasa m.148’de öngörülen teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülemeyeceği koşullarına aykırı bir yönü olmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir⁶⁸⁹. Bir önceki kararda yer alan referanduma sunulan değişiklikler açısından konuya açıklık getirilerek, “...*Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisinin, Anayasa m.148/2’de referanduma sunulan – sunulmayan ve yürürlüğe giren – girmeyen yönünden herhangi bir ayrıma tabi tutulamayacağı...*”⁶⁹⁰ ifadelerine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, öngörülen pozitif hukuki sınırlar içerisinde kalarak, şekil denetiminin genişletilerek içerik açısından bir denetim yapılmasını reddetmiştir⁶⁹¹. Anayasa Mahkemesi bu kararında, 18.6.1987 tarihli kararında belirtilen gerekçeyi tekrar ederek, anayasa değişikliğine ilişkin kanunu yalnızca anayasada öngörülen şekil şartları bakımından incelemiştir.

Mahkemenin, 1982 Anayasası dönemindeki esas açısından denetime ilişkin ilk kararı 05.06.2008 tarihlidir. TBMM, üniversitelerde başörtüsü takılmasını serbest bırakmak amacıyla 1982 Anayasası m.10 ve m.42’de değişiklik öngören 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu’nu kabul etmiştir. Mahkeme, kanunun

⁶⁸⁸ Kemal Gözler, “Halkoylamasıyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanunlarının Resmi Gazete’de yayımlanması sorunu”, *Yasama Dergisi*, S.7, Ekim-Kasım-Aralık (2007) 12-14.

⁶⁸⁹ AYM E.2007/99, K.2007/86, Kt.27.11.2007, R.G.Tarih/Sayı:19.02.2008/26792.

⁶⁹⁰ AYM E.2007/99, K.2007/86, Kt.27.11.2007, R.G.Tarih/Sayı:19.02.2008/26792.

⁶⁹¹ Can, Anayasa Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, 116-120.

şekil bakımından kabulünde anayasanın öngördüğü teklif ve oylama çoğunluğu gerçekleşmiş olmasına karşın, bu kararında esastan denetime girerek “... *Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen Cumhuriyet 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.*” gerekçesiyle Anayasa Değişikliği Kanunu iptal etmiştir⁶⁹². Bu karara göre, “*Anayasanın 148.maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin “teklif... şartına uyulup uyulmadığı” hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, (...) “geçerli teklif” koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.*”⁶⁹³ Başka bir ifadeyle, “teklif çoğunluğuna” ilişkin denetim yetkisi “teklif edilebilirlik” yönünden denetimi de kapsamına almaktadır. Anayasa değişikliğini yapan yasama organının kurulu iktidar olduğunu vurgulayan Mahkeme, kurulu iktidarın eylem ve işlemlerinin geçerliliğinin, kurucu iktidar tarafından öngörülen anayasal sınırlar içinde olması gerektiğini belirtmiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki içtihadını tekrarlayarak 1982 Anayasasına göre de, anayasa değişikliklerinde şekil denetiminden hareketle esas denetimi yapmaya kendini yetkili görmüştür. Söz konusu kararda, katı anayasa sisteminde anayasanın kurduğu temel yapıyı korumayı amaçlayan m.4'deki cumhuriyetin niteliklerinin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez amir hükmüne etkin bir anlam kazandıran Mahkeme içtihatlarının bu açıdan isabetli olduğu ileri sürülmüştür⁶⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi iki yıl sonra verdiği bir başka kararında da aynı yaklaşımını sürdürmüştür⁶⁹⁵. TBMM, 07.05.2010 tarihinde 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu kabul etmiştir.

⁶⁹² AYM E.2008/16, K.2008/116, Kt.05.06.2008, R.G.Tarih/Sayı:22.10.2008/27032.

⁶⁹³ AYM E.2008/16, K.2008/116, Kt.05.06.2008, R.G.Tarih/Sayı:22.10.2008/27032. Mahkeme bu içtihadını 2010 yılında verdiği kararda da sürdürmüştür. Bkz. AYM E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 07.07.2010, R.G.Tarih/Sayı: 01.08.2010/27659.

⁶⁹⁴ Tanör / Yüzbaşıoğlu 492.

⁶⁹⁵ Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 409.

Bu anayasa değişikliğinin zorunlu olarak halkoylamasına sunulması sürecinde, Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmıřtır⁶⁹⁶. Söz konusu başvuruyla açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, “...Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceği...” gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun kuruluşuna ilişkin bazı hükümleri iptal etmiřtir⁶⁹⁷. Anayasa Mahkemesi kararının “yok sayılması” ihtimalinin dahi değerlendirildiği bu kararda, Mahkeme yine şekil denetiminden hareketle esas denetimi yaparak söz konusu anayasayı değiştiren kanunun bazı hükümlerini iptal etmiş ve kalan kısmı halkoylaması ile kabul edilmiřtir⁶⁹⁸. Söz konusu karar, karşı oy gerekçelerinde referandum sonucunda TBMM'de kabul edilen Anayasa değişikliği metni reddedilirse, Anayasa değişikliği gerçekte olmamış olacağından ortada denetlenebilecek bir kanun olmayacağı gerekçesiyle eleřtirilmiřtir⁶⁹⁹.

Anayasa değişikliklerinin halkoylaması ile kabul edilmesi halinde, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin olup olmadığı oldukça tartışmalıdır. Doktrinde tartışmalara sebep olan bu konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar tarafından, halk iradesi en üstün kurucu iktidar olduğu için, halkın referandum sonucunda vereceği onayın, TBMM'de anayasa değişikliğinin görüşülmesi sırasında

⁶⁹⁶ 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, R.G. Tarih/Sayı: 13.05.2010/27580.

⁶⁹⁷ AYM E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 07.07.2010, R.G.Tarih/Sayı: 01.08.2010/27659. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yayınları, 2015) 472-473.

⁶⁹⁸ AYM E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 07.07.2010, R.G.Tarih/Sayı: 01.08.2010/27659.

⁶⁹⁹ AYM E. 2010/49, K. 2010/87, Kt. 07.07.2010, R.G.Tarih/Sayı: 01.08.2010/27659. İlgili kararda Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım karşı oy yazısında; “... halkoylamasının anayasa değişikliklerinin yasalaşması sürecindeki işlevinin “onay” olduğu görülmektedir. Anayasanın 175.maddesinde, bu nitelikteki metinlere “kanun” denilmiş olması halkoylamasından önce bu metinlerin geçerlilik kazandığı anlamına gelmemektedir. Çünkü metin halkoylamasından sonra geçerlilik kazanmaktadır. Metnin halkoylamasında reddedilmesi halinde kanun iptal edilmiş olmaktadır. Halkoylamasına sunulan kanun hakkında Anayasa Mahkemesine dava açılması kanuna yönelik aynı anda hem siyasal hem de yargısal denetimin yapıldığı anlamına gelir ki, böyle bir düşünceyi kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla halkın iradesi bu tür yasaların tekemmülü açısından kurucu bir unsurdur. Sadece yürürlüğe giriş şartı değildir” ifadelerine yer verilmiştir. “...Bu nedenle halkoylamasından önce bu kanunların denetlenmesi mümkün değildir.” Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi üyesi Nuri Necipoğlu şu görüşlere yer vermiştir; “... Bu kanunlar, ancak halkın olumlu kurucu iradesi ile geçerlilik kazanırlar ve bundan sonra yürürlüğe konulabilirler. Dolayısıyla halkın iradesi bu tür yasaların tekemmülü açısından kurucu bir unsurdur... hukuk sistemimizde Anayasa değişikliklerinin a priori yargısal denetimi benimsemediğinden, halkoyuna sunulan Anayasa değişikliği kanunlarının halk oylamasından önce denetlenmesi mümkün değildir.”

meydana gelen şekil sakatlıklarını ortadan kaldıracığı ve Anayasa Mahkemesinin bu konuya ilişkin bir denetim yetkisinin olmadığı ileri sürülmüştür⁷⁰⁰. Bazı yazarlar tarafından ise, halk iradesinin kurucu niteliği kabul edilirken, anayasa değişikliklerine ilişkin hususlarda başvuru halkoylaması neticesinde, devletin temel değerlerini ve nitelikleri koruyan hükümlerin ortadan kaldırılamayacağı ifade edilmiştir⁷⁰¹. Demokrasinin, çoğunluğun mutlak hakimiyeti olmadığı ve halkoylamasının her zaman demokratik sonuçlar doğuramayacağı göz önünde bulundurulduğunda⁷⁰², temel hak ve özgürlüklerin korunması ve çoğulcu demokrasi anlayışı üzerine kurulan Anayasa Mahkemesinin yapacağı anayasaya uygunluk denetiminin, halkoylaması açısından da söz konusu olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesinin iptal davası yoluyla bir normu denetleyebilmesi için öngörülen dava açma süresinde esas alınan kıstas, ilgili düzenlenmenin Resmi Gazete’de yayımlanmasıdır. Kural olarak kanunlar, metinde yer alan tarihte yürürlüğe girerler. 1982 Anayasasında, Anayasa Mahkemesinin şekil denetimi bakımından, anayasa değişikliğine ilişkin kanunun halkoylamasına sunulması durumunda açık bir sınırlama bulunmadığı ve halkoylamasına sunulan anayasa değişikliklerinin denetimi yasaklanmadığı için, bir aşamada bu denetimin gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁷⁰³. 05.07.2007 tarihli kararında, Anayasa Mahkemesi bu konuya bir açıklık getirerek, halkoylamasına sunulan bir anayasa değişikliğinin halkoylamasına sunulmadan önce Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceği kabul edilmiştir. Kural olarak, Anayasa m.148 gereğince anayasa değişiklikleri sadece şekil bakımından denetlenir ve şekil denetimi için öngörülen süre Resmi Gazete’de yayımından itibaren on gündür. Anayasanın değiştirilmesi ve halkoylamasına katılma başlığını taşıyan Anayasa m.175’e göre, halkoylamasına sunulan Anayasa Değişikliği Kanunu Cumhurbaşkanı tarafından Resmi Gazete’de yayımlanır. Anayasanın değiştirilmesine ilişkin düzenlemeye yer veren Anayasanın 175.maddesinin, Anayasa değişikliğinin içeriğine ilişkin yetkinin çerçevesini çizen 4.maddesinin ve Anayasaya aykırılık halinde iptal edilebilme yetkisini

⁷⁰⁰ Onar 174; Özbudun 175; Gören, Anayasa Hukuku, 349.

⁷⁰¹ Yıldızhan Yayla, “1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y.4, S.1-3, (1983) 143.

⁷⁰² Teziç, Anayasa Hukuku, 474.

⁷⁰³ Ülgen, Anayasa Yargısında İlk İnceleme, 69.

düzenleyen 148.maddesinin birlikte yorumlanarak değerlendirilmesi zorunludur⁷⁰⁴. Anayasanın 175.maddesi ve 148.maddesi birlikte değerlendirildiğinde, halkoylamasına sunulan anayasa değişikliğine ilişkin kanunun “şekil bakımından denetimi” için başvurma imkanı Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün sonra ortadan kalkmaktadır. Bu hususa ilişkin olarak, benzer bir şekilde Anayasa Mahkemesi 27.11.2007 tarihli kararında⁷⁰⁵, Anayasa m.148/2’nin, yürürlüğe giren-girmeyen ve referanduma sunulan-sunulmayan yönünde herhangi bir ayırım yapmadığına değinerek, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunlar bakımından bir farklılık gözetmemiştir.

Burada üzerinde yorum yapılması gereken husus, kanunun yürürlüğe girmesinin ileri bir tarihe bırakıldığı durumlarda, açılan iptal davası neticesinde yapılacak denetimin bir önleyici denetim olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bu konuda, Anayasa Mahkemesinin, Anayasada öngörülme “önceden denetim” yapma yetkisini kendisinde görmüş olacağı ileri sürülmüştür⁷⁰⁶. Uygulamada ise, 1982 Anayasası’nın öngördüğü sistem giderici denetim olsa da Anayasa Mahkemesi referanduma sunulan 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunu denetlerken, şekil denetimi görünümü altında esas denetimini de önceden denetim yoluyla gerçekleştirmiştir⁷⁰⁷. Böylece aslında yapılacak denetimle, hukuki işlemlerin yürürlüğe girmesi neticesinde başvuru giderici denetim yoluna alternatif olarak önleyici denetimin kabul edildiği görülmektedir.

Avrupa modeli anayasa yargısında, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi bakımından Anayasa Mahkemeleri tarafından denetim yetkisine imkan veren pozitif bir anayasa hükmü yoksa bu denetimin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁷⁰⁸. Ancak, uygulamada, anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin anayasalarda açık bir hükme yer verilmemesi, mahkemelerin bu konuya ilişkin denetim yetkilerini ve kapsamlarını içtihat yoluyla belirlemesine engel olmamıştır. Bu mahkemelerin bir kısmı, anayasa değişikliklerini “kanun” olarak kabul ederek, kanunların anayasaya uygunluğunu

⁷⁰⁴ Yüzbaşıoğlu, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliğine ve AKP’ye İlişkin Kararları”, 8-9.

⁷⁰⁵ AYM E.2007/99, K. 2007/86, Kt. 27.11.2007, R.G. Tarih/Sayı: 19.02.2008/26792.

⁷⁰⁶ Üskül 698.

⁷⁰⁷ Üskül 698-699.

⁷⁰⁸ Gözler, “Judicial Review of Constitutional Amendments”, 99.

denetleme yetkisine sahip olmalarından hareketle, herhangi özel bir yetkiye ihtiyaç duymaksızın anayasaya değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleyebilme yetkisine sahip olduklarını kabul etmişlerdir. Mahkemelerin diğer kısmı ise temel norm olan anayasanın değiştirilmesinin, anayasada belirtilen temel ilkelere zarar verip vermediğinden hareketle kurucu iradenin korunması gerekçesiyle, yapılan değişikliklerin anayasaya uygunluk bakımından denetiminde kendilerini yetkili görmüşlerdir⁷⁰⁹.

Anayasa değişiklikleri için denetim yasağı getirmek, değişiklik yasağı öngören Anayasa hükümlerinin normatif değerini önemli ölçüde azaltmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa ile değiştirilmesi yasaklanarak süresiz güvence sağlanan temel ilkelerle çatışan anayasa değişikliklerinin, anayasaya uygunluk bakımından denetiminin yolu açık olmalıdır⁷¹⁰. Anayasa Mahkemeleri, anayasaların ortaya koyduğu değerler ile temel hak ve özgürlüklerinin koruyucusu ve teminatıdır. Dolayısıyla anayasayı değiştirme yetkisini kullanan kurulu iktidarın faaliyetlerine ilişkin denetimden kaçınılması, bu kurumun temel hak ve özgürlüklerin koruyucu olma işlevini de zayıflatacaktır⁷¹¹. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin sadece esasa ilişkin verdiği kararların sonuçlarından yola çıkarak, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin daraltılması ya da tamamen kaldırılması yönündeki görüşlere katılmak mümkün değildir. Kaldı ki, bugüne kadar Anayasa Mahkemesi kararlarında tartışılan hususlara ve bu kararlara karşı yöneltilen eleştirilere bakıldığında, yetkinin doğru ya da yanlış sonuçlar doğurabilecek şekilde/içerikte kullanılmasının, bizatihi yetkinin var olup olmadığının tartışmasından ayrı bir konu olduğu anlaşılmaktadır⁷¹².

Bu çerçevede, Venedik Komisyonu'nun, anayasa değişiklik tekliflerine yönelik önleyici denetim usulüne ilişkin farklı uygulamaların bulunduğu dair incelemelerine bakmakta fayda bulunmaktadır. İncelemeler sonucunda, Anayasa Mahkemelerinin söz konusu denetimine ilişkin olarak bir taraftan, daha sonraki parlamento ve kamusal

⁷⁰⁹Gözler, "Judicial Review of Constitutional Amendments", 100.

⁷¹⁰Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, 123-128; Kanadoğlu, "Yeni Anayasa Arayışları", 74.

⁷¹¹ Willy Zimmer, "Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2003", *RFDC*, n°54, (2003) 388-389.

⁷¹² Yayla 1011, dipnot 70.

tartışmalar için bir rehber olarak hizmet etmelerinin ve yararlı katkılarda bulunmuş olmalarının örnekleri olduğu gözlemlenirken, diğer tarafta bazı örneklerde ise söz konusu önleyici denetimin anayasa değişiklik sürecini aşırı güçleştirdiği görülmüştür. Bu durumu, özellikle Mahkemenin denetiminden sonra anayasa değişiklik teklifinde yapılacak en ufak değişikliklerin dahi tekrardan mahkeme önüne getirilmesi halinde görmek mümkündür. Ayrıca, bu tür önleyici bir denetimin, öngörülecek değişikliklerin demokratik bir biçimde tartışılma şansı bulmadan tekliften çıkarılması riskini taşımasının, parlamento üzerinde katı bir sınırlama teşkil ettiği de belirtilmiştir⁷¹³.

Uygulamada Anayasa Mahkemelerine açıkça anayasa değişikliklerine ilişkin anayasaya uygunluk denetimi yapma imkanının verilmediği durumlarda, Mahkemelerin kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali niteliğinde sayılabilecek şekilde hareket etmesi ve kendi içtihatlarıyla kendilerine tanıdıkları kapsamlı yetkilerle tartışmalara ve yargıçlar hükümeti ithamlarına yol açmaktadırlar. Dolayısıyla, önleyici denetimin anayasa değişiklikleri açısından tanınması, yukarıda işaret edilen bazı sakıncalı yönlerine rağmen, anayasa ile korunan “egemenlik, hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve demokrasi” kavramlarının korunup sürekliliğinin sağlanmasında önemli bir işlev görecektir.

II. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN İŞLEVSELLİĞİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK OLARAK İÇTİHAT YOLUYLA OLUŞTURULAN KURUMLARDAN KAYNAKLANAN ÖNLEYİCİ DENETİM İHTİYACI

Önceki başlık altında detaylı bir şekilde incelenen hukuki işlemlerin anayasaya uygunluk denetiminde 1961 Anayasasının, bu denetim sürecinin başlangıcını oluşturduğunu ve Anayasa Mahkemesinin yetkilerini içtihatları aracılığıyla

⁷¹³ Anayasa Değişiklikleri Hakkında Venedik Komisyonu Raporu ve Ülke İncelemeleri, (Ankara: TBMM Araştırma Merkezi, 2010) 66. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Report on Constitutional Amendment, CDL-AD(2010)001, 19 January 2010 Study no. 469 / 2008, Strasbourg, 38-39.

genişlettiğini, 1982 Anayasasının da bu süreci devam ettirdiğini görüyoruz. Bu çerçevede yetkilerin genişletilmesinin ortaya çıkarabileceği olası olumsuz sonuçlara karşı anayasaya uygunluk denetiminin çıkış noktası olan hukuk devleti başta olmak üzere hukuki güvenlik ilkesinin korunması hayati önem taşımaktadır.

A. Hukuk Güvenliği İlkesi

Hukuk devletinin temel amacı; temel hukuk ilkelerini ve insan haklarını göz önünde bulundurarak, yargı denetimi ile yasama ve yürütmenin hukuka bağlılığını sağlamak ve bunu yaparken diğer taraftan da yargı bağımsızlığını teminat altına almaktır. Yargı denetimi yapılırken alınacak kararların uygulanma zamanına ilişkin belirlenecek ilke ise hukuk düzeninin devamlılığını ve istikrarı sağlamaya yönelik olacaktır.

Hukuk güvenliği ilkesi; bireylerin devletin tüm eylem ve işlemlerine güven duyabilmesini, devletin de yapacağı hukuki düzenlemelerde, bu güveni sarsacak usul ve yöntemlerden kaçınmasını gerektirir⁷¹⁴. Bu bağlamda, hukuk sisteminin kişiler için güvenilir ve adaleti ön plana alan sonuçlar yaratacak şekilde düzenlenmesi ve sisteme işlevsellik sağlanabilmesi için hukuk normalarının öngörülebilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu ilke, hukuk devleti ilkesinin hem bir sonucu, hem de sürekliliğinin sağlanabilmesi açısından teminatıdır⁷¹⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 8 Ekim 2003 tarih ve 2003/67 E. sayılı kararının gerekçesinde hukuk devletinin amaçları arasında hukuki güvenlik ilkesini de kabul ettiğini şu ifadelerle belirtmiştir; “...*Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, **hukuk güvenliğini gerçekleştiren**, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde*

⁷¹⁴ AYM E.2015/94, K. 2016/27, Kt. 07.04.2016, R.G. Tarih/Sayı: 03.05.2016-29701.

⁷¹⁵ ağlar, Anayasa Bilimi, 136. AYM, E.2008/50, K.2010/84, Kt. 24.6.2010, R.G. Tarih/Sayı: 22.10.2010/27737; AYM E.2012/65, K.2012/128, Kt. 20.9.2012, R.G. Tarih/Sayı: 18.04.2013/28622.

Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.”

Hukuk kurallarının öngörülebilirliği temelinde yükselen hukuki güvenlik ilkesi bakımından “genellik” ve “belirlilik” unsurları bu ilkenin kurucu unsurlarıdır. “Genellik unsuru”, hukukun sadece özel kişi ya da durumlara özgülenmeksizin, herkesi kapsayacak biçimde genel, soyut, tarafsız, geçmişe uygulama yasağı çerçevesinde açık kurallar üzerine kurulması anlamına gelmektedir⁷¹⁶. Belirlilik unsuru⁷¹⁷ ise devlet otoriteleri tarafından yapılan hukuki düzenlemelerin, muhatabı olduğu kişiler ve idari makamlar açısından herhangi bir kuşkuya ve duraksamaya yer bırakmayacak şekilde, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını sağlamak amacıyla, net ve açık ifadelerle yer vererek, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem ve yaptırımları içermektedir⁷¹⁸. Bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan “belirlilik” ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği

⁷¹⁶ Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Kamu Hukukçuları Platformu, “Hukuk Güvenliği”, (8-9 Kasım 2013), (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015) 49.

⁷¹⁷ “Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde **açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir** olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, **belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.” Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt I, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2012) 367. AYM E. 2012/116, K. 2013/32, Kt. 28.2.2013, R.G. Tarih/Sayı: 13.08.2013/28734; AYM E.2013/22, K.2013/73 Kt.06.06.2013, R.G.Tarih/Sayı: 22.11.2013/28829; AYM E. 2013/28, K. 2013/106, Kt. 03.10.2013, R.G. Tarih/Sayı: 18.01.2014/28886; AYM E. 2014/100, K. 2015/6, Kt. 14.01.2015, R.G. Tarih/Sayı: 07.04.2015/29319; AYM Kenan Özteriş Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2012/989, Kt. 19.12.2013; AYM Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı Bireysel Başvurusu, Başvuru No: 2013/135, Kt. 21.01.2015, R.G. Tarih/Sayı: 03.06.2015/29375; Hukuki belirlilik ilkesinin değerlendirilerek ihlal kararının verildiği AİHM kararı Medvedyev ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 3394/03, Kt.29.03.2010; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, Başvuru No: 13279/05, Kt.20.10.2011.**

⁷¹⁸ AYM E. 2015/50, K. 2015/107, Kt. 25.11.2015, R.G. Tarih/Sayı: 04.12.2015/29552.

de ifade etmektedir. İlgili düzenlemenin muhtemel muhatapları açısından, mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı esas olduğundan, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir”⁷¹⁹.

Hukuki belirlilik, hukuk devleti tanımı içerisinde genel olarak tüm ülkeler tarafından üzerinde uzlaşılan bir ilke olmasına karşın, çoğu zaman bu ilke altında yer alarak somutlaştırılmaya çalışılan adalet ve eşitlik ilkelerinin birbirleriyle çatışması halinde tartışma konusu olmaktadır. Birbirlerinin gerekliliğini vurgulayan bu kavramlar arasındaki çatışma birçok somut olaya ve düzenlemeye konu olmuştur. Bu kapsamda Amerikan hukukunda, “hukuki belirlilik” ile “adalet” ve “eşitlik” arasında yaşanan çatışmaya ilişkin olarak kabul edilen genel görüş; hukukun temelinde adalet ve eşitliğin bulunduğu ve yargı içtihatlarıyla da bu temelin sürekliliğini sağlamaya yönelik hareket edildiğidir⁷²⁰. Hukuki belirlilik ilkesinden eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesine yönelik giderek artan talepler Kıta Avrupa hukuk sisteminde de belirleyici bir rol oynamış olsa da, 21. yüzyılda bu iki kavram “hukuki belirlilik” adı altında birleşerek tekrar yükselişe geçmiştir.

Hukuki belirlilik bakımından, bu belirliliği sağlayan hususun yargı içtihatları mı yoksa hukuk kuralları mı olduğuna ilişkin tartışma, hukuki sonuçların hangisi tarafından belirlendiği ekseninde sürdürülmüştür. Geçmişten günümüze kadar uzanan bu süreçte, doktrin ve yargı içtihatlarının⁷²¹ da katkısıyla “hukuki belirlilik” kavramı, hem hukuk devletinin özü olarak kabul edilmiş, hem de hukuk devleti ilkesinin devamlılığının sağlanmasında etkili olmuştur.

⁷¹⁹ AYM E. 2016/37, K. 2016/135, Kt. 14.07.2016, R.G. Tarih/Sayı: 23.09.2016/29836; AYM E. 2016/44, K. 2016/153, Kt. 07.09.2016, R.G. Tarih/Sayı: 11.10.2016/29854.

⁷²⁰ Selda Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Kamu Hukukçuları Platformu, “*Hukuk Güvenliği*”, (8-9 Kasım 2013), (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015) 35.

⁷²¹ Çağlar, Hukuk Güvenlik, 136; Detaylı bilgi için bkz. Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi* (İstanbul: Beta Yayınları, 2013) 176-181; Osman Can, Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış, *AÜEHFD*, C.IX, S. 1-2 (2005) 90-125. AYM E. 2014/100, K. 2015/6, Kt. 14.01.2015, R.G. Tarih/Sayı: 07.04.2015/29319; AYM E.2015/94, K. 2016/27, Kt. 07.04.2016, R.G. Tarih/Sayı: 03.05.2016-29701.

Güvenilir bir hukuk düzeni sağlamanın araçlarından biri olan hukuki belirlilik ilkesi “kesinlik” ve “erişilebilirlik” temelleri üzerine kurulmuştur. Erişilebilirlik unsuru, tüm bireylerin, tabi olduğu hukuk kurallarından faydalanabilmesine ilişkin iken; kesinlik unsuru, yasal düzenlemeler ve bunlara dayanarak yapılan işlemlerin “yasallık”, “süreklilik”, “tutarlılık” ve “geçmişe yürüme yasağı” unsurlarının oluşturduğu bir bütünü ifade etmektedir. Bu doğrultuda bireylerin başvuracakları düzenlemelerin, hangi somut davranışa ya da eyleme hangi sonucun bağlandığının veya yaptırımın öngörüldüğünün belli bir açıklıkla düzenlemesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, kanunların uygulanmaya başlanmasından önce muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir⁷²². Bu aşamada tüm bu gereklilikler hukuki belirlilik ilkesiyle birleşerek kavramsallaşan, hukukun istikrarlı ve birbiriyle uyumlu kurallar ile önceden tahmin edilebilir uygulamalara dayanmasını ifade eden hukukun öngörülebilirliği ilkesinde anlam bulmaktadır. Çünkü hukuk kurallarının bütünüyle belirsiz olduğu bir düzende, hukuki öngörülebilirlikten de söz edilemeyecektir⁷²³.

Genellik, belirlilik ve öngörülebilirlik unsurlarının tam anlamıyla karşılanıp karşılanmadığının değerlendirilebilmesi için normun türü, yapısı, düzenlenme amacı ve düzenlediği alan kriterleri esas alınarak bir inceleme yapılmalıdır. Belirli kişi, grup veya sınıflara yönelik ayrımcılığı önleyerek, hukuki eşitliği sağlayan “genellik” unsurunun değerlendirilmesi ve aykırılığının tespit edilmesi “öngörülebilirlik” unsurunun tespitine kıyasen daha kolaydır. Çünkü genellik unsurunun amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığına ilişkin yapılacak denetimde başvurulacak kriterler somut verileri içeren cevapların alınmasını sağlamaktadır. Bu doğrultuda, hukuk kurallarının uygulanabilir, aleni, belirli ve öngörülebilir olması bireylerin siyasi iktidarın keyfi davranışlarından korunmasının yanı sıra hukuk düzeninin devamlılığını ve hukuki güvenliği de sağlamaktadır⁷²⁴.

Herkesin toplumsal davranışlarını yönlendiren, sınırlamaları ve yasakları içeren kuralların neler olduğunu ve hangi koşullar çerçevesinde kendisine uygulanacağını

⁷²² AYM E.2012/116, K.2013/32, Kt. 28.2.2013, R.G. Tarih/Sayı: 13.08.2013/28734; Anayasa Mahkemesi Kenan Özeriş Bireysel Başvuru No: 2012/989, Kt. 19.12.2013.

⁷²³ Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, 50.

⁷²⁴ Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, 135.

önceden bilmesi, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı bir güvence sağlanmasına ve yasaların uygulanabilir olduğu zamana ilişkin farkındalık geliştirilmesine katkıda bulunur. Buna bağlı olarak denetimin gerçekleşmesi için düzenlenen hukuk kurallarının ne zaman yürürlüğe gireceği belirlenmelidir. Hukuk kurallarının zaman bakımından uygulanmasına yönelik olarak, “yürürlüğe giren kuralın derhal uygulanırlığı” temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Yasama faaliyeti sonucunda ortaya çıkan normatif düzenlemeler hakkında anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle dava açılması aşamasına kadar, anayasaya aykırı olduğu iddia edilen normatif düzenlemelerin yaratmış olduğu statülerden bireyler faydalanmaktadır. İlgili düzenlemenin anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin yapılan denetim neticesinde olumsuz bir karar verilmediği müddetçe herhangi bir sorun ortaya çıkmazken, söz konusu düzenlemenin anayasaya aykırı bulunduğu gerekçesiyle iptal edilmesi halinde ise önemli sorunlarla karşı karşıya kalınmaktadır. Anayasaya aykırı bir şekilde tezahür etmiş bir yasama işleminden dolayı bireylerin hak elde etmesi, elde edilmiş hukuki durumların güvenliği ve devamlılığı açısından oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle verilen iptal kararlarının etkilerinin hangi andan itibaren doğacağı konusunda yapılacak tercih beraberinde, elde edilen “kazanılmış” hakların tanınıp tanınmayacağı hususunda da tercih yapılması zorunluluğunu da doğuracaktır.

Kişilerin hukuka olan güvenlerinin korunabilmesi için, hukuki düzenlemelerin sürekli olması ve yürürlüğe girmesiyle birlikte ileriye etkili olacak şekilde uygulanmaları gerekmektedir. Bu gereklilik ise, esas itibarıyla, hukuki güvenliğin korunması ilkesi temelinde yer alan “*geriye yürüme yasağı*” aracı ile sağlanmaktadır⁷²⁵.

⁷²⁵ Funda Başaran Yavaşlar, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, “*Hukuk Güvenliği*”, (8-9 Kasım 2013), (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2015) 195.

B. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümemesi

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararlarının geriye yürümemesi ilkesi mikro ölçekte önceden kanuna uygun bir şekilde hukuki ve maddi açıdan tamamlanarak, sonuçları ortaya çıkmış durum ve hukuki statülere göre elde edilmiş olan ve lehe işlemlerden doğan kazanılmış hakları korumak; makro ölçekte ise esas alınan hukuki güvenlik ve toplumsal adalet anlayışını temellendirmek amacıyla kabul edilmiştir⁷²⁶. Ancak bu ilke, iptal kararlarının geriye yürümezliği şeklinde kabul edilmiş olsa da, bunun mutlak şekilde uygulanması mümkün değildir. İtiraz yolu neticesinde alınan iptal kararlarının hukuki sonuçlarından elde edilecek yararlıardan vazgeçilmesi beklenemeyeceği gibi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, ceza mahkumiyetine esas teşkil eden kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde de iptal kararlarının geriye yürütmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁷²⁷.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümemesi, iptal edilen kuralın hiç doğmamış sayılması sonucunu engeller. Anayasa m.153/3'e göre, "*iptal edilen kanun hükümleri, ayrı bir işleme gerek olmaksızın iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar*". İptal edilen bir düzenlemenin hiç doğmamış sayılması ise, söz konusu düzenlemenin baştan itibaren hüküm ve etkisinin olmayacağını ifade etmektedir. Oysa iptal kararı bu sonucu doğurmamaktadır. Bir hukuksal işlemin hiç doğmamış olması sonucunu ortaya koyan "*yokluk*" kararı, hukuki işlemin hukuka aykırılığının ileri derecede olduğunu tespit eden, hukuk teorisinde mahiyeti itibarıyla "*iptal*"den çok daha ağır bir müeyyidedir⁷²⁸. Özellikle kamu hukukunda bireylerin istem ve rızasına gerek olmadan hukuki işlemler yapılması sebebiyle, bu işlemlerin konu olduğu hukuki düzenlemeler hakkında yokluk kararı verilmesi halinde hukuki güvenlik ilkesi oldukça zedelenmektedir. Çünkü iptal edilen bir hukuki işlem, iptal kararının yürürlüğe girmesine kadar bütün hukuki sonuçlarını doğurduğu halde, yok sayılan bir hukuki işlem, hukuk alanında hiç vücut bulmamakta, dolayısıyla hiçbir hukuki hüküm

⁷²⁶ Pertev Bilgen, "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması", Anayasa Mahkemesinin 34.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 12, (1995) 182.

⁷²⁷ Tanör / Yüzbaşıoğlu 558.

⁷²⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında "Yokluk ya da "Yok İşlem"", *TBB Dergisi*, S. 81, (2009) 6.

ve sonuç doğurmamaktadır. Bu niteliği nedeniyle yokluk, ancak çok istisnai durumlarda söz konusu olabilecek bir müeyyidedir⁷²⁹. Doktrinde bazı yazarlar, yasama işlemleri açısından yokluk yaptırımının mümkün olduğunu ve anayasa mahkemesince yokluk kararı verilebileceğini belirtirken⁷³⁰, bazı yazarlar ise yasama işlemleri açısından yokluk yaptırımının mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı veremeyeceğini ileri sürmektedir⁷³¹. Kanaatimizce yok hükmünde karar alınıp

⁷²⁹ Ergun Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi”, Dünya Bülteni Haber Portalı, <http://www.dunyabulteni.net/?aType=yazarHaber&ArticleID=4151> (Erişim Tarihi: 10.07.2016).

⁷³⁰ Doktrinde Yıldırım, yasama organının daha önce iptal edilen kanunun aynısını çıkararak, hukuk dışı bir şekilde ve geçmişe yürümezlik ilkesini de bertaraf ederek bir takım menfaatler elde edilmesinin önüne geçilmesi için, iptal yerine yokluk kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Turan Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 4, C. 26, (1993) 80. Aliefendioğlu, anayasa yargısında yokluk kararı verilebilecek yokluk hallerini; yasama işlemlerinin kurucu unsurlarında yokluk, yetki ve fonksiyon gaspı, ağır biçim eksikliği ve konu unsurunda açık ağır aykırılık, şeklinde belirtmiştir. Aliefendioğlu, “Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi”, 338. Şahbaz’a göre ise, Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki gerekçelerinden, iptal kararlarının aynı konuda yeniden çıkarılan yasalarla etkisiz kılınmasını önlemek amacıyla ve Anayasada yokluk kararı verilmesini yasaklayan bir hüküm de olmadığı için yokluk kararı verilmelidir. İbrahim Şahbaz, “Anayasa Yargısında Yokluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, (1999) 32. Yüzbaşıoğlu, Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verip veremeyeceği konusuna ilişkin olarak, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelelerinin TBMM’ye sunulmasından itibaren otuz gün içinde Meclis tarafından görüşülmemesi halinde, yoklukla malul olduğunu ve yokluğun tespitinin her mahkemeden istenebileceğini belirterek bu yönde olumlu görüşte olduğunu belirtmiştir. Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1996) 188. Necmi Yüzbaşıoğlu, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliğine ve AKP’ye İlişkin Kararları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/2, (2008) 6; Teziç’e göre ağır yetki gaspı gibi hallerde kanunların yoklukla malul olması mümkündür. Ayrıca yoklukla sakat olan bir kanun hakkında Anayasa Mahkemesine dava açılırsa, Mahkeme sadece yokluk halinin tespiti ile yetineceğini, yokluk halinin tespitinin her makam tarafından yapılabileceğini ileri sürmüştür. Teziç, *Anayasa Hukuku*, 59.

⁷³¹ Doktrinde Özbudun’a göre, örneğin kanun çıkarılırken meclis iradesinin yokluğu halinde o işlem yoklukla maluldür. Ancak, mevcut Anayasal düzenimiz açısından Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Anayasanın açıkça tanımadığı bir yetki yorum yoluyla oluşturulamaz ve böyle bir durumda kaynağı Anayasadan alınmayan bir yetki ortaya çıkmış olur. Özbudun, “Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi”; Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 449. Can ise, özellikle Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarındaki yokluk nedenlerini inceleyerek, yasama işlemlerinden Anayasa değişikliklerinin yokluğunun mümkün olmadığını, çünkü Anayasayı değiştirme yetkisine sahip kurucu iktidarın işlemlerinin, kurulu iktidar olan yargı organı tarafından yoklukla malül sayılamayacağını, bunun yanı sıra mevcut pozitif düzenlemeler ve 1982 Anayasasındaki Anayasa Mahkemesinin yetkilerine bakıldığında Mahkemenin yokluk kararı vermesinin olanaksız olduğunu, ancak Anayasada belirtildiği üzere belirli hallerde iptal kararı verebileceğini belirtmiştir. Osman Can, “Anayasa Yargısında Yokluk”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, C. II. (Anayasa Hukuku), (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008) 190 ve 193. Gözler’e göre, Anayasa yargısında bazı hallerde yokluk mümkün olmakla birlikte, Anayasamızda Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceğine ilişkin hiçbir açık ya da dolaylı bir hüküm mevcut değildir. Bir işlemin hukuk aleminde hiç doğmamış olması içinse maddi olarak yokluğu zorunludur. Yani o işlem dış dünyada hiç var olmamalıdır. Ayrıca yazar, yokluğun benimsenmesi halinde; hangi kanunun yürürlükte olup olmadığı, yokluğuna karar verilen işleme dayalı olarak yapılan bireysel ve düzenleyici işlemlerin akıbetinin ne olacağı gibi birçok sorunu da beraberinde getireceğini ileri sürmüştür. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 442-443. Azrak, daha ziyade İdare Hukukunun ilkelerini esas alarak, “yokluk” yaptırımının ancak Anayasaya aykırılığın çok açık ve ağır olması halinde uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir. Anayasaya aykırılığın kanunun baştan beri yok sayılmasına yol açacağı

alınamayacağı hususunun, Anayasa Mahkemesinin geliştirdiği içtihatlar ve anayasada yer alan düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan günümüze kadar, yaptığı anayasaya uygunluk denetimlerinde bir yasama işleminin yok hükmünde olduğu yönünde bir karar vermemiş, ancak kimi kararlarında “yokluk” durumunu tartışmıştır. Örneğin Mahkeme bir kararında, “Yönetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak yetki gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir.”⁷³² ifadelerine yer vermiştir. Bu karara göre, koşullar oluştuğunda Mahkeme “yokluk” (hükümsüzlük) kararı verebilecektir. Mahkemeye göre; “Yokluk, bir normun var olmadığı ifadesi”dir. Yasalar bakımından Parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmi Gazete’de yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, “Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler”⁷³³. “...Anayasa’da denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi olanaksızdır...”⁷³⁴. “Yaptırımı iptal olarak belirlenmiş bu hususlar dışında denetim olanağı bulunmayan tali kurucu iktidar iradesinin hukuksal geçerliği üzerinde daha ileri bir tartışma yapmak için iptal nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığı zorunludur.”⁷³⁵ Anayasa Mahkemesine göre; bir kanunun yokluğu ancak anayasal düzende yasama organına verilmeyen bir yetkinin, yasama organı tarafından fonksiyon gaspı suretiyle kullanılması ya da yasama organının bu yönde bir iradesinin olmaması sonucunda, bir işlemin hukuk

kabul edildiğinde ve yokluğun bütün mahkemelerin bir kararla saptayabileceği bir hükümsüzlük hali olması sebebiyle anayasaya uygunluk denetimi yapacak ve üstelik bu hususta karar verme tekeline sahip kılınmış olan bir Anayasa Mahkemesine de ihtiyaç kalmayacağını vurgulamıştır. Dolayısıyla, anayasaya aykırılığa ilişkin yokluk kararı verilebilmesi düşüncesine katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Ali Ülkü Azrak, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 1, (1984) 156-157.

⁷³² AYM E.1992/26, K.1992/48, Kt. 17.9.1992, R.G. Tarih/Sayı: 29.11.1992-21420.

⁷³³ AYM E. 2007/72, K.2007/68, Kt. 05.07.2007. R.G. Tarih/Sayı: 07.08.2007-26606; AYM E.2008/16, K.2008/116, Kt.5.6.2008, R.G. Tarih/Sayı: 22.10.2008-27032.

⁷³⁴ AYM E. 2007/72, K.2007/68, Kt. 05.07.2007, R.G. Tarih/Sayı: 07.08.2007-26606.

⁷³⁵ AYM, E.2007/99, K.2007/86, Kt.27.11.2007, R.G. Tarih/Sayı: 19.2.2008/26792.

aleminde hiçbir zaman varlık kazanamayacağı hallerde mümkün olabilmektedir⁷³⁶. Bu ifadelerden de açıkça anlaşıldığı üzere, Mahkeme yokluk halinin tespit edilebilmesi için iptal nedenlerine konu olandan daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığını aramıştır. Belirtilen haller dışında kalan ve anayasaya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlara ilişkin anayasaya aykırılığın saptanması halinde ise ilgili düzenleme hakkında yokluk yerine, iptal kararı verilebilecektir⁷³⁷.

Anayasa Mahkemesinin almış olduğu iptal kararlarının geçmişe yürümemesinin nedeni, iptal edilen norma dayanılarak geçmişte yapılan bireysel işlemlerin geçersizliği sonucunda kamu düzeninin bozulmasını önlemektir. Dolayısıyla daha ağır bir yaptırım olan yokluk kararlarıyla normların baştan itibaren yok sayılarak kararların geçmişe yürütülmesi, evleviyetle mümkün olmamalıdır. Anayasamızda hem bu konuya ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme bulunmaması⁷³⁸, hem de yokluk kararı verilen işlemin baştan itibaren yoklukla malul olması sebebiyle, işlemin yürürlükte olduğu sırada yapılan işlemlere ne gibi sonuçlar bağlanacağı belirsizdir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin yokluk, yorumlu ret gibi Anayasada kaynağı olmayan kararlar vermekten kaçınması gerekmektedir.

Bu doğrultuda, anayasaya aykırılık halinde verilebilecek iptal kararının geçmişe yürümemesi neticesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilen kurala dayanılarak yapılan “bireysel işlemin” geçersiz sayılmasının, hukuk düzeninin ve hukuki güvenliğin sürekliliği bakımından çok büyük sakıncalar doğurabileceği ileri sürülebilir⁷³⁹. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Türk anayasal sisteminde devlete güven ilkesini sarsmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi kabul edilmiştir. Böylece, hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararların*

⁷³⁶ AYM, E.2007/99, K.2007/86, Kt.27.11.2007, R.G. Tarih/Sayı: 19.2.2008/26792; AYM E. 2007/72, K.2007/68, Kt. 05.07.2007, R.G. Tarih/Sayı: 07.08.2007-26606; Aliefendioğlu, “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında “Yokluk ya da “Yok İşlem””, 9.

⁷³⁷ AYM E. 2014/57, K. 2014/81, Kt. 10.4.2014, R.G. Tarih/Sayı: 14.05.2014/29000.

⁷³⁸ Nur Uluşahin, “Yokluk Teorisinin Anayasa Yargısındaki Yeri ve Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, (Anayasa Hukuku), C. II, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008) 733.

⁷³⁹ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 450-451; Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) 75; Azrak 157.

*yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır.*⁷⁴⁰» ifadelerine yer vermiştir. Bir kanunun anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilmesi sonucunda, “anayasaya uygunluk karinesine” güvenerek bu kanuna, kendi özgür iradeleriyle uymuş olanların zarar görmesi kabul edilemeyeceğinden, iptal kararlarının geriye yürümemesi ilkesinin benimsenme nedenlerden birinin “*kazanılmış hak*” kavramı olduğu anlaşılmaktadır.

C. Anayasa Yargısında Kazanılmış Hak Kavramı

Kazanılmış hak, daha çok özel hukuk alanında kullanılmakta olup, “statü hukuku” esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu başta idare hukuku olmak üzere kamu hukuku alanında bu haktan genellikle söz edilememektedir. “Kazanılmış hakkın” tanımı hususunda bir görüş birliği olmamasına karşın, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi belirli kıstaslar belirleyerek kazanılmış hakkı tanımlama yoluna gitmiştir. Danıştay, kazanılmış hakkı “...*Eski kanun yürürlükte iken kesin bir surette kazanılan yani hukukça korunmakta bulunan ve bir iddia haline gelen haklar...*”⁷⁴¹ şeklinde tanımlarken, Anayasa Mahkemesi ise, “...*özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.*”⁷⁴² şeklinde bir tanım yapmıştır. Doktrindeki yazarların bazıları, anayasa karşısında doğrudan kazanılmış haktan söz edilemeyeceğini ileri sürerken⁷⁴³, bazıları ise somut olayı değerlendirerek, somut olayın niteliğine göre kazanılmış hakkın varlığını tartışmaktadır. Bu yazarlara göre kazanılmış hakkın tespiti, her olay için ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirir; çünkü bu hakkın içeriği, özellikleri ve kişisel

⁷⁴⁰ AYM E.1989/11, K.1989/48, Kt. 12.12.1989, R.G. Tarih/Sayı: 22.01.1990-20410.

⁷⁴¹ Danıştay I.Daire, E.1992/224, K.1992/238, Kt.13.07.1992, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁴² AYM E.2005/38, K.2008/53, Kt. 7.2.2008, R.G. Tarih/Sayı: 08.04.2008-26841.

⁷⁴³ Yılmaz Aliefendioğlu, “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.94, (2011) 340.

duruma dönüşmesi ancak her somut olay bakımından ayrı ayrı incelendiğinde bir anlam ifade etmektedir. Buna kazanılmış hakkın fonksiyonelliği⁷⁴⁴ adı verilir. Danıştay doktrine atıf yaparak “kazanılmış hakkın her olaya göre incelenmesi gerektiğini, başka bir anlatımla kazanılmış hak kavramının bir fonksiyonellik içerdiğinin doktrinde de kabul edildiğini, gerek Anayasa Mahkemesi kararlarıyla gerek Danıştay içtihatlarında da kazanılmış hak kavramının konu ve kapsamının kesin sınırlarının çizilemediği ve her olaya göre değişken olması göz önünde tutularak, konunun özelliğine göre değerlendirme yoluna gidildiğinin gözlemlendiğini⁷⁴⁵” belirtmiştir. Ancak kazanılmış hakkın fonksiyonelliği, hem bu kavramın oldukça geniş bir içeriğe sahip olması hem de kazanılmış haklarda “emsal durumun” olamayacağını kabulü açısından büyük bir önem taşımaktadır⁷⁴⁶. Böylece hukuki alanda etkisini göstermiş ve sonuçlarını doğurmuş olan hukuki düzenlemelerin, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadar geçerli sayılması sağlanırken⁷⁴⁷, henüz kişisel hak haline dönüşmemiş, belli koşulların gerçekleşmesi koşuluyla ileride elde edilmesi beklenen haklar, bir başka deyişle “haklı beklentiler” kazanılmış hak olarak korunmamaktadır⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Oğurlu 111.

⁷⁴⁵ Danıştay 1.Daire, E.1991/211, K.1991/289, Kt. 04.10.1991, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁴⁶ Kemal Doğu Tolon, *İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler (III)*, (Ankara: Danıştay Başkanlığı, 1986) 172.

⁷⁴⁷ AYM E. 1989/11, K. 1989/48, Kt.12.12.1989, R.G.Tarih/Sayı: 22.1.1990/20410.

⁷⁴⁸ Ancak, Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararda haklı beklentilerin de korunması gerekliliğine değinmiştir. Karara konu olaya göre, Komiser yardımcısı kadrosunda görev yapan (B) grubu polis amirleri (A) grubu emniyet polis amiri olarak atanmak istediklerinden komiser yardımcılığı kursuna başlamışlardır. Anılan tarihte, polis amiri rütbelerine yapılacak atama ve terfilere ilişkin usul ve esaslar 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesi, 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilmiş ve “*Polis amirlerinden Polis Akademisi mezunları, Polis Akademisi mezunu sayılanlar ile Emniyet Genel Müdürlüğüne eleman yetiştirmek üzere Polis Akademisi bünyesinde en az 4 yıllık fakülte ve yüksek okullarından mezun olanlar (A), komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanlar (B) grubunu oluşturur.*” hükmü getirilmiştir. 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, dayanağı olan yetki kanununun iptal edilmiş olması nedeniyle, aynı düzenleme yasal ve anayasal dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararından sonra yapılan yasal düzenlemede 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'deki düzenleme aynen korunmuş, 3201 sayılı Kanun'a 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. madde ile 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirlerinin, (A) grubunda değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce (A) grubu olarak atanan veya (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirlerinin kazanılmış hakları korunmuştur. Ancak, o tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinin ardından dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayanlar tarafından, ilgili düzenlemenin Anayasa m.2'de belirtilen hukuk devleti ilkesi bağlamında, kazanılmış haklar ve hukuk güvenliği ile m.10'da düzenlenen eşitlik ilkesini ihlâl ettiği iddia edilerek iptal davası açılmıştır. Bir

Bu kararların çizmiş olduğu genel çerçeve içerisinde kazanılmış hakkın varlığından söz edebilmek için bazı kıstaslar belirlenmiştir. İlk olarak, kanun ya da diğer düzenleyici işlemlerle düzenlenen bir hukuki durumun bireyselleşmiş olması gerekmektedir⁷⁴⁹. İkinci olarak, bireyselleşmiş bir hukuki durumun ya da işlemin tesis edildiği anda hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak tesis edilen bir hak, hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Bu durumun tek bir istisnası vardır: Eğer mevzu bahis idari işlemin tesisinde ilgilinin hiçbir hatası veya kusuru yoksa söz konusu işlem tesis edildiği anda ilgili hukuk kurallarına aykırı olmasına rağmen, elde ettiği hak, geçmişe ilişkin kısmını da kapsayacak şekilde bütünüyle korunacaktır. Burada idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan bir tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁵⁰. Üçüncü ve son olarak hakkın, tesis edildiği anda yürürlükte olan kurallara uygun olarak, fiilen bütün sonuçlarıyla birlikte elde edilmiş olması gerekmektedir⁷⁵¹. Bir hakkın fiilen bütün sonuçlarıyla elde edilebilmesi için, ilgilinin hakkın kaynağı olan statüye girmiş olması yeterli olmadığından⁷⁵², söz konusu statüden kaynaklanan haklar da, o statüye giren ilgili yönünden kazanılmış hak niteliğini kazanmayacaktır. Anayasa Mahkemesi bir kararında konuya ilişkin şu esaslar üzerinde durmuştur: “*Kazanılmış hak, kişinin*

statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce (A) grubu polis amiri unvanını kazanmamış olan kişilerin (A) grubu polis amirliği yönünden kazanılmış haklarından söz edilebilmesi olanaklı değildir. Bununla birlikte anılan tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenler açısından “kesinleşmiş” bir haktan bahsetmek olanaksız olup ancak gelecekte gerçekleşmesi beklenen “*haklı beklenti*”den bahsedilebilir. Emniyet Genel Müdürlüğü'nce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yükseköğretim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden, bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde söz konusu kursun sonunda (A) grubu polis amiri olma beklentisi yaratılmıştır. Bu durumda, komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20.maddenin kapsamına yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olmasını, Anayasa Mahkemesi, Anayasa m.2 gereğince hukuk güvenliği ilkesine ve haklı beklentilere aykırı bulmuş ve ilgili hükmü oy çokluğuyla iptal etmiştir. Bu karar, haklı beklentilerin korunması yönünde önemli bir karardır. İlgili karar için bkz. AYM E.2005/38, K.2008/53, Kt.7.2.2008, R.G. Tarih/Sayı: 08.04.2008/26841.

⁷⁴⁹ Bülent Yavuz, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. I-II, Haziran-Aralık (2008) 1183.

⁷⁵⁰ Mehmet Altundış, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, S. 10, Eylül- Ekim-Kasım-Aralık (2008) 85-86.

⁷⁵¹ AYM E.1986/3, K.1986/15, Kt. 3.7.1986, R.G. Tarih/Sayı: 10.12.1986/19307; AYM E. 1991/9, K. 1991/36, Kt. 8.10.1991, R.G. Tarih/Sayı: 9.05.1992/21223. Danıştay'ın kararlarında aynı hususlar şu şekilde ifade edilmiştir: “*Kazanılmış hak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel kuralların bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznal hakkın korunması anlamında kabul edilebileceğinden, kazanılmış bir haktan söz edebilmek için bu hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir*”. Danıştay 1.Daire, E.2002/2114, K.2002/3458, Kt. 01.10.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 138-139.

⁷⁵² Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 138-139.

*bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklar için söz konusudur... Anayasaya aykırılığı saptanan yasa hükümlerine göre elde edilen haklar, ilerisi için kazanılmış hak oluşturmaz ve uygulama niteliğini yitirir.*⁷⁵³” Anayasa Mahkemesi aynı kararda bu görüşe açıklık getirerek; “*Kural işlemler nesnel ve genel hukuksal durumlar yaratırken düzenledikleri konularda statü oluştururlar. Kişilerin bu statülere alınmaları özel ve kişisel bir işlemle (şart işlemle) olanaklıdır. Nesnel ve genel hukuksal durumun bir şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler değişince ya da Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilince, kişilerin sübjektif konumlarına göre tesis edilmiş şart işlemler, gelecek için yeni statü içinde biçimlenirler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez.*” ifadelerine yer vermiştir. Yasa koyucunun “anayasa çerçevesi içinde kalmak kaydıyla” genel hukuki durumları serbestçe düzenleme yetkisi bulunduğundan, bir statüyü yeniden düzenlerken statüye giriş için eskiden mevcut olan bir imkâna yeni düzenlemede yer vermemesi halinde, kazanılmış hakların korunması gerekçesine dayanılamayacaktır. O halde bir statüye ilişkin olan kuralda yapılan değişiklik, o statüde bulunan kişiyi etkileyecektir. Dolayısıyla, girilen statüden kaynaklı belirli bir hakkın, tahakkuk etmiş, kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş olması halinde, söz konusu hakkın ilgili kişi açısından kazanılmış hak niteliğinde olduğu sonucuna varılabilecektir⁷⁵⁴.

⁷⁵³ AYM E. 1989/11, K. 1989/48, Kt. 12.12.1989, R.G. Tarih/Sayı: 22.1.1990/20410; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesi’nce Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 23/3 (1990) 4.

⁷⁵⁴ Tekin Akıllıoğlu, “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, S.17/3 (1984) 43. Anayasa Mahkemesinin 13.1.1977 tarihli kararında, kazanılmış hak genel olarak, “*bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kuralının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması*” şeklinde tanımlanmıştır. Yarbaylıktan albaylığa yükselme koşullarında değişiklik yapan Yasa, 11.7.1975 günlü Resmi Gazete’de yayımlanmış ve albaylığa yükselme koşullarını ağırlaştıran hüküm yürürlüğe girerek, önceki yasa hükümlerine göre aldığı sicil bakımından albaylığa yükselme hakkını kazanmış olmasına karşın yarbay olan davacı albaylığa yükseltilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin çoğunlukla aldığı kararda, terfinin uygulanabilmesi için bir hakkın doğmuş olma koşulu zaman üzerinden değerlendirilerek, davacı açısından bir kazanılmış hakkın varlığından bahsedilemeyeceğine karar verilmiştir. Kararın karşı oyunda, davacının yükselme hakkını o zaman yürürlükte bulunan yasa hükümleri uyarınca kazanmış olduğu, sicil değerlendirilmelerinin 30 Ağustos’ta yapılması ve yarbaylıktan albaylığa yükselme koşullarını ağırlaştıran Yasa değişikliğinin bu tarihten yaklaşık olarak bir buçuk ay önce yürürlüğe konulmasının, davacının albaylığa yükseltilmek için, eski hükümler uyarınca kazandığı hakkı ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Bkz. AYM E. 1976/45, K. 1977/1, Kt. 13.1.1977, R.G. Tarih/Sayı:28.3.1978/16242.

Aynı zamanda hukukun genel ilkesi olarak da kabul edilen kazanılmış hak ilkesinin genel hatlarıyla belirlenebilir bir içeriğinin olması gerekmektedir. Hukukun genel ilkelerinin açık anayasal dayanağı olmamasına karşın, bu ilkelere uyulması hem Anayasanın 138. maddesinin yorumundan, hem de hukuk devleti ilkesi aracılığıyla ulaşılan bir gerekliliktir⁷⁵⁵. Evrensel kabul gören hukuk ilkeleri arasındaki bir kavramın kapsamının her ülke, her hakim ve her yönetici bakımından farklı tanımlarla belirlenmeye çalışılması, hukuk güvenliği ve belirliliği açısından beklenen faydayı sağlamayacaktır. Bu nedenle, ilkenin fonksiyonel kullanımı yargıya esneklik tanınması yönünde benimsenebilirse de, kavramın içeriğine yer veren bir tanımın bulunması, ilkenin özellik ve unsurlarının ana hatlarıyla belirlenmesi açısından daha faydalı olacaktır⁷⁵⁶.

Hukukun genel ilkeleri ve hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin unsurlarından olduğundan, hukuki güvenlik ilkesi ile kazanılmış haklara saygı ilkesi arasında doğrudan bir ilişki olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁷⁵⁷. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen aynı konuda bir başka düzenleme yapılarak iptal edilen kararın etkilerinin sürdürülmesi de mümkün olmadığından, Anayasa Mahkemesinin iptaline kadar doğmuş olan kazanılmış hakların, ayrıca bir yasayla düzenlenmesine gerek olmaksızın korunması gerekmektedir. Böyle bir koruma, kazanılmış hak kavramının hukukun genel ilkelerinden birisi olarak kabulünün de doğal bir sonucudur⁷⁵⁸. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, kazanılmış hakkın hukukun genel ilkeleri kapsamında tanınmasını kabul ederken, kavramın içeriksel belirsizliği nedeniyle hukuk devleti ilkesine zarar verecek mahiyette sonuçlar doğurmasını önlemek amacıyla, yürürlüğün durdurulması kurumuna başvurmuştur.

⁷⁵⁵ Oğurlu 35, 110.

⁷⁵⁶ Oğurlu 114.

⁷⁵⁷ Altundış 83 vd.

⁷⁵⁸ AYM E.2005/38, K.2008/53, Kt.7.2.2008, R.G. Tarih/Sayı: 08.04.2008/26841.

D. Yürürlüğün Durdurulması

Bir tür ihtiyati tedbir olan yürürlüğün durdurulması, anayasa yargısı bakımından, “anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulan bir kuralın, esas bakımından incelenmesinin öncesi veya sonrasında, anayasaya aykırı bulunup gerekçeli karar halinde yazılıp, iptal edildiğine ilişkin hüküm yürürlüğe girinceye kadar, ilgili kanun hükmünün yürürlüğünün askıya alınmasını” ifade eder⁷⁵⁹. Yürürlüğün durdurulması kararı, yapılan yargısal denetimin sonucunda verilen nihai bir karar olmayıp; hukuk devletini gerçekleştirmek ve kararların etkinliğini sağlamak adına başvuru bir yol; teknik olarak bir ara karardır⁷⁶⁰.

1. Karşılaştırmalı Hukukta Yürürlüğün Durdurulması

Yürürlüğün durdurulması hususunda karşılaştırmalı anayasa yargısına bakıldığında karşımıza ilk olarak Almanya örneği çıkmaktadır. 1919 tarihli Weimar Anayasası’nın kurduğu ve kısmen anayasa yargısına sahip olan “Staatsgerichtshof” aracılığıyla, medeni usul hukukunda bulunan re’sen geçici tedbir kararı verme yetkisini, Mahkeme’nin Kuruluş Yasasında ve İçtüzüğünde böyle bir yetki olmamasına karşın, uygulamaya yetkili olduğunu içtihat yoluyla oluşturmuş ve uygulamıştır⁷⁶¹. 1949 tarihli Bonn Anayasası döneminde, öncesinde içtihat yoluyla oluşturulan geçici tedbir usulüne, 1951 yılında Federal Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulü Hakkındaki Yasa (FAMY) hazırlanırken, oldukça geniş bir biçimde yer verilmiştir⁷⁶². Bu doğrultuda, mahkeme asıl dava açılmadan önce talep üzerine geçici tedbir kararı alabileceği gibi, dava açıldıktan sonra bir talep olmaksızın da re’sen geçici tedbir kararı

⁷⁵⁹ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, 179.

⁷⁶⁰ Sait Güran, “Anayasa Mahkemesi’nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.12, (1995) 193-194; Emin Ruhi, “Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, *AÜEHFD*, C. 5, S. 1-4, (2001) 142 vd.; İsmail Köküarı, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, (İstanbul: XII Levha, 2009) 151.

⁷⁶¹ Yavuz Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında “Geçici Tedbir Kararı””, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 17/2, (Haziran 1984) 77; Tunç, Anayasa Yargısı, 60; Mustafa Yıldız, *Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı*, 1. Bası, (İstanbul: Beta Yayınevi, 1998), 61; Ahmet Mert Duygun, “Federal Alman ve Türk Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararına Genel Bir Bakış”, *Hukuk Köprüsü*, Nr: 6, Sy: 6 (2014) 138.

⁷⁶² Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 77-78; Yıldız, *Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı*, 60-61.

alabilmektedir⁷⁶³. FAMY m.32/1 uyarınca, “*Federal Mahkeme bir uyuşmazlık sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için ya da başka önemli bir nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda, geçici tedbir kararıyla bir durumu düzenleyebilir*”⁷⁶⁴. Anayasa Mahkemesinin, m.32 uyarınca geçici tedbir kararı verebilmesi için, esas hakkında yargılama yetkisinin olması, sorunun hukuki olması, derdest bir dava olması, bir uyuşmazlığın olması, istemde bulunmuş olması, geçici bir düzenlemenin yapılmasının gerekli ve olanaklı olması ve hukuki koruma ihtiyacının bulunması gibi şekli şartlara sahip olmalıdır. Bununla birlikte, önemli bir nedenin olması, ağır sakıncaların doğmasının önlenmesi veya başka önemli bir nedenle kamu yararının acilen zorunlu kıldığı duruma ilişkin maddi şartların varlığı aranmaktadır⁷⁶⁵.

Federal Anayasa Mahkemesinin asıl davada karar alacak olan ya da alması gereken Senatosu, geçici tedbir kararı almaya da yetkilidir. FAMY m.15/2’ye göre, karar yeter sayısı altı olan Senato, eğer bu karar yeter sayısına sahip değilse, FAMY m.32/6 uyarınca, çok acil durumlarda en az üç yargıcın oybirliğiyle geçici tedbir kararı alabilmektedir. FAMY m.32/5’e göre, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin geçici tedbir kararları Senato tarafından alınmışsa üç ay, üç yargıç tarafından alınmışsa bir ay geçtikten sonra kendiliğinden ortadan kalkmaktadır⁷⁶⁶. Bu tedbirler belirlenen süreler ile sınırlı olup, süre bitiminde kendiliğinden uygulamadan kalkmaktadır⁷⁶⁷. Geçici tedbir kararının süreye bağlanmasının amacı, geçici önlem kararı verilen konularda mahkemenin asıl davayı hızlı bir şekilde sonuçlandırmaya zorlamak olsa da⁷⁶⁸, uygulamada Federal Anayasa Mahkemesi, geçici tedbir kararını asıl dava sonuca bağlanana kadar yürürlükte tutmaktadır. Tedbir kararının tekrar edilmesi için ilk tedbir kararında aranan koşulların yanı sıra m. 32/6 uyarınca, üçte iki oyçokluğu aranmaktadır.

⁷⁶³ Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 78.

⁷⁶⁴ Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 76-86.

⁷⁶⁵ Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 79-80; Yıldız, Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, 61-73; Hasan Tunç, “Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, (1990) 60.

⁷⁶⁶ Bülent Serim, “Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Yetkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 29, S. 1, (1996) 26.

⁷⁶⁷ Zafer Gören, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.12, (1995) 238; Azrak 161.

⁷⁶⁸ Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 83.

Eğer ilk geçici tedbir kararı verilirken saptanan koşulların ve durumun devam etmediğine karar verirse geçici tedbir kararının devamına yönelik talep reddedilecektir⁷⁶⁹.

Günümüzde pek çok siyasi sorunun yargısal bir sorun niteliği kazandığı dikkate alındığında, anayasa yargısı alanında sağlanan “geçici tedbir” olanağı, siyasi sorunların çözümüne karşı mahkemelerin bir “ön denetçi” konumuna sokulma riskini taşımaktadır⁷⁷⁰. Dolayısıyla Federal Alman Anayasa Mahkemesi, “kuvvetler ayrılığı” ilkesine zarar vermemesi amacıyla kendisine yasa ile tanınmış bu yetkiyi büyük bir ihtiyatla ve istisnai olarak kullanmaktadır⁷⁷¹.

ABD’de yürürlüğün durdurulması yetkisine ilişkin olarak anayasada bir düzenleme olmadığı için bu yetki içtihat yoluyla benimsenmiştir. Belli bir işlemin Anayasaya aykırı olması veya uygulanması halinde telafisi güç zararın doğması ihtimalinin bulunması durumunda ABD Yüksek Mahkemesi, Anayasayı ve yasaları dikkate alarak bu yola başvurabilmektedir. Bu yetkinin kullanılabilmesine ilişkin olarak def’i ve yargısal emir olmak üzere iki yol bulunmaktadır. Def’i usulünde, somut davanın taraflarından birinin talebi yasanın uygulanmasına ilişkinen, karşı tarafın talebi yasanın Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle uygulanmamasına ilişkindir. Bu durumda davayı gören mahkeme yürürlüğü durdurma kararı vererek ilgili yasa hükmünü inceleyebilir. Yargısal emir usulünde ise, mahkeme bir işlemin gereğinin yerine getirilip getirilmeyeceğine yönelik olarak kişilere ya da devlet kurumlarına vereceği yargısal emirle yürürlüğü durdurma yetkisini kullanabilmektedir⁷⁷².

Fransa’da, Anayasa Konseyine anayasaya aykırılık iddiasıyla yapılan bir başvuru, söz konusu işlemin yayımlanmasını ve yürürlüğe girmesini askıya aldığı için inceleme sonuna kadar yürürlüğün durdurulması kendiliğinden gerçekleşmekte ve

⁷⁶⁹ Duygun 147.

⁷⁷⁰ Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 84.

⁷⁷¹ Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, 182; Sabuncu, “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, 83.

⁷⁷² Zehra Odyakmaz, “Yürürlüğü Durdurma”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.12, (1995) 150.

önleyici denetim yürürlüğün durdurulmasına karşı en etkin sistem olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷³.

Belçika’da başvuru konusu olan hukuki işlemin veya normun derhal uygulanması halinde, giderilmesi güç sakıncalar doğma ihtimaline ilişkin güçlü kanıtların ortaya konularak yürürlüğün durdurulması talep edildiğinde, “Hakem Divanı” isimli Kurul, yapacağı inceleme neticesinde iddiaların doğruluğuna yönelik bir kanıya varırsa normun yürürlüğünü askıya alabilmektedir⁷⁷⁴.

İspanya Anayasası m.56 uyarınca, yürürlüğün durdurulması başvurusuna konu olan işlemin yürütülmesi, ilgili normun varlık nedenini ortadan kaldırıyorsa, Anayasa Mahkemesi kendiliğinden veya başvuran kişinin istemi üzerine durdurulmaktadır. Portekiz’de ise Anayasa m.103-e gereğince tarafların isteği üzerine Anayasa Mahkemesi normun yürürlüğünü askıya alabilmektedir⁷⁷⁵.

Karşılaştırmalı hukuktaki örneklere bakıldığında yürürlüğün durdurulması yetkisinin, ileride ortaya çıkabilecek ağır sonuçların ortadan kaldırılmasına yönelik bir tedbir ihtiyacına ilişkin arayıştan kaynaklandığı görülmektedir. Bu yetkinin kullanılabilmesi için belirlenmiş şekli ve maddi şartların varlığının yanı sıra, alınacak kararın süreyle kısıtlı olması, kuvvetler ayrılığı dengesini gözetirken hukuk devleti ilkesini de korumayı hedeflemektedir.

2. Türkiye’de Yürürlüğün Durdurulması

Yukarıda ifade edildiği gibi yürürlüğün durdurulması yetkisi bazı ülkelere tanınmış olmasına karşın Türkiye’de gerek Anayasada gerek Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

⁷⁷³ Bilgen 172; Sait Güran, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 2, (1985) 155.

⁷⁷⁴ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 374.

⁷⁷⁵ Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 162.

Anayasa Mahkemesi, 1972 yılında anayasaya uygunluk denetimi esnasında kendisine yapılan yürürlüğün durdurulmasına ilişkin başvuruda; “...itiraz yolunda Anayasa Mahkemesinin kararı gelinceye kadar görülmekte olan davanın geri bırakılması, bir çeşit yürütmeyi durdurma sayılabilir. İptal davasında böyle bir yolun benimsenmemiş olması, anayasa koyucunun Anayasa Mahkemesi için bir dava konusu olan kanunun yürürlüğünü durdurma yetkisini öngörmeyi düşünmediğini ortaya koyar. Anayasa Mahkemesinin, uygunluk denetimi yaptığı kanunun nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisini yorum ve kıyaslamaya giderek, yasaca verilmemiş böyle bir yetki ile donatmasına olanak yoktur.”⁷⁷⁶ gerekçesine dayanarak, anayasaya uygunluk denetiminin tüm aşamaları için yürürlüğü durdurma kararı vermeyi reddetmiştir. Karara muhalif üç üye ise karşı oy yazılarında, “...yerine getirilmeleri halinde artık geriye dönüşü olmayan ve kişisel bir sonuç doğurmaları olasılığı varsa, bunların uygulanmalarının bir süre durdurulmasına karar verme görev ve yetkisinin Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisinde olduğunu, yasanın anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi anayasa mahkemesine tanıyan anayasanın daha hafif sonuçlar doğuracak olan, iptali dava edilen yasa kuralının uygulanmasını belli ve ayrık hallerde bir süre için erteleme yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekmektedir...” hususlarını vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi, kendisine bu konuda yapılan başvuruları uzun bir süre ilk kararında belirttiği gerekçeleri esas alarak reddetmiş, yürürlüğün durdurulmasına ilişkin ilk kararını ise 1993 yılında, 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi’nin Kurulması Hakkında KHK’nın iptali için açılan davada vermiştir. Anayasa Mahkemesi, üyelerinin çoğunluğuyla aldığı yürürlüğün durdurulmasına karar verme yetkisine sahip olduğuna ilişkin bu kararında; hukuk devletinin, adaletli bir hukuk düzeni kurarak, bu düzenin sürekliliğini sağlamanın gerekliliğini vurgulayan ve tüm işlemlerinin hukuka ve Anayasaya uygun olması prensibini benimseyen bir devlet olduğunu; yürütmeyi durdurma yetkisinin, mahkemenin davayı görüp karara bağlama yetkisi içinde bir aşama olduğunu; yargı yetkisinin bir bütün olduğunu ve yargılama evrelerinde yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak yürürlüğün durdurulması kurumunun bu bütün

⁷⁷⁶ AYM E. 1972/13, K. 1972/18, Kt. 6.4.1972, R.G. Tarih/Sayı: 24.7.1972/14255. Tanör / Yüzbaşıoğlu 549.

içinde yer aldığını; yargılama sürecinin uzun sürmesinin giderilmesi olanaksız zararlara neden olması sebebiyle, yargının amacına ulaşabilmesi için yasalarda yer almasa dahi yargı yerlerinin tedbir niteliğindeki çeşitli koruma önlemlerine başvurma yetkisinin bulunduğunu, bu doğrultuda iptal yetkisine sahip Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine öncelikle sahip olduğunu; itiraz yolunda Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin karar verinceye kadar ilgili davanın geri bırakılmasının, yürürlüğün durdurulması yetkisinin aslında anayasa yargısında mevcut bulunduğunun bir göstergesi olduğu dolayısıyla iptal edilen bir kuralın, iptal kararının yayımlanmasına kadar yürürlüğünün durdurulabilmesinin kamu yararı ve kamu düzeninin bir gereği olduğunu ve yargılama usulüne ilişkin konularda kural bulunmadığı durumlarda, boşluğun Mahkemece doldurulmasının hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir⁷⁷⁷. Böylece alınan bu kararlar birlikte, Anayasa Mahkemesinin 1972 yılındaki kararına karşı oy yazan azınlıktaki üyelerin görüşleri, geçen zaman içerisinde koşulların değişmesiyle çoğunluk görüşüne dönüşerek Anayasa Mahkemesinin “ilke kararı” ile çözülmüş ve yürürlüğün durdurulması yetkisi içtihat yoluyla anayasaya uygunluk denetimindeki yaptırım teknikleri arasında yerini almıştır⁷⁷⁸.

Anayasaya uygunluğu denetleme yetkisi olan Anayasa Mahkemesinin bir norm hakkında yürürlüğü durdurma kararı verip veremeyeceği Türk doktrininde çok tartışılmış ve bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu husustaki tartışmalar üç farklı görüş altında özetlenebilir.

Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulması kararı verilemeyecektir. Bu görüşü savunan yazarlar, Anayasa ve 2949 sayılı Kanun hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması yetkisine sahip olmadığını, Mahkemenin içtihat yoluyla kendisini yetkilendirmesinin mümkün olamayacağını savunmakta ve Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararlarını özellikle “*hukuk yaratma*” faaliyetine girdiği gerekçesi ile eleştirmektedirler⁷⁷⁹. Bunun ötesinde bu yazarlar söz konusu gerekçeyi, Anayasa ve kanunlarda yürürlüğü durdurma yetkisine ilişkin iddia edildiğinin aksine bir boşluk olmadığı, çünkü boşluğun, bir kurumun ancak

⁷⁷⁷ AYM E.1993/33, K. 1993/40-2, Kt. 21.10.1993, R.G.Tarih/Sayı: 6.11.1993-21750.

⁷⁷⁸ Tanör / Yüzbaşıoğlu 549.

⁷⁷⁹ Zehra Odyakmaz, “Yürürlüğü Durdurma”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 12, (1995) 158.

eksik düzenlendiği durumlarda söz konusu olabileceği ve ancak bu durumda içtihat yoluyla doldurulabileceği şeklinde genişletmektedirler⁷⁸⁰. Bu görüşü savunan yazarlar yasaklayıcı ya da sınırlayıcı bir kuralın yokluğunda, mahkemenin yürürlüğün durdurulmasına ilişkin kendisini yetkili görebileceğine ilişkin görüşün, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı yönündeki anayasal kural ile bağdaşmadığını ileri sürülmüşlerdir⁷⁸¹. Bu yazarlara göre Anayasa Mahkemesinin verdiği yürürlüğün durdurulması isteminin reddine ilişkin kararlar neticesinde Anayasa koyucu bu yetkiyi Anayasa Mahkemesine vermek isteseydi, Anayasada bu yönde düzenleme yapabilecek durumdadır. Bu yetkiye sahip olmasına rağmen bu yönde bir düzenleme yapılmamış olması, Anayasa Mahkemesine yürürlüğü durdurma yetkisi verme yönünde bir iradenin olmadığı gerçeğini ortaya koymaktadır⁷⁸². Bu görüş taraftarları bir başka açıdan ise yetkisizliğin sebebini, *“Anayasa Mahkemesi, tüm kamu hukuku organları gibi, kural olarak yetkisiz bir organdır. Kendisinin sahip olduğu yetkiler, kendisine ‘verilmiş’ olan yetkilerdir. Anayasa Mahkemesi tüm diğer kamu hukuku organları gibi kendisine ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse, o konuda yetkisizdir hiçbir karar alamaz.”* şeklinde ifade etmişlerdir⁷⁸³.

İkinci görüş ise, söz konusu yetkinin istisnai bir şekilde kullanılmasını mümkün görmüş ve pozitif olarak düzenlenmesinin gerekliliğini vurgulamıştır. Bu görüşü savunan yazarlar, Anayasa ve 2949 sayılı Kanuna göre Anayasa Mahkemesinin, yürürlüğün durdurulması kararı verme yetkisinin olmamasına rağmen, bir kez uygulanmasıyla hükümlerin gereğini yerine getirerek sona eren ve telafisi imkansız zararlar doğuran kanunlar bakımından mahkemenin içtihat yoluyla kendisine böyle bir yetki tanınması gerektiğini savunmaktadırlar⁷⁸⁴. Bu görüşteki yazarlar ayrıca, Anayasa Mahkemesinin görev ve sorumluluklarının ağırlığı dikkate alındığında yürürlüğün

⁷⁸⁰ Bilgen 178.

⁷⁸¹ Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, 351; Erol Cansel, “Anayasa Mahkemesi’nin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9, (1993) 102; Hasan Tunç, “Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, (1990) 54.

⁷⁸² Tunç, “Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, 63.

⁷⁸³ Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceğini düşüncesinde olanlar için bkz. Odyakmaz 152; Kuzu 208-210.

⁷⁸⁴ Güran, “Anayasa Mahkemesi’nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması”, 196.

durdurulması yetkisinin bulunmamasını açıklamanın mümkün olmadığı söylenmekle birlikte, “*Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini kazuistik denilebilecek biçimde belirleyen Anayasa’da yürütmenin durdurulması olanağı bulunduğunu, yargı denetimi kavramının içeriğinden ve kapsamından yola çıkarak savunmak, bulunmadığını savunmaya oranla çok daha zordur*” denilerek yürürlüğün durdurulması yetkisinin Anayasa ile tanınması gerekliliği de ayrıca belirtilmiştir⁷⁸⁵. Dolayısıyla anılan durumlarda yürürlüğü durdurma yetkisinin varlığının “yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamından hareket edilerek yapılacak bir yorumla” kabul edilebileceği, fakat bu yetkinin anayasa yargısında istikrarlı bir uygulama alanı bulabilmesi için, açık bir anayasa hükmü ile veya Kuruluş Kanunu’na yapılacak ek bir madde ile mümkün olduğu belirtilmekte⁷⁸⁶, bu şekilde söz konusu yetkinin kullanımına ilişkin şartların ve sınırlamaların düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸⁷.

Üçüncü ve son görüşe göre ise, Anayasa Mahkemesi herhangi bir sınırlama olmaksızın yürürlüğün durdurulması kararı verebilecektir. Bu görüşteki yazarlar tarafından Anayasa Mahkemesinin anayasadaki pozitif düzenlemeyi aşmak için kullandığı gerekçeler son derece tutarlı ve kuvvetli hukuki gerekçeler olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verdikten sonra, gerekçeli kararı Resmi Gazete’de yayımladığı güne kadarki süreç için yürürlüğü durdurma kararı verebilmesinin zaman kaybını ve muhtemel istismarları önlemesinin yanı sıra iptal kararının sonuçlarına da katkıda bulunduğu düşünülmektedir⁷⁸⁸. Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması yetkisinin, Anayasa Mahkemesinin bir

⁷⁸⁵ Güran, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, 158-159.

⁷⁸⁶ İlyas Doğan, “Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulü ve Anayasanın 149. Maddesinde Gerçekleştirilen Değişiklikler; 2002 Anayasa Değişikliği Işığında Anayasanın Geçici 15. Maddesi”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, (Ankara: TBMM Yayınları No. 1, 2003) 247.

⁷⁸⁷ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 468-469. Benzer bir açıklama şu şekilde gerekçelendirilmiştir. Yürürlüğün durdurulması kurumunun “içtihat” yoluyla yaratılabileceği açıklamasının en zayıf yanı Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi örneği olduğu belirtilerek, “yargıç usulü” hukuk olarak nitelenen mevcut düzenin özelliğinin, birçok konuda yasal düzenlemelerin bulunmaması ve çözümlerin mahkemelerce verilen yerleşik kararlar ve içtihatlarla yapılmasıdır. Yüksek Mahkeme’nin sınırsız bir takdir yetkisi olduğu göz önünde tutulursa, Mahkememizin böyle bir olanaktan yararlanabilmesinin ancak anayasa ve yargılama usulü kanununda ilgili değişikliğin yapılması suretiyle mümkün olacağı kabulü gerekir. İl Han Özay, “Yargı Güvencesi –Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.8, (1991) 115, dn. 27.

⁷⁸⁸ Gören, “Türk ve Alman Anayasa Hukuku’nda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, 228; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 403; Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 257, soru 95; Tanör / Yüzbaşıoğlu 558-559.

mahkeme olarak sahip olduğu en doğal yetkilerden olduğu da savunulmakta ve Anayasa ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'da açıkça öngörülmemiş olsa dahi yürürlüğü durdurma kararı verebilme yetkisinin, Anayasanın sistematiğinden ve “hukukun genel ilkelerinden” çıkarılabileceği, bunun için anayasal bir dayanak aramaya gerek olmadığı vurgulanmaktadır⁷⁸⁹. Bu görüş taraflarınca Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla bu yetkiye sahip olduğuna ilişkin ileri sürülen diğer gerekçe ise, Anayasanın hakimlerin vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceğine ilişkin Anayasa m.138 ve Medeni Kanun m.1'de hakime verilmiş olan kanun boşluğunu doldurma yetkisidir⁷⁹⁰. Bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesinin kıyas yoluyla boşluk doldurma yetkisi kabul edilmekle beraber, bu yetkinin Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen maddi hukuka ilişkin belli bir boşluk doldurma kuralı kullanılarak değil, belli bir usul kuralıyla paralellik kurularak ya da genel usul hukuku ilkelerinden çıkarım yapılarak kullanılması usulü benimsenmiştir⁷⁹¹. Keza Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurma kararı alabilmesi açısından kendisini yetkili görürken Anayasa m.2 ve m.11'i bir arada yorumlamıştır⁷⁹². Yürürlüğü durdurma yetkisinin ancak Anayasa veya kanun tarafından açıkça öngörülmesini arayan görüşe karşın bu görüşte, yürürlüğü durdurma yetkisinin açıkça kanunlarda yasaklanmayarak bu yolun içtihat ile tanınmasının, “*sürpriz kanunlara karşı koruma getirilmesi*” şeklinde düşünülebileceği ileri sürülmüştür⁷⁹³.

Kamu hukukunda yetkisizliğin esas, yetkinin istisna olduğu, yetkiye ilişkin hükümlerin çerçevesi ve sınırının kanunla açıkça çizilmesinin gerektiği⁷⁹⁴, dolayısıyla genişletici bir yorum yapılarak Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceği düşüncesine karşın, ister özel ister kamu hukuku alanında olsun yargının devrede olduğu hukuki uyuşmazlıklarda yargılama içerisinde “*tedbir*” yetkisinin de işin özelliği sebebiyle bulunduğu kabul edilmesi bir gerekliliktir⁷⁹⁵.

⁷⁸⁹ Kemal Başlar, “Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme” Kavramı”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006) 241; Levent Korkut, “Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, (1994) 147.

⁷⁹⁰ Serim 9.

⁷⁹¹ Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, 83.

⁷⁹² İlyas Doğan, *Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma*, (İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:5, 1997) 302.

⁷⁹³ Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, 38.

⁷⁹⁴ AYM E. 2012/27, K. 2012/173, Kt. 8.11.2012, R.G. Tarih/Sayı: 28.03.2013/28061.

⁷⁹⁵ Serim 7.

Dolayısıyla yasaların Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal edilebilmesini kabul edip, yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisini, bu hususu düzenleyen bir yasa maddesi olmadığı gerekçesiyle reddetmek, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini belli şartlar çerçevesinde işlevsizleştirmek anlamına gelebilecektir⁷⁹⁶. Yürürlüğü durdurma yetkisinin istisnai bir yetki olduğu ve bu yetki kullanımı neticesinde ortaya çıkan kararın bir ara karar niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, anayasaya uygunluk denetim türlerinden olan önleyici denetimin yargısal denetimden beklenen işlevi yerine getirmede ve yürürlüğün durdurulmasına başvurma ihtiyacının giderilmesinde daha elverişli olduğu pekâlâ ileri sürülebilir.

E. Önleyici Denetim Modelinin Değerlendirilmesi ve Önerisi

Hukuk devleti ilkesinin önemli özelliklerinden biri, bütün devlet organlarının faaliyet alanlarının açıkça belirlenmesi ve anılan devlet organlarının hukukun egemenliği, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını esas alarak belirlenmiş sınırlar içerisinde faaliyetlerini yürütmeleridir. Hukuk devletini kanun devletinden ayıran en önemli özelliklerden biri, yasama organının “yetkinin kötüye kullanılması” niteliğindeki düzenlemelerine ilişkin olarak her zaman hukukun üstünlüğü ve anayasa ile kendini bağlı hissetmesidir. Bu bağlılık, yasama organının faaliyetlerinin anayasaya uygunluk denetimine tabi olması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır⁷⁹⁷. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin kararında da yer verildiği gibi “*anayasa yargısı, yasama organını anayasal sınırlar içinde tutarak, demokrasinin sağlıklı işleyişini sağlayacak bir denetim türü olarak öngörülmüştür.*”⁷⁹⁸

Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetim neticesinde, anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yasal düzenlemelerin iptal edilmesine karşılık, yasama organının aynı konuyu, aynı amaç doğrultusunda kısa süreler içerisinde yeniden yasalaştırma çabasına

⁷⁹⁶ Bu duruma getirilebilecek tek istisna Meclis içtüzük hükümleri olabilir; çünkü içtüzük hükümleri hakkında yürürlüğü durdurma kararı verilmesi halinde parlamento çalışamaz. AYM'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunmadığının kabul edilmesi halinde, bazı durumlarda iptal kararı verilmesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Özkul 413.

⁷⁹⁷ Ruhi 146; Uslu 166.

⁷⁹⁸ AYM E. 1994/43, K. 1994/42-1, Kt: 11.4.1994, R.G. Tarih/Sayı: 15.4.1994/21906.

girdiği görülmektedir⁷⁹⁹. Anayasa Mahkemesi tarafından bu durum, “*anayasa mahkemesince anayasaya aykırılığı saptanmış kuralların aynı amaç doğrultusunda yeniden yasalaştırılmasının önceden alınmış kararı etkisizleştirdiği*” şeklinde nitelendirilmiştir⁸⁰⁰. Anayasa m.153 gereğince yasama organı, yasama faaliyetleri çerçevesinde düzenlemeler yaparken, Mahkemenin vermiş olduğu iptal kararlarının sonuçları ile kararların gerekçelerini de dikkate almak durumundadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararlarının özelliklerinden olan kararların bağlayıcılığı yasama organı tarafından göz ardı edilmemelidir⁸⁰¹.

Yasama organının yapacağı hukuki düzenlemeler açısından Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı belirleyici unsur olarak kabul edilirken, yürürlüğe giren hukuki düzenlemeler bakımından ise kararların geriye yürümezliği önemli bir unsur olarak kabul edilmektedir. Doktrinde yer alan tartışmalar ve Anayasa Mahkemesinin kararları göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesi kapsamında, anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal edilen bir düzenlemeden ve bir kamu hukuku statüsünden kaynaklanan belli bir kişisel hakkın korunması adına kazanılmış haklara dokunulmaması, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına bir ölçüt olarak kabul edilmiştir⁸⁰². Bu ölçütün, kazanılmış hakka saygının korunması ve hukuki güvenliğin sağlanması adına hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucu olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁸⁰³. Fakat bir hakkın ortaya çıkmasına sebep olan düzenlemenin, kişi lehine sonuçlar doğurduktan sonra anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi halinde, söz konusu kişiler için ilgili haklar “kazanılmış” şeklinde nitelendirilirken, aynı koşullara sahip diğer kişilerin, düzenlemenin “anayasaya aykırı olduğu” gerekçesiyle iptal edilmesi nedeniyle bundan yararlanamaması “eşitlik” ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü böyle durumlarda iptal kararı neticesinde oluşan

⁷⁹⁹ Serim 14.

⁸⁰⁰ AYM E. 1984/9, K. 1985/4, Kt: 18.2.1985, R.G. Tarih/Sayı:26.06.1985/18793.

⁸⁰¹ AYM E. 1993/26, K. 1993/28, Kt: 16.9.1993, RG. Tarih/Sayı: 8.10.1993/21722.

⁸⁰² Ali Erdem Doğanoğlu, “Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Belirlenmesi Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, (2011) 202-204.

⁸⁰³ Hukuki güvenlik ilkesi ile kazanılmış haklara saygı ilkesi arasındaki ilişkiye ilişkin açıklamalar için detaylı bilgi için bkz.: Altundış 60-94, 83 vd.; Oğurlu 40.

düzenlemeden faydalanılamamasının tek sebebi, iptal kararının içeriğine değil iptal kararı verilen zamana ilişkin olmaktadır⁸⁰⁴.

Eşitlik ilkesi genel anlamda, şekli eşitlik ve maddi eşitlik olarak iki şekilde yorumlanmaktadır. Şekli anlamda eşitlik; kanunların herkese eşit uygulanarak, genel ve soyut bir nitelikte olmasını ifade etmektedir. Maddi anlamda eşitlikten kastedilen ise, şekli anlamda eşitlikten farklı olarak, aynı koşullarda bulunanlar için haklarda, yükümlülüklerde, sorumluluklarda ve fırsatlarda eşit davranma zorunluluğudur. Anayasa m.10'da öngörülen eşitlik; haklı nedenlerin olması halinde farklı uygulamalara imkan veren, dolayısıyla şekli anlamda bir eşitlikten ziyade maddi anlamda eşitliğe yer veren bir düzenlemedir⁸⁰⁵. Bu bağlamda eşitlik ilkesinin maddi anlamda ihlal edilip edilmediğinin anlaşılabilmesi için, anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların soyut ve genel nitelikte olup olmadıklarına ilişkin denetim yeterli olmayıp, içeriklerinin de araştırılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin, kanun önünde eşitlik ilkesini tanımladığı kararında, *“herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmez. Bu ilke ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme tabi tutulmasını sağlamaktır.”*⁸⁰⁶ ifadelerine yer verilmiştir. Bu doğrultuda, yasama faaliyetleri çerçevesinde hazırlanan düzenlemelerde yer verilen farklılıklar için, kamu yararının veya haklı nedenin olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine göre ise, öngörülen farklılıklar bakımından kamu yararı ve haklı nedenin varlığının kabul edilebilmesi için, farklılıkların “amaçla ilgili”, “anlaşılabilir” ve “makul ve adil” olması gerekmektedir. Öngörülen düzenleme, birbirini tamamlayarak güçlendiren bu ölçütlerden herhangi birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁸⁰⁷.

Eşitlik ilkesi kapsamında, “maddi eşitlik” ve “şekli eşitlik” şeklinde yapılan sınıflandırma dahilinde yapılacak tercih, söz konusu iptal neticesinde “kazanılmış hak” statüsünün tanınıp tanınmamasına göre de farklılık gösterecektir. Eğer şekli eşitlik ilkesinden hareket edilerek, kazanılmış hak statüsünün tanınması yönünde bir tercih

⁸⁰⁴ Serim 3.

⁸⁰⁵ AYM E. 1997/74, K. 1998/69, Kt. 17.11.1998, R.G. Tarih/Sayı: 23.10.1999/23855.

⁸⁰⁶ AYM E. 1976/3, K. 1976/23, Kt.13.4.1976, R.G. Tarih/Sayı: 15.7.1976/15647. AYM E. 1988/7, K. 1988/27, Kt.27.9.1988, R.G. Tarih/Sayı: 26.12.1988/20031. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 157-158.

⁸⁰⁷ AYM E.1991/13, K. 1992/10, Kt. 19.2.1992, R.G. Tarih/Sayı: 17.11.1994/22114.

yapılacaksa, ilgili yasa hükmü - anayasaya aykırılığına rağmen - gerekçeli iptal kararının yayımlanmasına kadar yürürlükte olduğundan, bu sürede yasaya dayalı işlemlerin yoğunlaşmasına ve aynı statüdeki kişilerin bu haktan yararlanamamasına sebep olacaktır. Bu tercih aynı zamanda, Anayasa m.10 kapsamında öngörülen eşitlik ilkesine dolayısıyla hukuk devleti ilkesine de aykırı olacaktır⁸⁰⁸. Anayasada benimsenen maddi eşitlik ilkesinden hareket edilerek, kazanılmış hak statüsünün tanınması yönünde bir tercih yapılacaksa, bu durumda Anayasa Mahkemesinin belirlediği kıstaslar çerçevesinde “kamu yararı” veya “haklı nedenin” varlığının tartışılması gerekmektedir. Bu hususun, hukuki güvenlik ilkesinin kapsamında tartışılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından, kazanılmış hak kavramının belirsiz içeriğinden dolayı karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır: Hukuki güvenlik esas alınarak kazanılmış hak korunurken, anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilen kanundan, öncesinde hak elde eden bireyler ile aynı durumda olup iptal sebebiyle ilgili düzenlemeden yararlanamayan bireyler arasında bir denge kurularak adalet sağlanmak istendiğinde, burada ön plana çıkacak değer hangisi olacaktır? Bu soruya “adaleti” sağlamak adına kararların geriye yürümemesi kuralının katılığı esas alınarak bir cevap arayışına gidildiğinde, hangi hallerde hukuk güvenliği ilkesine, hangi hallerde adalet ilkesine öncelik verilmesi gerekeceği sorunu somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesinin kararlarının özelliklerinden biri olan ve kazanılmış hakları koruma amacını içeren iptal kararlarının geriye yürümemesi ilkesi bu doğrultuda her zaman adaletin gerçekleşmesi için yeterli olmayacaktır. Çünkü gerek hukuk güvenliği, gerekse adalet ilkeleri geniş ve genel nitelikte olan soyut kavramlardır. Anayasa Mahkemesi kararında da isabetli bir şekilde yer verildiği üzere; “...*Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını yansıtmakta, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği ve adalet, çağdaş kamu yönetimi anlayışında, istikrar olgusunun temeli olduğundan, bu iki kavram arasında bir bağ bulunmaktadır...*”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ AYM E. 1991/15, K. 1991/22, Kt. 19.7.1991, R.G. Tarih/Sayı: 31.07.1991/20946.

⁸⁰⁹ AYM E.2008/31, K.2011/94, Kt.9.06.2011, R.G. Tarih/Sayı: 21.10.2011/28091.

Her ne kadar eşitlik ilkesi bakımından kazanılmış hak kapsamı içinde haklı neden unsuru bir karşı argüman olarak sunulsa da, kanımızca, “benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme tabi tutulması” gerekliliği ile birlikte “makul ve adil olma” unsuru tam anlamıyla karşılanmamaktadır. Bu nedenle, kazanılmış hak hukukun genel ilkesi olarak tanınmış olsa da, geniş içeriği ve varlığının somut koşullara göre belirlenmesi gerekliliği sebebiyle hukuki güvenlik ve belirlilik kavramlarına zarar vermektedir. Bu doğrultuda, söz konusu kavramlara birbirine zıt anlamlar yüklemekten ziyade, hukuk güvenliği ilkesinin, ilgililerin belirlenen kıstaslar dahilinde kazanılmış hukuki durumlarının korunması anlamını taşıdığı gerekçesiyle, adalet ilkesinin özel bir hali olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır⁸¹⁰.

Öte yandan adalet ilkesinin özel bir hali olduğu yönünde öngörülen koruma kazanılmış haklar ve kamu düzeni ile sınırlı olduğundan, bu sınırın dışına çıkılması anayasaya aykırı olan bir kuralın yürürlükte tutularak “gereksiz ya da sakıncalı” işlemlerin devamına imkan sağlayacaktır. Bu durumun engellenmemesi ve anayasaya aykırı yasaların iptal edilmeden uygulanması ya da iptaline kadarki sonuçların ilgililer lehine kazanılmış hak doğurması, kazanılmış hak kavramının kötüye kullanılmasına da yol açabilecektir. Bu nedenle, tanımında hala fikir birliği bulunmayan “kazanılmış hak” statüsünün anayasaya aykırı bir düzenlemeden sağlanmasına rağmen tanınmasına ve dolayısıyla korunmasına öncelik verilmesi, kazanılmış hakka, anayasanın üstünde bir değer verilmesi anlamına gelecektir. Verilen bu anlam ise gerek anayasa yargısının temelini oluşturan anayasaya uygunluk denetimine gerekse normlar hiyerarşisi çerçevesinde anayasanın üstünlüğü ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, “kazanılmış hak” kavramı, sınırları genişletilerek hukuk devletinin önemli bir güvencesi sayılan “geçmişe yürüme yasağının” kapsamından çıkarılmamalı ve sağlanan hukuki güvenlik ile eşitlik ilkesi belli kişi ve gruplara özgülenmemelidir⁸¹¹.

Anayasa Mahkemesi, yasama organının siyasi amaçlarla kamu ihtiyacını göz ardı ederek yaptığı düzenlemelerde, kazanılmış hak kavramının ortaya çıkardığı eşitsizliği dengelemek, hukuku ve adaleti ön plana almak amacıyla bir “ön denetçi” konumuna gelerek, bir ara formül arayışına gitmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, kazanılmış hak

⁸¹⁰ Azrak 159-160; Oğurlu 37.

⁸¹¹ Çağlar, “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi”, 60-61.

olgusunun belirsiz kapsamıyla, anayasanın temel ilkelerinden olan eşitlik ve hukuk devleti ilkesine zarar vermesini önlemek amacıyla, iktidar gücünü ellerinde bulunduranların üstünlüğünün dava aşamasında dengelenebilmesi⁸¹² ve iptal kararı verilinceye kadar yürürlüğe girmiş bir düzenlemenin daha fazla sonuç doğurmasını engellemek için⁸¹³, kendi yetkisini genişleterek, kararlarının etkinliğini sağlamak adına yürürlüğün durdurulması yoluna başvurmuştur⁸¹⁴.

Yürürlüğün durdurulması kararının amacı, denetim sonucunda ortaya çıkacak kararın sonuçlarının olumsuz etkilerini önceden bertaraf etmektir. Söz konusu durum, bir anlamda ilgili düzenlemeye dayanarak iyi niyetle işlem yapan bireyin kazanımını korurken, diğer taraftan bu düzenlemeden yararlanamayacak olanların olası zararlarının önüne geçmeye yönelik bir yetki olarak nitelendirilebilir. Mahkemenin, kendisini yürürlüğün durdurulması yetkisini kullanmaya yetkili gördüğü kararının gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir; “*Demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunlara dayanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisiyle donatılmasını zorunlu kılmaktadır*⁸¹⁵”. Bu sayede alınacak yürürlüğün durdurulması kararı ile yürürlüğe girmesiyle meşru sayılan eylem ve işlemler sonucunda elde edilen kazanılmış haklara kaynaklık eden düzenlemelerin daha sonra anayasaya aykırı bulunarak hukuken belirsiz bir aşamaya gelmesi kısmen de olsa önlenecektir. Bununla beraber, hukuka uygun olmayan durumların kalıcı hale dönüşmesi de böylece engellenebilecektir⁸¹⁶.

Ancak burada da karşımıza şöyle bir sorun çıkmaktadır: Acaba yürürlüğün durdurulması kararının alınmamış olduğu anayasaya aykırılık iddiasıyla açılan bir dava hakkında iptal kararı verilmesi halinde ortaya çıkacak sonuç ile yürürlüğün durdurulması kararı alınmasına karşın iptal kararı ile sonuçlanmayan davalara ilişkin olarak ortaya

⁸¹² Serim 3.

⁸¹³ Ş.Cankat Taşkın, “Anayasa Mahkemesi’nin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, S.73, (2007) 304-305.

⁸¹⁴ Serim 11.

⁸¹⁵ AYM E. 1994/43, K. 1994/42-1, Kt: 11.4.1994, RG. Tarih/Sayı: 15.4.1994/21906.

⁸¹⁶ Oğurlu 78-79.

çıkacak sonuçların hangisi daha ağır olacak ve buna ilişkin olarak somut olayda adalet nasıl sağlanacaktır⁸¹⁷?

Her ne kadar yürürlüğün durdurulmasından sonra yapılan işlemler kazanılmış hak doğurmasa da, durdurulma kararının yayımlanmasına kadar geçen süre zarfında tamamlanmış işlemler ilgilileri için kazanılmış hak olarak tanınmaktadır⁸¹⁸. Bu noktada kazanılmış hak gibi kamu hukukunda niteliği belirsiz olan bir kavrama yönelik olarak aranan tedbirin içtihat ile oluşturulan yürürlüğün durdurulması kararı yoluyla alındığını söylemek yanlış olmayacaktır. 1961 ve 1982 Anayasalarının getirdikleri anayasal düzen, bu düzende anayasal dengeye verilen önem ve bu önemin uzantısı olarak yargı denetimine, özellikle anayasa yargısına tanınan işlev göz önüne alındığında, ana düşünce ve temel yaklaşım olarak, yürürlüğün durdurulması aracını benimseyen bir anlayışa sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁸¹⁹. Fakat anayasada idare hukukuna ilişkin kısım istisna olmak üzere anayasaya uygunluk denetimi bakımından açıkça düzenlenmeyen yürürlüğü durdurma yetkisinin TBMM kararı hakkında da uygulanması⁸²⁰, bu yetkinin bir hayli genişletildiğinin önemli bir göstergesidir⁸²¹.

⁸¹⁷ Serim 22; Anayasa Mahkemesi, kanun hükümlerinin uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve oluşabilecek hukuk boşluğu bakımından; iptal isteminin reddi durumunda karar gününe kadar, iptal isteminin kabulü durumunda ise, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı güne kadar, yürürlüğün durdurulmasına karar vermiştir. Bu kararlarda, yürürlüğün durdurulması kararının geçerli olacağı süreye ilişkin yapılan tespit, Mahkemenin bir konuya ilişkin yürürlüğün durdurulması kararı vermesinin, kesin iptal kararı vereceği anlamına gelmeyeceğinin Mahkeme tarafından da kabulü anlamına geldiği şeklinde yorumlanılabilir. Bkz. AYM E. 1994/67, K.1994/64-1, Kt. 21.7.1994, R.G. Tarih/Sayı: 23.07.1994/21999; AYM E. 1994/63, K.1994/60-1, Kt. 21.7.1994, R.G. Tarih/Sayı: 23.07.1994/21999; AYM E. 1994/64, K.1994/61-1, Kt. 21.7.1994, R.G. Tarih/Sayı: 23.07.1994/21999; AYM E. 1994/66, K.1994/63-1, Kt. 21.7.1994, R.G. Tarih/Sayı: 23.07.1994/21999; AYM E. 1994/70, K.1994/65-1, Kt. 16.8.1994, R.G. Tarih/Sayı: 20.08.1994/22027. Yürürlüğün durdurulma talebinin reddedildiği fakat anayasaya uygunluk denetimi neticesinde iptal edilen düzenleme için bkz. AYM E. 2009/45, K. 2009/14, Kt. 23.7.2009, R.G. Tarih/Sayı: 29.07.2009/27303.

⁸¹⁸ İl Han Özay, “Geriye ve İleriye Yönelik Etkileri Bakımından Anayasa Yargısında İptal Kararları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.16, S.1, (1995) 36-42.

⁸¹⁹ Güran, “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, 157.

⁸²⁰ Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin olarak, TBMM'nin 27.04.2007 günlü, 96. Birleşiminde, Meclis Başkanının 184 milletvekilinin Genel Kurulda bulunmasının yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin TBMM Kararını, Mahkeme eylemli bir içtüzük değişikliği niteliğinde görerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62-3, (2007), 266.

⁸²¹ Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, 267.

Hukuk devletinin bir unsuru olan anayasal devlet gereğince, ne yargının ne de yasamanın üstünleştirilmesi/mutlaklaştırılması söz konusu olmalıdır⁸²². Eğer yargının yasamaya karşı üstün bir şekilde konumlandırılması ya da yasama iradesine tamamen öncelik tanınarak yargının göz ardı edilmesi gibi bir durum söz konusu olursa, bu kuvvetler ayrılığının ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. Yasama ve yargı organının işlemlerini denetleyen ve “anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını” sağlayan bir teminat aracı olarak karşımıza çıkan⁸²³ anayasaya uygunluk denetimi ile demokrasinin sağlıklı bir şekilde işlemesi sağlanmaya çalışıldığından⁸²⁴ yargı, yasama ve yürütme organlarının üstün gücüne karşı bir anayasal denge aracı olmalıdır⁸²⁵.

Yargının bir anayasal denge aracı olarak kabulü, anayasaya aykırı düzenlemelerin önüne geçilmesi açısından mahkemenin aktivist yaklaşım örneklerinden biri olan yürürlüğün durdurulması yetkisinin⁸²⁶ ortaya çıkmasına sebep olan ihtiyaca, daha etkin bir çözüm bulunmasını gerektirmektedir. Keza hukuki güvenlik bakımından önemli olan husus, uyuşmazlıkların yargıya taşınmasının öncesinde, sorunlara ilişkin çözümün üretilmesidir. Bu doğrultuda aynı konuya ilişkin farklı sonuçların ortaya çıkmasını engellemek adına yapılan normatif düzenlemelerin herhangi bir şekilde yürürlüğe girmeden ve sonuç doğurmadan önce anayasaya uygunluğu bakımından önleyici denetime konu yapılması, hem hukuk güvenliği hem de hukuk devleti açısından daha faydalı olacaktır. İlgili düzenlemelerin anayasaya uygunluk denetiminin bunlar daha yürürlüğe girmeden önce yapılmasına ve anayasaya aykırılıkların önceden tespit edilmesine imkan veren önleyici denetimin yargısal denetimden kaynaklanan beklentiye daha sağlıklı cevap vereceği açıktır. Uygulamaya bakıldığında, siyasi denetim aracı⁸²⁷

⁸²² İlyas Doğan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yürürlüğü Durdurmanın Koşulları”, *İHFİM*, C.LV, S.4, (1997) 61.

⁸²³ Gören, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, 213.

⁸²⁴ Gören, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, 217.

⁸²⁵ Larry Siedentop, *Democracy in Europea*, (London: Penguin Books 2001) 100-101; Ruhi 147.

⁸²⁶ Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, 264. Yazara göre; kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Anayasada yer almayan önemlilik, zorunluluk, ivedilik, kısa süreklilik gibi şartlara bağlaması, anayasada yasaklanan sıkıyönetim ve olağanüstü hal kararnemelerini Anayasaya uygunluğu şüpheli bir yorumla denetim kapsamına alması, siyasi parti kapatma davalarında Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayarak siyaset alanını büyük ölçüde daraltması mahkemenin aktivist tavrının diğer örnekleridir.

⁸²⁷ Bkz. 53 vd..

olarak görülen çift meclis sistemi ve yargısal denetim olarak Anayasa Mahkemesine başvurunun öngörüldüğü 1961 Anayasası bu arayış için bir yol gösterici olmuştur. 1961 Anayasası m.92 uyarınca, Millet Meclisi tarafından kabul, değiştirilerek kabul veya reddedilen tasarı ve tekliflerin Cumhuriyet Senatosuna gönderilerek Cumhuriyet Senatosunun ilgili yasama faaliyeti hakkında iradesini yansıtma imkanı tanınması, temelinde çift meclis sistemiyle bir ön denetimin yapılmasına da olanak vermiştir. Böylece, çift meclis sistemiyle sağlanan ön denetimin yanı sıra, Anayasa Mahkemesi aracılığıyla yapılacak bir giderici denetim ile anayasaya uygunluk ilkesi pekiştirilmiş olmaktadır⁸²⁸.

Türkiye’de anayasaya uygunluk denetiminin işlevselliğini sağlamaya yönelik olarak içtihat yoluyla oluşturulan kurumlar, merkezi bir yargı organı aracılığıyla yapılacak önleyici denetim ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu bağlamda önleyici denetim, yürürlüğün durdurulması ve kazanılmış hakkın ortaya çıkaracağı sakıncaları ortadan kaldırmak için ideal bir yargısal çözüm yoludur. Önleyici denetim yapılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesine yapılacak başvuru, yasanın yayımlanarak yürürlüğe girmesini engelleyeceği için, geçici durdurma Mahkeme tarafından yapılacak incelemenin sonuna kadar kendiliğinden işleyecektir. Çünkü önleyici denetim, yargısal niteliğinin yanında yürürlüğün durdurulması tedbirini de içinde barındırmaktadır. Böylece yukarıda kapsamlı olarak açıklandığı üzere, öğretilerde ve uygulamada çok tartışılan “iptal kararlarının geriye yürümezliği”, “kazanılmış haklar” ve “yürürlüğün durdurulması” gibi kuram ve kurallara da ihtiyaç kalmayacaktır⁸²⁹.

Sonuç olarak, günümüz koşullarında, çoğulcu demokrasinin yansıması olan yasama organının faaliyetlerinin yargı denetimine tabi olması⁸³⁰ ve bu faaliyetlere ilişkin olarak siyasi denetim yerine önleyici nitelikte olan yargısal denetimin tercih edilmesi, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunması ve istikrarı açısından daha isabetli olacaktır. Önleyici denetim aracılığıyla yasama organının yapacağı düzenlemeler; eşitlik, adalet, hakkaniyet ilkeleri ve ayrımcılık yasağı göz önünde bulundurularak esaslı bir değerlendirmeden geçirilerek, hukuk güvenliği ve istikrarı

⁸²⁸ Taşkın 304.

⁸²⁹ Kaboğlu, Anayasa Yargısı,167.

⁸³⁰ Uslu 163.

daha etkili olarak sağlanacaktır. Keza, anayasaya uygunluk bakımından yapılacak bir ön denetimle, anayasanın temel prensipleri ile temel hak ve özgürlüklerin korunması sağlanarak, anayasal hukuk düzenin bütünlüğü korunacak, anayasa yargısının meşruluğu güçlenecektir.

Önleyici denetim modelinin Türkiye açısından uygulanabilirliği, gerek yasama faaliyetleri çerçevesinde Meclis çalışmalarında ve gerekse doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar bakımından değişmeyen tek şey ise önleyici denetimin bir ihtiyaç olduğudur. Günümüze kadar yapılan önleyici denetim modeli teklifleri farklı hukuki işlemler temelinde yapılmıştır. Çalışmamız kapsamında aşağıda yer verilen öneri, karşılaştırmalı hukuktaki örnekler ve Türk hukuk sisteminde tartışılan teklifler esas alınıp genişletilerek sunulmuştur.

Önleyici denetime konu olması önerilen hukuki işlemler; anayasa değişiklikleri, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, içtüzükler ve uluslararası antlaşmalardır. Anayasa değişiklikleri bakımından Cumhurbaşkanı ve TBMM üye tam sayısının en az dörtte biri; kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler bakımından, Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayımının en az beşte biri ile TBMM'deki siyasi parti grupları; içtüzükler bakımından ise Cumhurbaşkanı, TBMM üye tamsayımını beşte biri ve TBMM'deki siyasi parti gruplarının yanı sıra Meclis Başkanı önleyici denetime başvurmak için yetkili olmalıdır. Uluslararası antlaşmalar bakımından ise uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunlarının içerik bakımından denetimine imkan verecek bir düzenleme olmadığından, yapılacak denetim uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluk bakımından denetimini içermelidir. Bu doğrultuda uluslararası sorumluluk gereği, anayasaya uygunluk denetimi için Cumhurbaşkanı ile TBMM üye tamsayımını beşte birine önleyici denetime başvurma yetkisi tanınmalıdır.

Yetkili makamların ilgili düzenlemeler hakkında, Meclis Genel Kurulunda kabul edildiği tarihten itibaren/yayımlanmalarından önce, belirlenecek kısa süreli bir zaman aralığında (on gün içerisinde) önleyici denetim için Anayasa Mahkemesine başvurabileceği, Anayasa Mahkemesinin ise kararını belirli bir süre içerisinde (en geç otuz gün içinde) vermediği takdirde başvurunun reddedilmiş sayılacağına hüküm altına alınması uygun olacaktır.

III. ÖNLEYİCİ DENETİM AÇISINDAN ANAYASA MAHKEMESİ ÜYELERİNİN BELİRLENME USULÜ VE ÖNEMİ

Anayasa yargısı, hukuk devleti ilkesini kabul eden ülkelerde bütün siyasi güçlerin Anayasaya bağlı kalmasını sağlayan bir mekanizma olarak anayasacılık düşüncesinin kurumsallaşmış şekli olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple anayasa yargısının, yerine getirdiği işlev nedeniyle kaçınılmaz olarak siyasal bir yönü de bulunmaktadır⁸³¹. Bu doğrultuda, siyasi yönün olabildiğince sınırlandırılmak suretiyle Anayasa Mahkemelerinin kuvvetler ayrılığı sistemi içinde kendilerinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirebilmesi için, Mahkeme üyelerinin bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının tam olarak sağlanması gerekmektedir. Bu gereklilik tam anlamıyla sağlandığında ve teminat altına alındığında, farklı siyasi görüşlere sahip kimselerin de Anayasa Mahkemesinin vereceği kararları itiraz etmeksizin kabul etmeleri ve verilen kararların gereğinin yapılması için yetkili makamlarca hukuki alt yapının oluşturulması ivedilikle sağlanacaktır. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin üyelerinin belirlenmesinde, siyasi iktidarın kendi görüşüne yakın üyeleri seçerek mahkeme üzerinde ağırlığını oluşturma ihtimaline karşı, bu tür girişimlerin önünü kesecek ve çoğulcu demokrasiyi yansıtacak hukuki tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, giderici denetimde olduğu gibi önleyici denetimde de anayasa yargısının kendisinden beklenen işlevleri gerektiği gibi yerine getirebilmesi için Mahkeme üyelerinin belirlenmesi ve seçiminde uygulanacak usul büyük önem taşımaktadır⁸³².

⁸³¹ Thomas Giegerich, “Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.27, (2010) 125-126.

⁸³² Giegerich 125-126.

A. Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Belirlenme Usulü

Anayasaya uygunluk denetimi bakımından önerilen önleyici denetim, anayasa mahkemesinin giderici denetimde içtihatla oluşturduğu kurumlara kıyasla daha hukuki ve meşru bir sistemdir. Bu sistemin fonksiyonel bir şekilde uygulamaya geçirilmesi ve hedeflenen amaca hizmet edebilmesi için mahkeme yapısının ve üyelerinin belirlenmesi hususu üzerinde de durmak gerekmektedir. Çünkü sistemin salt teorik olarak sunumu, uygulaması olmadan anlam ifade etmeyeceği için, bu sistemi işlevselleştirecek yapının oluşumu da büyük bir önem taşımaktadır.

Bu açıdan karşılaştırmalı örneklerde farklı düzenlemelere konu olan anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirecek olan anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısı, anayasa mahkemeleri üyelerinin belirlenme yöntemleri ve yapılan denetimin etkinliği ile niteliği alınan kararların hukuki değeri açısından özellikle üzerinde durulması gerekli olan hususlardır. Önleyici denetim modelini uygulayan ülkeler tarafından Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenme usulü bakımından farklı yöntemler benimsenmiştir. Dünyadaki sistemlere bakıldığında, Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde, atama sistemi, seçim yöntemi ve karma yöntem olmak üzere üç yöntem kullanıldığı görülmektedir⁸³³. Bu sistemler ana hatlarıyla karşılaştırmalı hukuktaki örnekleri ile birlikte ele alındıktan sonra, Türkiye’de uygulanan sistemin değerlendirilmesi önleyici denetim açısından yapılacaktır.

1. Atama Sistemi

Atama sistemi, anayasa mahkemesi üyelerinin, anayasa veya ilgili yasa da belirlenen atamaya yetkili makam tarafından göreve getirildiği bir sistemdir. Bu yöntemi uygulayan ülkelerin bazılarında, yapılan atamalar ayrıca bir onaya tabi tutulurken, bazılarında herhangi bir onay söz konusu değildir⁸³⁴. Bu sistem çerçevesinde, üyeleri

⁸³³ Gönenç, “Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı”, 18.

⁸³⁴ Ömer Anayurt, “Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, , S.1-2, (2009) 120.

atayacak kişi devlet başkanı olabileceği gibi, yürütme, yasama, hatta yargı organı da olabilmektedir.

Atama sisteminin uygulandığı ülkelerden biri olan Amerika Birleşik Devletleri'nin Federal Yüksek Mahkemesi, bir baş yargıç ve sekiz üyeden oluşmaktadır. Yargıçların doğrudan Başkan tarafından atanması ve mahkeme üyelerinin ömür boyu görevde kalmalarının mahkemenin çizgisini siyasallaştırabileceğini düşündürse de, Amerikan Anayasası m.2/2'de yer verilen, Başkan'ın yargıçları atamadan önce Senato'nun "tavsiye ve onayını" almasını öngören düzenlemenin, kuvvetler arasında "denge" oluşturduğu ifade edilmektedir⁸³⁵.

Avrupa kıtasında Romanya'da Anayasa Mahkemesi üyeleri atama yoluyla belirlenmektedir. Romanya Anayasası m.142/3 uyarınca, Anayasa Mahkemesi üyelerinden üçü Temsilciler Meclisi, üçü Senato, üçü ise Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır ve dokuz üyeden oluşmaktadır⁸³⁶.

Önleyici denetim modelinin tüm hukuki işlemler bakımından uygulandığı Fransa'da da üyelerin hepsi atama yoluyla belirlenir. Fransa'da Anayasa Konseyi dokuz üyeden oluşmakta; bu üyelerinin üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclis Başkanı, üçü de Senato Başkanı tarafından atanmaktadır⁸³⁷. Meclis Başkanlarınca yapılan atamalarda ilgili Meclisteki daimi komitenin görüşü alınmaktadır. Bu sistemde Konsey Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve eski Cumhurbaşkanı da mahkemenin doğal üyesi olarak görev yapmaktadırlar. Fransa'da uygulanan atama sisteminde, bütün erklerin eşit olarak üye belirleme hakkına sahip olması, bu sistemin "demokratik" olarak nitelendirilmesine ve güçler dengesinin bir gereği olarak kabul edilmesine rağmen, atamaların bu şekilde yapılmasının, kişisel ilişkileri ön plana çıkardığı ileri sürülmektedir⁸³⁸.

⁸³⁵ Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, 48.

⁸³⁶ Bkz. Romanya Anayasası.

⁸³⁷ Bkz. Fransa Anayasası.

⁸³⁸ Jean-Claude Acquaviva, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 18 édition, (Paris: Mémentos, 2015-2016) 201.

2. Seçim Sistemi

Seçim sistemi, Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenen kontenjanlar dahilinde veya belirlenen adaylar arasından yasama organınca seçilmesi esasına dayanmaktadır. Bu yöntemde yasama organı seçimini kural olarak, başka organ veya kurumların gösterdiği adaylar arasından yapmaktadır. Almanya, Portekiz, İsviçre, Slovenya, Macaristan, Polonya, Hırvatistan ve Azerbaycan Anayasa Mahkemelerinin üyelerinin belirlenmesinde seçim sistemi uygulanmaktadır⁸³⁹.

Almanya’ da on altı üye ile görev yapan *Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin*⁸⁴⁰ sekiz üyesi Federal Konsey, diğer sekiz üyesi de Federal Meclis tarafından üçte iki çoğunluk ile seçilmektedir. Mahkeme üyelerinin Meclisin iki kanadı tarafından eşit sayıda seçilmesi, Meclislerin eşit temsiline dayanması sebebiyle demokrasiye uygun olarak değerlendirilmektedir⁸⁴¹. Sekiz üyeli iki daire şeklinde teşkilatlanmış olan Alman Anayasa Mahkemesinin her dairede üçer üyeden toplam altı üyesi, Federal Yüksek Mahkemenin en az üç yıl süreyle yüksek mahkemede görev yapan yargıçları arasından seçilir⁸⁴². Mahkeme başkan ve başkan yardımcısını, üyeler arasından dönüşümlü olarak Federal Senato ile Federal Meclis seçmektedir⁸⁴³.

İsviçre Federal Mahkemesi’nde de üyeler yasama organınca seçilirken⁸⁴⁴, on üç üyeli *Portekiz Anayasa Mahkemesi* üyelerinden, onu Cumhuriyet Meclisi tarafından, üçü ise Cumhuriyet Meclisi tarafından seçilmiş on üye tarafından seçilmektedir⁸⁴⁵.

⁸³⁹ Bülent Ulaş, “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1- 2, (2005) 320; Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 28; Bu ülkelerin yanı sıra Güney Amerika Devletlerinin bir kısmında, Anayasa Mahkemesi ya da Yüksek Mahkeme üyelerini yasama meclisleri seçer. Kolombiya, Venezuela, Uruguay, Nikaragua, Kosta –Rika da üyeler yasama organınca seçilirler. Muammer Aksoy, “Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma”, (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1962) 57.

⁸⁴⁰ Dian Schefold, “Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı”, Çev.: İrfan, Yazman, *AÜHFD*, C.31, S. 1- 4, (1974) 117.

⁸⁴¹ Constance Grewe, “Le Statut du Conseil Constitutionnel à la Lumière des Enseignements du Droit Comparé”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, (2004) 198.

⁸⁴² Federal Adalet Bakanlığı bu niteliklere sahip yüksek mahkeme yargıçlarının listesini Parlamentoya sunar. Bakanlık ayrıca, Federal Meclisteki siyasi parti gruplarının, Federal Hükümetin ve bir federe devlet hükümetinin Federal Anayasa Mahkemesi üyeliğine teklif ettiği isimleri de bir liste halinde Parlamentoya sunar. Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 131.

⁸⁴³ Tunç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, 131. <http://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=221> (Erişim Tarihi: 12.07.2016).

⁸⁴⁴ Robert Patry, “İsviçre Federal Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 4, (1987) 65.

⁸⁴⁵ Bkz. Portekiz Anayasası.

Cumhuriyet Meclisi veya Cumhuriyet Meclisinin seçtiği üyeler tarafından seçilen üyelere altısı diğer mahkemelerin hakimleri arasından seçilirken, geriye kalan yedi üye hukukçular arasından seçilmektedir. Anayasa Mahkemesi hakimliği görev süresi yenilenmemek üzere dokuz yıl süreyle sınırlandırılmış olup, Mahkeme Başkanı Anayasa Mahkemesi hâkimleri tarafından seçilmektedir.

On beş üyeden oluşan *Macaristan* Anayasa Mahkemesi üyeleri, Anayasa Mahkemesi Kanunu m.7/1 uyarınca, Parlamentoda temsil edilen partilerin atadığı en az dokuz ve en çok on beş üyeden oluşan bir Aday Gösterme Komitesi tarafından gösterilen adaylar arasından, Anayasa m.24'e göre, Parlamento üye tam sayısının üçte ikisinin çoğunluğu ile on iki yıllığına atanmaktadırlar⁸⁴⁶.

Polonya Anayasa Mahkemesinin on beş üyesi Sejm (Meclis) tarafından seçilmektedir⁸⁴⁷. Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Başkan Yardımcısı, Anayasa Mahkemesi Hâkimleri Genel Kurulu tarafından önerilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.

Slovenya Anayasa Mahkemesinin dokuz üyesi, Anayasa m.163 uyarınca, Cumhurbaşkanının aday göstermesi üzerine Millet Meclisi tarafından seçilmektedir. Mahkeme üyelerinin hukuk alanında eğitim görmüş ve uzmanlaşmış olmaları gerekmektedir⁸⁴⁸.

Azerbaycan Anayasa Mahkemesi'nde de mahkeme üyeleri, Devlet Başkanının takdimi üzerine Millet Meclisi tarafından atanmaktadır. On üç üyeli *Hırvatistan Anayasa Mahkemesinin* tüm üyeleri, Anayasa m.126 uyarınca, Parlamento üye tamsayısının üçte iki çoğunluğun oyuyla seçilmektedir⁸⁴⁹.

Belirlenen adaylar arasından halkın iradesinin tezahürü olan yasama organınca seçim yapılması, atama usulüne göre seçim sisteminin daha demokratik olmasına ve

⁸⁴⁶ <http://www.mkab.hu/rules/fundamental-law> (Erişim Tarihi: 12.07.2016).

⁸⁴⁷ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 35.

⁸⁴⁸ Bkz Slovenya Anayasası.

⁸⁴⁹ Hırvatistan Anayasası

http://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/LA_CONSTITUTION_DE_LA_REPUBLIQUE_DE_CROATIE.pdf (Erişim Tarihi: 15.07.2016).

kişisel ilişkilerin ikinci plana alınabilmesine imkan sağlamaktadır. Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda önleyici denetimi uygulayan ülkeler arasında, Anayasa Mahkemesi üyelerini seçim sistemiyle belirleyen ülkeler de bulunmaktadır. Mahkeme üyeliğine, parlamentonun nitelikli çoğunlukla uzlaştığı kişileri seçmesi halinde, önleyici denetimin siyasi denetime kayabilme riskinin, atama usulüne nazaran daha az olacağı söylenebilecektir. Ayrıca, nitelikli çoğunlukla seçim sistemi anayasaya uygunluk denetiminin demokratik meşruiyetini de artıracaktır.

3. Karma Sistem

Atama ve seçim sistemlerinin bir arada kullanılmasıyla ortaya çıkan karma sistemde anayasa mahkemesi üyeleri; yasama, yargı ve devlet başkanı tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak seçilmektedir. Karma sistem, her ülkenin demokratik gelenekleri, anayasal güç dengeleri ve yapısına göre farklılıklar göstermektedir. Üyelerin belirlenmesi konusunda karma sistemi benimseyen ülkeler; Avusturya, İtalya, Belçika, Bulgaristan, İspanya ve Türkiye'dir.

Karma sistemi benimseyen *Avusturya Anayasa Mahkemesi*, on dört asıl altı yedek üyeden oluşmaktadır. Avusturya Anayasası m.147 gereğince, “*Başkan, Başkanvekili, altı üye ve üç yedek üye Federal Hükümetin önerisiyle Federal Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Bu üyeler ve yedekleri, hakimler ve hukuk profesörleri arasından seçilmektedir. Geriye kalan altı üye ve üç yedek üye ise, Milli Konseyin üç asıl ve iki yedek üyelik için göstereceği adaylar arasından ve Federal Konseyin üç asıl ve bir yedek üyelik için göstereceği adaylar arasından Federal Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir*”⁸⁵⁰.

İtalya Anayasa Mahkemesinin üyelerinin belirlenmesi hususunda da “karma sistem” benimsenmiştir⁸⁵¹. On beş üyeli İtalya Anayasa Mahkemesi, “*üçte biri Cumhurbaşkanı, üçte biri ortak oturumla Parlamentonun (Parlamentonun gizli*

⁸⁵⁰ Rudolf Machacek, “Avusturya Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 4, (1987) 20; Haller 1; Grewe, “Le Statut du Conseil Constitutionnel à la Lumière des Enseignements du Droit Comparé”, 199.

⁸⁵¹ Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, 54.

oylamayla, ortak oturumda üçte iki çoğunluk kararıyla, bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde bir sonraki oylamada beşte üçün çoğunluk kararıyla⁸⁵²) ve üçte biri de adli ve idari yüksek mahkemelerce aday gösterilen on beş yargıçtan oluşmaktadır. Adli ve idari yüksek mahkemelerin belirlediği beş üyeden ikisi Yargıtay, ikisi Danıştay ve biri de Sayıştay tarafından seçilir⁸⁵³”. Yargıçların belirlenmesinde yasama-yürütme-yargı erkinin aynı oranda üyeyi belirlemesi kuvvetler arasında denge oluşturmakta ve her bir erkin herhangi bir öneri almadan doğrudan üyeleri ataması hem birbirlerinden etkilenmelerini azaltmakta hem de mahkemenin bağımsızlığını olumlu yönde etkilemektedir.

On iki üyeli olan Belçika Anayasa Mahkemesi, Senato ve Temsilciler Meclisinde bulunan üyelerin üçte ikisinin çoğunluğuyla seçilerek belirlenen iki aday listesinden Kral tarafından ömür boyu atanmaktadır⁸⁵⁴.

İspanya Anayasa Mahkemesi on iki üyelidir. Üyelerin dördü Kongre, diğer dördü Senato tarafından beşte üç oy çoğunluğuyla, ikisi Hükümet ve ikisi Hakimler Yüksek Kurulu tarafından aday gösterilip Kral tarafından atanmaktadır. Mahkeme Başkanı parlamento tarafından seçilmektedir⁸⁵⁵. İspanya Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisi, yürütme, yasama ve yargı organları arasında paylaştırılmış olsa da, on iki üyeden sekizi yasama organı tarafından seçildiği için ağırlık yine de yasama organı lehinedir.

Bulgaristan Anayasası m.147 uyarınca, on iki üyeli *Bulgaristan Anayasa Mahkemesinin*, dördü Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Dört üye Ulusal Meclis tarafından seçilirken, geriye kalan dört üye ise Yüksek Temyiz Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi hakimlerinin ortak toplantısında seçilmektedir.

Türkiye’de ise 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde karma yöntem uygulanmaktaydı. Ancak 2010 anayasa değişikliğinden önce, 1982 Anayasası ile mahkeme üyelerinin tümünün Cumhurbaşkanı tarafından

⁸⁵² Vesile Sonay Daragenli Evik, “İtalyan Anayasa Mahkemesi”, *2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010) 71.

⁸⁵³ İl Han Özay, “Yasama- Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve İşleyişi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.13, (1996) 33.

⁸⁵⁴ Bkz Belçika Anayasa Mahkemesi Kanunu.

⁸⁵⁵ Aksoy 61; Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi, 59.

seçilmesi benimsenerek atama yöntemine geçilmiştir. Fakat 12 Eylül 2010 tarihli halkoylamasıyla onaylanan 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'yla ilgili düzenleme, büyük ölçüde değiştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Üyelerin Seçimi" başlıklı 7.maddesi, Anayasanın 146. maddesine paralel olarak daha detaylı bir şekilde yeniden düzenlemiştir. Anayasanın ilgili maddesinin yeni şekline göre; Anayasa Mahkemesi üye sayısı on birden on yediye çıkarılmış, yedek üyelik kaldırılmış ve üye seçme yetkisi TBMM'ye ve Cumhurbaşkanına verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin üyelerinin on dördü Cumhurbaşkanı, üçü ise TBMM tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı, on dört üyeden dördünü doğrudan doğruya üst kademe yöneticiler, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçmektedir. Geri kalan on üye ise Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay ve Yüksek Öğretim Kurulu tarafından gösterilen üçer aday arasından seçmektedir. TBMM'nin ise doğrudan üye seçme yetkisi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, iki üyeyi kendisine Sayıştay tarafından gösterilecek üç aday arasından, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçmektedir. Bu bağlamda, münhasıran Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanma sisteminden, 1961 Anayasası döneminde uygulanan Anayasa Mahkemesi üyelerinin "karma yöntem"le seçilmesi sistemine geri döndüğünü söylemek yanlış olmayacaktır⁸⁵⁶.

Giderici denetimin yanı sıra, özellikle önleyici denetim modelinin uygulanabilirliği ve sürekliliği açısından, Mahkeme'nin siyasi baskıdan uzak bir şekilde karar alabilmesine imkan sağlayan karma sistem; atama ve seçim sistemi karşısında, yasama, yürütme ve yargı organlarının işbölümü ve işbirliğine dayandığı için en uygun ve demokratik çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵⁷.

⁸⁵⁶ Türkiye'ye İlişkin Görüşleri, Seçimler Yargı ve Referanduma İlişkin Karar ve Uygulama Kodları, Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu), (Ankara: TBMM Araştırma Merkezi, 2006) 9.

⁸⁵⁷ Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, 111.

B. Önleyici Denetim Açısından Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Belirlenmesi Usulünün Önemi

Anayasa mahkemesi üyelerinin; anayasayı yorumlama yetkisini kurucu iktidarın çizdiği çerçevede kullanabilmesi için, mahkemenin meşruiyetini, itibarını ve sürekliliğini sağlayabilecek bir yöntem doğrultusunda göreve getirilmesi ve benimsenecek yöntemin mahkemenin ve üyelerinin bağımsızlığını güvence altına alacak nitelikte olması gerekmektedir⁸⁵⁸. Mahkeme üyelerinin seçiminde etkin olacak organın ya da yapının kaynağının, üyelerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına doğrudan etki edebilmesi nedeniyle, üye seçimine yönelik benimsenecek yönteme büyük bir önem atfedilmektedir⁸⁵⁹. Çünkü anayasaya uygunluk denetiminde, Anayasa Mahkemesinin, yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığının teminat altına alınması halinde ancak gerçek bir yargı organının varlığından bahsedilebilecektir.

Karşılaştırmalı hukuktaki örneklere bakıldığında, Anayasa Mahkemelerinin kurumsal yapısı, üyelerin statüleri ve üye seçim usulüne ilişkin olarak farklı düzenlemelerin kabul edildiği görülmektedir. Hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının teminat altına alınmasını ve mahkemelerin demokratik meşruiyetinin korunmasını amaçlayan üye seçim sistemleri, birbirlerinden farklı avantajlara ve dezavantajlara sahiptir. Bu nedenle de, ülkeler tarafından benimsenen bu farklı sistemler eleştiriye açıktır.

Anayasa mahkemesi üyelerinin atama usulü doğrultusunda belirlenmiş kişilerin takdiriyle göreve getirilmesi, hem üyenin hem de alacağı kararların tarafsızlığını ve bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Atama usulüne alternatif bir yol olarak kabul edilen seçim usulünün de olumlu tarafları olduğu gibi olumsuz taraflarının da bulunduğu ileri sürülmektedir. Seçim usulünün olumlu tarafı; yasama organı tarafından yapılacak seçimlerde hem anayasa

⁸⁵⁸ Favoreu, “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, 571. Kemal Başlar, “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, <http://www.anayasa.gen.tr/baslar.htm> (Erişim Tarihi: 15.05.2016) 19.

⁸⁵⁹ Kemal Başlar, “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, 20.

mahkemelerinin demokratik meşruiyetinin⁸⁶⁰ sağlanması, hem de almış oldukları kararların daha rahat benimsenmesini mümkün kılmasıdır. Bu usulün olumsuz tarafı ise, yasama organını oluşturan partilerin kendi düşüncelerine yakın kişileri seçme olasılığı göz önünde bulundurulduğunda, “ideolojik bir ittifakın” sağlanarak, anayasa mahkemesi üyelerinin tekrar seçilebilmek için siyasi partilere yakın bir tavır sergileme ihtimalinin yüksek olmasıdır. Bunun örnekleri Almanya, Fransa, İtalya, İspanya ve Portekiz’de görülmüştür⁸⁶¹. Olası olumsuzlukları ortadan kaldırmaya elverişli olabilecek önlemlerden biri, özellikle parlamento tarafından seçilecek üyeler için “nitelikli çoğunluk” aranmasıdır. Nitelikli çoğunlukla birlikte, anayasa mahkemesine seçilecek hakimlerin görev süresinin, parlamentonun görev süresinden daha uzun olacak şekilde düzenlenmesi, mahkeme üyelerinin farklı hükümetler ve farklı parlamento çoğunlukları ile görevlerini icra etmelerine sebep olacağından, yargının üstünlüğünün ön plana çıkararak, hukuk devleti ilkesi altında yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı da teminat altına alınmasını sağlayacaktır⁸⁶². Atama ve seçim usulünün güçlü savunucularından biri olan Favoreu’nun de ifade ettiği üzere, “*anayasa mahkemesi üyelerinin siyasal nedenlerle siyasal otoritelerce seçilmesi/atanması yöntemi anayasa yargılaması sistemleri için bir eksiklik değil bilakis, kalite ve gerekliliktir*”⁸⁶³. Bu görüşe paralel olarak bir diğer görüşte, mahkeme üyelerinin atama veya seçim usulü benimsenerek yasama veya yürütme organları tarafından belirlenmesinin; halkın iradesinin, temsil kabiliyetini taşıyan kurumlar aracılığıyla, demokrasinin gereklerini yargıya yansıtma üzere kullanılan bir araç olduğu ifade edilmektedir⁸⁶⁴. Bu çerçevede anayasa mahkemesi üye seçimine ilişkin olarak tercih edilen usullere bakıldığında, aday gösterme yetkisi ve usulünün, “atama” yetkisinden daha önemli bir yetki olduğu karşımıza çıkmaktadır. Çünkü çoğu zaman, atama yapan makam, gösterilen adayların sayısını ve sırasını

⁸⁶⁰ Kaboğlu, Anayasa Yargısı, 34; Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, 110.

⁸⁶¹ Nuno Garoupa, “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”, *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, July (2010) 26; Gönenç, Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı, 24.

⁸⁶² Gönenç, Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı, 117.

⁸⁶³ Favoreu, “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, 573.

⁸⁶⁴ Anayurt 120; Kemal Gözler, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, *AÜSBFD*, C. 61, S.3, (2006) 141.

değiştirmemekte ve anayasa mahkemesi üyeleri, aday gösteren makam tarafından belirlenmektedir⁸⁶⁵.

Dünya genelindeki uygulamalara bakıldığında anayasa mahkemesi üye seçimi için benimsenen yöntemin, karma sistem olduğu görülmektedir. Türkiye’de 1961 Anayasasında yer verilen ve 2010 değişikliğiyle yeniden benimsenen karma sistem, Cumhurbaşkanı ve TBMM tarafından seçilecek üyelerin siyasal ve anayasal sistem üzerindeki olası etki ve sonuçları bakımından birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Mevcut düzenleme ile Anayasa Mahkemesi üyeleri Cumhurbaşkanı tarafından yüksek mahkemelerin gösterdikleri adaylar arasından seçilecektir. Tarafsız cumhurbaşkanının seçeceği üyelerin, anayasa mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından faydalı olduğu düşünülse de, halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanının “tarafsız” kimliğini korumasının mümkün olmadığı hallerde, bu durumun, Anayasa Mahkemesinin oluşumunda yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına gölge düşüreceği açıktır.

Bunun yanı sıra, Cumhurbaşkanının seçeceği on dört üyeye karşılık TBMM’ye sadece üç üye seçme imkanının tanınmış olması, karma sisteminin tercih amacına uygun düşmemektedir. Sınırsız yetkinin demokratik düzenle bağdaşmaması nedeniyle, özellikle üyeleri belirleme sürecinde de erklerin yetkilerinin ölçülü olması gerekmektedir. Bu doğrultuda, demokratik yöntemlerle seçilen parlamentoların yaptıkları düzenlemelerin, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmeye elverişli, etkin ve bağımsız bir anayasal denetime tabi tutulabilmesi ve anayasaya uygunluk bakımından yapılan bu değerlendirmenin kabul edilebilir ve uygulanabilir olması, anayasa mahkemelerinin de “demokratik meşruiyete”⁸⁶⁶ sahip olmalarını gerektirmektedir⁸⁶⁷. Bu gereklilik ise

⁸⁶⁵ Gönenç, *Siyasi İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı*, 110.

⁸⁶⁶ Favoreu, “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, 572; Leszek Lech Garlicki, “La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens/ développements récents”, *Revue Française Droit Constitutionnel*, No: 78, Avril (2009) 231; Cappelletti, “Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle”, 640-641; Nur Uluşahin, “Anayasa Yargısının Meşruluğu”: R Dworkin Karşısında J. Waldron”, *Aydınlanma ve Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, (İstanbul: Osmanlı Bank. Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, 2008) 106-116; Atar 97-98.

⁸⁶⁷ Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, 264; Gönenç, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, 26.

mahkemeye duyulan güven⁸⁶⁸ ile üyelerin tüm erkler tarafından belirleniyor olmasıyla paralellik göstermektedir. Bu doğrultuda her bir erk tarafından seçilecek üye sayısının da birbirine yakın hatta eşit olması daha uygun olacaktır.

Bu çerçevede, Mahkemenin çoğulcu yapısı ve meşruiyeti arasında doğrudan bir ilişki olduğundan, mahkemenin oluşumunda çoğulcu bir yapının sağlanmasına ilişkin olarak ne kadar özen gösterilirse, mahkemenin demokratik meşruiyetinin de o ölçüde sağlanacağı ifade edilmektedir⁸⁶⁹. Bu doğrultuda tek bir düşüncenin, baskın bir ideolojinin ve görüşün hakim olduğu bir anayasa mahkemesi çoğulculuğu ve demokrasiyi teminat altına alma temeline dayanan kendi varlık nedeniyle de örtüşmeyeceğinden, anayasa mahkemesinin meşruiyetinin sağlanması için farklı kesimlerin, eğilimlerin ve düşüncelerin yansıtılabildiği bir mahkeme kompozisyonunun gerekliliğinin önemi göz ardı edilmemelidir⁸⁷⁰. Aksi takdirde, aynı ideolojiye sahip kişilerin devlet erklerini kullanma yetkisine sahip olması mümkün olacağından, demokrasinin olumsuz yönde etkilenmesi olası bir hale gelecektir. Bu doğrultuda, çoğulcu yapının korunması ve temsili amacıyla TBMM'ye üye seçme yetkisinin tanınmış olması her ne kadar isabetli olsa da, seçeceği üyelerin Sayıştay ve avukatlar tarafından belirlenecek olması, Cumhurbaşkanına tanınan seçme yetkisi karşısında yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla benimsenen karma sistemin doğru olduğu fakat seçim usulünün ve oranının tekrar gözden geçirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz⁸⁷¹.

Sonuç olarak, anayasa mahkemesine üye seçme sürecinde önemli olan; yargının, yürütme ve yasama organları karşısındaki bağımsızlığının her halükarda teminat altına alacak bir usulün benimsenmesidir. Bu doğrultuda benimsenen usulden bu amaca hizmet etmesi beklenebilecektir. Ancak bu koşullar çerçevesinde gerçekleştirilecek yargılamalar neticesinde, hukuk devleti kuvvetlenecek ve koruduğu esasları temellendirecek kararlar çıkacaktır. Demokrasinin gereği olan siyasi iktidarın el değiştirmesi gerekliliği, her değişen iktidarla birlikte, kalıcılığı ve sürekliliği sayesinde bir teminat niteliği

⁸⁶⁸ Favoreu, “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, 574-575; Kanadoğlu, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, 71.

⁸⁶⁹ Anayurt 125.

⁸⁷⁰ Favoreu, “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, 576.

⁸⁷¹ TBB'nin hazırladığı Anayasa Taslağı'nın 159.maddesinde, TBMM'nin seçeceği üye sayısı dört, Cumhurbaşkanının seçeceği üye iki ile sınırlandırılmış, geriye kalan on iki üyenin seçimi ise yargı organlarına bırakılmıştır.

kazanabilecek yargıya yansıdığında, yargının siyasallaşmasının önüne geçilemeyecektir. Bunu önlemek anayasa koyucunun görevidir.

Önleyici denetim önerilerine karşı ileri sürülen çekincelerin başında, bu denetimin siyasi bir denetim niteliğinde olduğu ve muhalefetin bu yolu, yasama faaliyetlerini engelleme aracı olarak kullanabileceği çekincesi gelmektedir. Özellikle, önleyici denetimin “siyasi nitelikte bir denetim” olduğuna ilişkin eleştirileri bertaraf edecek formül, önleyici denetimin uygulanacağı hukuki işlemlerin ve önleyici denetim yoluna başvurulabilecek kişilerin belirlenmesinin yanı sıra, bu denetimi yapacak mahkeme üyelerinin niteliği ve seçilme usullerine ilişkin hususları da içermelidir. Önleyici denetimi yapacak mahkeme üyelerinin belirlenmesinde yasama, yürütme ve yargıya eşit üye belirleme yetkisinin tanınarak, iradelerini yansıtabilme imkanı verilmesi, hem farklı görüşlerde olan kesimlerin verilen kararlara güvenini sağlayacak hem de önleyici denetimin “anayasaya uygunluk bakımından denetim” şeklinde sınırlandırılmasına imkan verecektir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde benimsenen karma sistemin, önleyici denetim açısından ileri sürülen “siyasi” nitelikli bir denetim eleştirilerine karşı bir cevap ve denetimin uygulanabilirliği ve sürekliliğinin sağlanması adına da bir güvence olacağını düşünmekteyiz.

SONUÇ

Ülke içerisindeki gerçek ve tüzel kişilerin iradelerinin üstünde yer alan, yetkileri ve yasakları belirlemek suretiyle devleti yönetme yetkisini haiz üstün bir otorite olarak nitelendirilen siyasi iktidar, toplumun içinden doğarak iktidarı aktif bir şekilde kullanmaya başlayan makro bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu makro gücün, zaman içerisinde bir baskı aracına dönüşerek topluma karşı kötüye kullanılması, sınırlandırılmasına yönelik türlü arayışları da beraberinde getirmiştir.

Siyasi iktidarın tasarruflarının, bireylere ve onların haklarına yönelik olası tüm ihlallerinin önüne geçilebilmesi adına sınırlandırılması ve toplumun temel yapı taşı olan bireye merkezi bir konumda yer verilmesine ilişkin düşüncelerin kökleri İlkçağ'a kadar uzanmaktadır. İlkçağ'a hakim olan “yasaya bağlı yönetim” ve Platon’un tohumlarını attığı “siyasi iktidarın iktidarla sınırlandırılması” düşüncesi, Aristoteles tarafından toplum yönetimine ilişkin öngörülmuş “Anayasa” (politeia) kavramıyla pekiştirilmiştir. Bu doğrultuda Anayasa; “bir devlette görevlerin dağılımını, egemenliğin kimin elinde olduğunu belirleyen ve toplumun gerçekleştirmeyi amaçladığı nihai hedefler” olarak tanımlanmıştır. Yunan devlet yapısındaki organlardan yola çıkılarak her devlette üç temel fonksiyonun var olduğu kabul edilmiş, her bir organda yer alması öngörülen sınıfların ifadesi olan “kuvvet”, toplumda yer alan güçlerin dengesini esas alan bir teoriye dayandırılmış ve kuvvetler arasındaki ilişkilerin farklı şekillerde düzenlendiği hususu üzerinde durulmuştur. Aristoteles ile başlayan bu teori Batı düşüncesinde bilindiği şekliyle “karma yönetim” olarak Polybios tarafından kavramsallaştırılmıştır. Karma yönetim teorisi, siyasi iktidarın sadece belli bir kişi, grup veya sınıfın elinde bulunması halinde kötüye kullanılma olasılığına karşılık toplumdaki diğer grup veya sınıflara iktidarın kullanımında söz hakkı tanınmasıyla, grup veya sınıflar arasında dengeleyici bir gücün sağlanmasına dayanmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesine kaynaklık eden “karma yönetim” kavramı, Antik Yunan’da Platon ve özellikle Aristoteles tarafından, Antik Roma’da ise Polybios tarafından “en iyi yönetim hangisidir?” sorusuna cevap aranmak üzere Roma Cumhuriyeti’nin kurumları esas alınarak geliştirilmiştir. Böylece, “sosyal denge” düşüncesinden “kurumsal denge”

düşüncesine geçişin alt yapısı hazırlanarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin temeli oluşturulmuştur.

Antikçağ ile başlayan siyasal iktidarı sınırlandırma çabaları ve buna yönelik arayışlar Ortaçağ ve Aydınlanma döneminde de etkilerini sürdürmüş ve birçok düşünürün çalışmasına konu olmuştur. Ortaçağ'da, bu döneme hakim olan feodaliteye dayalı toplumun, parlamentonun üstünlüğü fikrinin doğmasında ve gelişiminde önemli bir yere sahip olduğu görülmektedir. Bu fikirlerin hepsi Aydınlanma çağıyla beraber dünyevi iktidar - uhrevi iktidar tartışmalarına son vererek ekonomik, sosyal ve siyasi anlamda dünyevi iktidarının önemini ve devamlılığını sağlamıştır. Böylece siyasi iktidarı sınırlandırma arayışları da farklı yöntemlerin ve araçların kullanılmasına yönelik olarak atılacak adımların başlangıcını oluşturmuştur. Bu doğrultuda iktidarların sınırlandırılmasına ilişkin araçlardan biri olan kuvvetler ayrılığının felsefi temelini oluşmasında John Locke'un önemli bir etkisi olmuştur. Locke, o döneme kadar ileri sürülen düşüncelerden farklı olarak, kuvvetler ayrılığı ilkesini sınıf temeline dayandırmayıp, gücün kötüye kullanılmasının önüne nasıl geçileceği sorusunu esas alan ilk düşünürdür. Locke'un düşüncelerinden hareket eden Montesquieu ise, iktidarın sınırlandırılarak, devlet altında yapılanan siyasi iktidarın farklı organlar arasında bölüştürülerek kullanılmasını öngören "kuvvetler ayrılığı" ilkesini bugünkü anlamına en yakın şekilde ifade ve tasnif eden düşünür olmuştur.

Bu düşüncelerin yansımasıyla, 15. yüzyıldan 18. yüzyılın sonlarına uzanan dönemde Batı'da yaşanan büyük toplumsal dönüşümle birlikte sınırlı ve bölünmüş iktidar düşüncesinin hakimiyeti sonucunda anayasacılık hareketleri başlamış ve sonucunda anayasalar biçimlenmiştir. Amerikan ve Fransız Devrimleri neticesinde gelişen yazılı anayasa düşüncesi ise anayasacılık hareketlerinin de bir sonucu olarak modern anayasacılığın temelini oluşturmuştur. Böylece bireye anayasa ile bir koruma sağlanırken, iktidarı sınırlandırmaya yönelik tüm arayışlar ve girişimler anayasacılık hareketlerinin çatısı altında birer aşamayı ifade etmeye başlamıştır. Anayasacılık hareketlerinin temelinde egemenliğin nasıl ve kim tarafından kullanılacağı soruları yatmaktadır. Oluşan devlet yapılanmalarında asıl egemenin halk olduğunun kabul edilmesi ve bu egemenliğin mutlak ve devredilemez nitelikte olduğunun benimsenmesi,

devlet yönetiminin meşruiyetinin demokrasiden kaynaklandığı düşüncesinin kabulünü gerektirmiştir.

İktidarın hukukla uyumlu ve hukukla sınırlı olarak kullanıldığı ve uygulandığı bir siyasi rejim olan demokrasiye ilişkin olarak üzerinde durulması gereken husus; daima kamu çıkarına yönelen çoğunluk iradesini esas alan, çoğunluğa dayalı bir demokrasi anlayışını benimsemiş bir yönetimde, çoğunluğun dışında kalan kesimlerin nasıl korunacağı ve bu kesime yönelik olası ihlallere ilişkin tedbirlerin nasıl uygulanacağıdır. Sınırsız bir çoğunluk iktidarının belli bir aşamadan sonra keyfiyete dayalı bir yönetim benimseme ihtimalinin yüksek olduğu düşünüldüğünde, ideal demokrasi anlayışına ancak “çoğunluğun sınırlı egemenliği” ile ulaşılabileceği sonucuna varılması kaçınılmazdır. Bu doğrultuda, temsili demokrasinin, yönetenlerin otoritesi ile yönetilenlerin özgürlükleri arasında denge sağlayan bir siyasi rejim olduğu gözetildiğinde, öngörülecek tüm anayasal tedbir ve kurumların, çoğunluğun dışında kalanların da sistem içerisine dahil edilmesine imkan veren “çoğulcu demokrasi” anlayışını pekiştirecek şekilde işlevselleştirilmesi gerekmektedir. Çağdaş batı demokrasisinin dünya genelinde bugün geldiği nokta, özellikle II. Dünya Savaşından önce yaşanmış tecrübelerden çıkarılan dersler doğrultusunda, çoğulcu yaklaşımın kabul edildiği bir demokratik sistem olmuştur. Benimsen çoğulcu demokrasi anlayışının anayasayla kurumsallaştırılmasıyla birlikte hukukun üstünlüğü ön plana çıkmış ve bu üstünlüğe dayanan hukuk devleti anlayışı da bu sürecin sonuçlarından biri olmuştur.

Tüm bu verilerin ışığında, siyasi iktidarın sınırlandırılması için ortaya çıkan çoğulcu demokrasi anlayışına dayanan siyasi rejimler ile bu rejimlerin başvurduğu araçlar bir bütünün alt unsurlarını oluşturmuştur. Tüm bu alt unsurlar, Anayasaların yazılı hale getirilmesi sonucunda; devlet gücünün kullanımında, bu gücün farklı devlet organları arasında işlevlerine göre ayrıştırılarak dağıtılması ve organların sorumlulukları ve konumuna ilişkin “kuvvetler ayrılığı” ilkesinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu ilkeye, yazılı anayasa akımı ile birlikte özgürlükçü demokratik rejimler oluşturmaya çalışan birçok toplumun anayasasında yer verilmiştir. Bu ilkenin benimsenmesi sonucunda ayrılan kuvvetlerin hukukun üstünlüğünü benimseyerek faaliyetlerini ve düzenlemelerini hukuk kurallarına bağlı olarak gerçekleştirilmesine yönelik olarak

“hukuk devleti” ilkesinin gerekliliği ortaya çıkmıştır. Benimsenen bu yönetim biçiminin işlevselliğinin ve siyasi iktidarın demokratik bir anayasayla ve hukuk kurallarıyla sınırlı ve bağlı olması gerekliliğinin yerine getirilip getirilmediğine yönelik başvurulacak yol ise yargı denetimi olmuştur. Bu doğrultuda hukuk düzenini oluşturan hukuk kurallarının hiyerarşik yapılanmasına özgülenmiş “normlar hiyerarşisi”; bu hiyerarşinin temel dayanağını oluşturan anayasanın en üst norm olarak kabul edilmesini ilkeselleştiren “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ve tüm bunların işlevselliğini sağlamak ve aykırı düzenlemeler ile ihlallerin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak “anayasa uygunluk denetimi”, siyasi iktidarın sınırlandırılmasında başvuru olan başlıca araçlardan olmuştur.

Çalışmamız bakımından önemi nedeniyle üzerinde detaylı bir şekilde durulan ve farklı gelişim çizgilerine sahip olmakla birlikte, yazılı ve sert anayasaların ortaya çıkıp yaygınlaşmaya başlamasının bir sonucu olarak demokratik düzenin meşru bir aracı olarak başvuru olan anayasa yargısı sistemi, bugün dünyanın genelinde hukuk devleti ilkesinin tamamlayıcısı ve temel hak ve özgürlüklerin teminatı olarak kabul görmektedir. Dünyada anayasaya uygunluk bakımından bir denetim sisteminin benimsenmesinde fikir birliği olsa da, uygulamada farklı denetim yolları ve denetim yerlerinin benimsendiği görülmektedir. Bu bakış açısından hareketle, anayasaya uygunluk denetiminin; hukuk devleti ilkelerini temel alarak anayasanın üstünlüğüne öncelik verdiğini, öncelikli olarak siyasi bir denetim şeklinde tezahür ettiğini, fakat sonrasında yargısal bir denetim biçimine dönüştüğünü belirtmek yanlış olmayacaktır. Anayasaya uygunluk denetiminin siyasi makamlarca yapılmasını öngören siyasi denetim sisteminde bu mekanizma; yasama organının içerisinde yer alan komisyonlar tarafından yapılan denetim, çift meclis yapılanmasını esas alan parlamento ve devlet başkanının kullanacağı geri gönderme veya veto yetkisi şeklinde etkinleştirilmeye çalışılmıştır. Ancak bu sistem, yasama organının hem düzenleyen hem de denetleyen konumunda olması, siyasi tercihlerinin etkisinde kalabilme ihtimalinin yüksek olması ve bu şekilde iktidarın sınırlandırılmasının mümkün olmayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu nedenle bu eleştiriye çözüm olarak denetim yetkisinin; adaleti sağlamak üzere bağımsız ve tarafsız bir yargı organına verilmesinin daha uygun olacağı düşünölmüştür. Yargı denetiminin bir araç olarak görölmesinde, İngiliz siyasi kültürünün ve modern anayasacılığın,

iktidarın sınırlandırılması bakımından çok önemli bir payı vardır. Anayasaların yazılı hale gelerek pozitif hukukun birer parçası halini almaları ve devlet kudretinin sınırlandırılması düşüncesi doğrultusunda yasama yetkisinin sınırlı bir yetki olarak kabul edilmesi, yasama ve yürütme erklerinden bağımsızlaştırılmış bir yargı erkinin önemini ortaya çıkarmıştır. Böylece öngörülen bu yargı organı, bir yandan yasama ve yürütme karşısında bir denge aracı olarak kuvvetler ayrılığı ilkesini korurken, diğer yandan yapacağı anayasaya uygunluk denetimi ile hukukun ve anayasanın üstünlüğünü sağlayarak siyasal iktidarı sınırlandıracak ve hukuk devletinin de teminatı olacaktır. Bugün uygulamaya bakıldığında siyasi denetim mekanizmalarından tam anlamıyla vazgeçilmediği ve bu mekanizmalara başvurulmaya devam edildiği görülmektedir. Ancak altı çizilmesi gereken husus, Anayasaya uygunluk denetiminin siyasi organlarca yapılacak denetimin yanı sıra yargı organları tarafından da gerçekleştirilmesinin benimsenmesi gereğidir; zira yargı organları tarafından yapılan denetimin, yasama ve yürütme organları tarafından yapılacak siyasi denetimden daha etkin bir yol olduğu görülmüştür.

Bu doğrultuda anayasaya uygunluk denetiminin yargı makamları tarafından gerçekleştirilmesi açısından alınmış iki önemli karar bu yolun ilk basamaklarını oluşturmuştur. Dr. Bonham kararı, yasama organının işlemlerinin anayasaya aykırı olamayacağını ve buna yönelik olarak yapılan denetimde üstün hukuk ilkelerine dayanılarak verilen yargı kararlarının önceliğinin olduğunu vurgulamıştır. Marbury Madison davasında ise, özel bir düzenlemeye gerek olmaksızın, derecesi ne olursa olsun bütün mahkemeler açısından kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin yalnız bir hak değil, aynı zamanda bir görev olduğu vurgulanmış ve anayasanın yasama organının alelade işlemlerinden üstün olduğu ilkesi esas alınarak, kanunla anayasanın çatışması halinde somut olayın kanunda yer alan norma göre değil, anayasada yer alan norma göre sonuçlandırılmasının gerekli olduğuna karar verilmiştir. Bu kararlarla sisteme konulan basamaklar uzun bir yolun başlangıcını oluşturmuştur.

Anayasaya uygunluk denetiminin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak ise iki sistem kullanılmaktadır. Anayasaya uygunluk denetimini benimsemiş ülkelerde genel olarak, hukuki işlemlerin yürürlüğe girmesinden sonra denetim için

başvurulmasını öngören giderici denetim usulü uygulanmaktadır. Önleyici denetim ise, yasaların parlamento tarafından kabulünden sonra, fakat devlet başkanı tarafından imzalanarak Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmesinden önceki aşamada başvuru bir sistemdir. Bu denetim usulünde, anayasaya uygunluk denetimine ilişkin başvuru, yasanın veya denetime tabi diğer hukuk normlarının yürürlüğe girmesinden önce yapılmaktadır.

Anayasaya uygunluk bakımından önleyici denetim, hukuki işlemlerinin geneline ilişkin olarak sadece Fransa’da uygulanmaktadır. Fransız hukukunda öngörülen önleyici denetim içtüzük ve organik kanunlar bakımından mecburi nitelikte olup, diğer hukuki işlemler bakımından ise ihtiyari niteliktedir. Anayasa Konseyi tarafından gerçekleştirilen bu denetim, ilk baştaki uygulamaları açısından siyasi denetim şeklinde olduğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve hukuki işlemlerin yürürlüğe girmesiyle doğuracağı etkilerin ve sonuçların neler olacağını bu hukuki işlemler yürürlüğe girmeden önce tam anlamıyla öngörülemez olacak olması sebebiyle etkisiz bulunmuştur. Ancak, Anayasa Konseyinin Dernek Özgürlüğüne ilişkin vermiş olduğu tarihi kararla birlikte Anayasa Konseyi anayasanın uygulanması ve yorumuna ilişkin denetim yetkisinin önemini vurgulamış ve doktrinde yapılan önleyici denetiminin siyasi nitelikte bir denetim olduğu eleştirilerine son noktayı koymuştur.

Kıta Avrupası ülkelerinde önleyici denetim uygulamaları görülmekle beraber, uygulandığı hukuki işlemler bakımından farklılık göstermektedir. Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerle bakıldığında her türlü hukuki işlem bakımından önleyici denetim modelini uygulayan Fransa’nın yanı sıra, diğer ülkeler bakımından da bu yolun işletilebilmesi için farklı kıstaslar benimsenmiştir.

Daha çok kanunlar ve uluslararası antlaşmalar bakımından geniş bir uygulaması olan önleyici denetim, özellikle uluslararası ilişkilerin getirmiş olduğu yükümlülük ve sorumluluklar nedeniyle anayasalarda ayrı bir düzenleme şeklinde yer almaktadır. Bazı ülkelerin anayasal sistemlerinde, uluslararası antlaşmaların esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetimi açık bir düzenleme ile tanındığı için, uluslararası antlaşmanın anayasaya aykırı bir hüküm içerdiğinin tespiti halinde, antlaşmanın ancak anayasanın değiştirilmesi halinde onaylanabileceği düzenlenmiştir. Bazı ülkeler ise, uluslararası

antlaşmaların doğrudan denetimini tanımamıştır. Bu doğrultuda, uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanunları önleyici denetime konu edilerek, uluslararası antlaşmaların esas bakımından denetimi için dolaylı bir yargılama usulünün benimsendiğini görülmektedir.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabulüyle ön plana çıkan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar devletlerin anayasalarında ayrı bir maddeyle düzenlenmiş, kanun ve antlaşma hükmünün çatışması halinde antlaşma hükmüne öncelik tanınmıştır. Dolayısıyla, uluslararası antlaşmaların iç hukuka etkisi ve normlar hiyerarşisinde ayrı bir yere sahip olması, bu antlaşmalar bakımından önleyici denetim yapılması gerekliliğini ön plana çıkarmıştır. Böylece iç hukuka birebir etkisi olabilecek ve uluslararası platformda doğrudan sorumluluk yaratacak bu antlaşmaların anayasaya aykırılığı halinde gerekli değişikliklerin yapılması sağlanarak, yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya aykırılık gerekçesiyle herhangi bir itirazda bulunulması en baştan önlenmektedir.

Türkiye açısından bakıldığında ise anayasaya uygunluk denetiminde izlenecek yola ilişkin olarak 1961 Anayasası ile farklı araçlara başvurulduğu görülmektedir. 1961 Anayasası ile çift meclis sistemiyle yapılması öngörülen siyasi denetimin yetersizliği ve etkisizliği dikkate alınarak, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını sağlamak için ihtiyaç duyulan yargı makamı, Anayasa Mahkemesi şeklinde merkezileştirilerek Türk hukuk sistemine dahil edilmiştir. Anayasa tasarılarının hazırlanması esnasında önleyici denetim birçok kez tartışılmış olsa da pozitif bir norm haline gelememiştir. Bu denetimin gerekliliğine ve duyulan ihtiyaca hazırlanan tasarı maddelerinin gerekçelerinde yer verilmiş olmakla birlikte, bu denetim şekli şimdiye dek kabul görmemiştir.

Önleyici denetime anayasa yargısı sistemi içerisinde yer verilmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi, kendisine Anayasada ve Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nda esas ve şekil denetimi açısından getirilen kısıtlamaları, önüne gelen somut olaylarda farklı yorumlamıştır. Bu farklı yorumlar ise belirli zaman aralıklarıyla yapılan başvuruların konuları birbirleriyle benzer içeriklere sahip olmasına rağmen içtihat değişikliğine sebep olmuştur. Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında yapılan başvurulara konu olan yasama işlemlerine ilişkin denetim neticesinde, ilgili

düzenlemenin iptaline karar verilen bazı durumlarda mahkeme, kararların geriye yürümezliği ilkesi çerçevesinde hukukun genel ilkeleri arasında da yer verilen kazanılmış hak kavramına yer vermiştir. Bu doğrultuda, yapılan başvurulara ilişkin olarak Mahkeme tarafından verilen iptal kararıyla, aynı statüde olan bireyler arasında farklılık yaratılmış ve bu farklılık bugün hala tanımında fikir birliği olmayan “kazanılmış hak” kavramıyla gerekçelendirilmiştir.

Eşitlik ilkesinin de benimsendiği hukuk devletinde, yasama organının yaptığı düzenlemenin anayasaya aykırı bulunması neticesinde elde edilen bir hakkın kazanılmış hak olarak nitelendirilmesi anayasanın üstünlüğü ilkesine gölge düşürmektedir. Kazanılmış hakkı ortaya çıkaran unsurların belirlenerek kavramsallaştırılması her somut olay açısından farklı bir değerlendirme gerektirdiği için, bu durum hukuki güvenlik ilkesinin alt unsurlarından olan belirlilik ve öngörülebilirlik bakımından sorun oluşturmaktadır. Zira hukuk güvenliği devletin hukuku yaratma ve uygulama gücünün hem sınırının hem de meşruiyetinin temeli olup aynı zamanda devletin de bu kurallarla bağlılığını gerektirmektedir. Bu doğrultuda Mahkeme, zaman içerisinde ortaya çıkan bu sakıncanın ve ikilemin ortadan kaldırılması için yetkisi kapsamında bulunmayan “yürürlüğü durdurma” kurumunu içtihat ile kabul ederek, kendince tedbir niteliğinde bir ön aşama oluşturmuştur. Burada bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir; Anayasa Mahkemesine açılan iptal davalarında, talep edilen yürürlüğün durdurulması kararının Mahkemece alındığı ancak Mahkeme tarafından ilgili başvuruya konu olan düzenlemenin iptaline karar verilmediği durumlarda ya da tam tersi ihtimalin gerçekleşmesi halinde, oluşacak boşluğun hukuk düzeni ve hukuk güvenliği açısından yaratacağı olası dezavantajlarının olacağı açıktır.

Temelinde çoğunluğun iradesini yansıtan yasama organı düzenlemelerinin anayasaya uygunluğunu inceleme imkanı veren anayasa yargısının ve öngörülen denetimin iyi işleyebilmesi ve Anayasa Mahkemesine yöneltilen eleştirilerin ortadan kaldırılabilmesi, Mahkemenin görev alanının tanımlanarak, fonksiyonlarının belirlenmesine bağlıdır. Bu konuda gereken yapıldığı takdirde, Anayasa Mahkemesinin yasama organının düzenlemeleri açısından yerindelik denetimi yapması engellenecek ve kuvvetler ayrılığı ilkesi pekiştirilecektir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin içtihat

yoluyla oluşturduğu yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin bugünkü anayasal mevzuatımıza uygun bir hale getirilebilmesinin yolu, Anayasa veya Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda bu konuya ilişkin bir düzenlemenin yapılmasıdır. Bu doğrultuda, yürürlüğün durdurulmasının bir tedbir niteliğinde olması sebebiyle büyük bir özenle ve istisnai olarak kullanımı esası benimsenmelidir. Tüm bu önerilerin hayata geçirildiği varsayıldığında bile, yürürlüğün durdurulması kararıyla, yürürlüğe girdiği andan yürürlüğü durdurma kararı alındığı ana kadar ilgili düzenlemeden hak sahibi olanların durumuna ilişkin olarak yine bir yol kat edilememiş olduğundan, yasama organının işlemlerine yönelik önleyici denetime olan ihtiyaç burada da ortaya çıkmaktadır.

Önleyici denetimin anayasaya uygunluk denetimine dahil edilmesiyle birlikte, kanunlar ve diğer hukuki işlemlerin denetimi yürürlüğe girmeden yapılacağı için, olası anayasaya aykırılıklar önceden ortadan kaldırılacaktır. Özellikle Anayasa Mahkemesinin yine içtihat yoluyla kendisini yetkili görerek eylemli içtüzük niteliğinde değerlendirdiği parlamento kararları da esas alındığında, içtüzüklere ilişkin önleyici denetime yer verilmesi, bu denetime meşruiyet kazandıracaktır. Bunun yanı sıra uluslararası antlaşmaları uygun bulma kanununa yönelik yapılan denetime ilişkin olarak karşılaştırmalı hukukta, uygun bulma kanunuyla beraber uluslararası antlaşmaların da iç hukuka uygunluğu denetlenmektedir. Uluslararası sorumlulukların tam anlamıyla yerine getirilebilmesi ve devamlılığın sorunsuz bir şekilde sağlanabilmesi adına, anayasa tasarılarında belirtildiği ve doktrininde sıklıkla üzerinde durulduğu gibi uluslararası antlaşmalar ve/veya uygun bulma kanunları için önleyici denetim uygulamasının getirilmeside isabetli olacaktır. Anayasa değişikliklerine ilişkin belirlenen şekil denetimi kıstasıyla kendini bağlı görmeyen Anayasa Mahkemesi, farklı yorum yöntemlerini kullanarak esas açısından denetimi şekil bakımından denetim üzerinden hareket ederek yapmaktadır. Keza anayasayada değişiklik yapan kanunların referanduma sunulma sürecinde, Anayasa Mahkemesi, referanduma sunulan değişiklik önerisinin anayasaya uygunluk denetiminde kendini yetkili görmüştür. Böylece, anayasa değişikliklerine ilişkin, dolaylı olarak bir tür önleyici denetim yapmıştır. Dolayısıyla bu denetimin açık bir hükümlerle tanınması daha uygun olacaktır.

Bu çerçevede önleyici denetimin uygulanmasına yönelik bir takım eleştiriler de bulunmaktadır. Bu eleştirilerden ilki, yasama organı tarafından hazırlanan düzenlemelerin yürürlüğe girmeden doğuracağı sonuçların tam olarak bilinemeyeceği ve bu nedenle önleyici denetimin işlevsiz olacağı yönündedir. Oysa, Anayasa Mahkemesinin yapacağı ön denetim neticesinde yasama organının işlemlerini daha özenli yapması sağlanabileceği gibi, yürürlüğe girdikten sonra ileri sürülebilecek anayasaya aykırılık iddiaları ise, hâlihazırda kullanılmakta olan giderici denetimle tekrar Mahkeme önüne getirilebilecektir. Böylece giderici denetim ile birlikte uygulanacak önleyici denetimin anayasa aykırılıklarını minimuma indirgenmesi açısından etkili olacağı söylenebilir.

Önleyici denetime getirilen bir diğer eleştiri ise, anayasaya uygunluk denetimi neticesinde, mahkemelerin anayasaya aykırı normların yürürlükten kaldırılmasına karar vermesi halinde, bu kararın yasama organının iradesinin bir tezahürü olan işlemlere karşı olması sebebiyle yasama organına karşı müdahale olarak nitelendirilmesi ve yargının siyasete dahil olma durumuna ilişkindir. Fakat yargı denetiminin temel amacı; toplumun temel değerlerinin ifadesi olan anayasayı koruyarak, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek adına çoğunluk iradesini sınırlandırıp bu sayede azınlığın haklarını da güvence altına almaktadır. Bu işlevlerden yoksun ve sınırlandırılmış bir yargı, çoğunluk iradesinin ve iktidarın kuvvetlendirilmesi dışında herhangi bir amaca hizmet edemeyecektir. Anayasaya uygunluk denetiminin temel amacı, bireyin hak ve özgürlükleri ile hukuk düzeninin korunması olduğundan, belirlenen esaslar dikkate alınarak yapılacak bir önleyici denetimle kuvvetlerin birbirine müdahale edeceği yönündeki eleştiriler anlamsız kalacaktır. Elinde anayasayı yorumlama gibi oldukça önemli bir gücü tutan Anayasa Mahkemesinin üzerine düşen görev, anayasayı hak temelli yorum yöntemini kullanarak yorumlamak suretiyle, kendi kendini sınırlamak (judicial self-restraint) ve kuvvetler ayrılığına zarar vermemek olmalıdır.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi yasama yetkisinin anayasa kurallarıyla sınırlı olarak kullanımını gerektirdiğinden, anayasa yargısı, yasamanın bu yetkisine karşılık anayasal denge aracı olarak getirilmiştir. Bu bakış açısıyla önerilen önleyici denetim modelinin nasıl ve kimler tarafından uygulanacağı hususu, alınan kararların meşruiyeti bakımından,

esasinda mevcut düzende uygulanan giderici denetim modelinden farklılıklar içermemektedir. Bu konuda, Kelsen'in ileri sürmüş olduğu Anayasa Mahkemesinin negatif bir kanun koyucu olduğu şeklindeki değerlendirmesi dikkate alındığında, verilecek kararın kamu düzenini mi, yoksa bireyi ve temel hak ve özgürleri esas alarak adaleti mi gerçekleştirmeyi hedeflediği sorusuna anayasa mahkemesinin kararlarının özellikleri ve dolayısıyla mahkemeye üye seçim usulünün esas alınarak cevap verilmesi gerekmektedir. Mahkemenin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı şekilde yasama organına müdahale edeceği veya Mahkemenin siyasete dahil olarak meşruiyetini kaybedeceği yönündeki eleştiriler ise Mahkemenin yapısına yönelik yapılacak organizasyonda benimsenecek modeller ortadan kaldırılabilir. Hukuk devletinin ilke olarak korunarak, hukuk devletinin alt unsurlarının uygulamaya geçirilmesi bu ilkenin hem sürekliliğini hem de kuvvetlenmesini sağlayacaktır. Bu doğrultuda Mahkemenin kuruluşuna ilişkin benimsenecek karma yöntem, bir yandan Mahkemede erklerin eşit şekilde temsiline imkan verirken, diğer yandan verilecek kararların siyasi olma ihtimalini de ortadan kaldıracaktır; çünkü sistem içerisinde yer alan üyeler uzlaşma neticesinde görev alacağından, siyasi kaygılardan ve ideolojiden uzak bir şekilde tarafsızlığını koruyarak, hukukun gereğini yapacaklardır. Böylece bağımsızlığı güvence altına alınan yargı organının verdiği kararlar, meşruiyetini hukuk güvenliğini sağlayarak kazanacağı için, gerek bireyler gerekse hukuk sistemi açısından en önemli teminat olacaktır.

Sonuç olarak, anayasaya uygunluk denetimi sistemi içerisinde önleyici denetime pozitif bir düzenleme çerçevesinde yer verilmesi, Anayasa Mahkemesinin kendi yetki alanını genişleterek, kendisine verilmeyen bir yetkiyi kullanmasının önüne geçerek, yasama organı tarafından yapılan düzenlemelerin daha özenli hazırlanmasını sağlarken, anayasanın üstünlüğünü de ön plana çıkaracaktır. Böylece hukuk devletinin özünü oluşturan yargı denetimi teorik boyuttan uygulamaya geçebilecektir. Bu nedenle, Türk anayasa yargısı sisteminde uygulanan itiraz yoluyla işletilen giderici denetim usulüyle birlikte uygulanmak üzere tezimizde önerdiğimiz bir önleyici denetim modelinin benimsenmesinin, anayasaya aykırılıkların ortadan kaldırılması ve hukukun üstünlüğünün korunması açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Acquaviva, Jean-Claude. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 18e édition, Paris : Mémentos, 2015-2016.

Ağaoğulları, Mehmet Ali. *Kent Devletinden İmparatorluğa*. 3. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2002.

Ağaoğulları, Mehmet Ali, Filiz Çulha **Zabcı** ve Reyda **Ergün**. *Kral Devletten Ulus Devlete*, Ankara: İmge Kitabevi, 2005.

Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent **Köker**. *İmparatorluktan Tanrı Devletine*. 6.Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 2006.

Akad, Mehmet ve Abdullah **Dinçkol**. *1982 Anayasası Madde Gereğçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 1998.

Akbay Muvaffak. “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *AÜHFD*, Cilt: 4, Sayı: 1-4, (1947): 29-47.

Akbulut, Mehmet; “Fransız Anayasa Konseyi”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Sayı:13, (2000): 73-89. <http://82.222.182.101/Ayım/Makale/MakaleDetay?id=54733214d83cff1a504d92b1>(Erişim Tarihi: 03.11.2015)

Akıllıoğlu, Tekin. “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı:17/3, (1984): 37-45.

Akıllıoğlu, Tekin. “ Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:I, Sayı:2-3 (1991): 39-42.

Akkutay, Ali İbrahim. “Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XI, Sayı:1-2, (2007): 415-447.

Aksoy, Muammer. “Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma”, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1962.

Aldıkaçtı, Orhan. *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*. İstanbul: İÜHFY, 1982.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 1, (1984): 101-137.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 21, Sayı: 1, (1988): 5-34.

Aliefendioğlu, Yılmaz. *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Hukuk - Hukukun Üstünlüğü - Hukuk Devleti”, *Ankara Barosu Dergisi* 2001-2, (2001): 29-68.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Anayasa Mahkemesi’nce Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı: 23/3, (1990): 3-11.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında “Yokluk ya da “Yok İşlem””, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 81, (2009): 1-14.

Aliefendioğlu, Yılmaz. “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 94, (2011): 329-358.

Altundiş, Mehmet. “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, Sayı 10, Eylül- Ekim-Kasım-Aralık (2008): 60-94.

Anayurt, Ömer; “Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı:1-2 (2009): 117-160.

Andrews, William G.. “Constitutionalism and Constitutions”, *Constitutions and Constitutionalism*, Ed. William G. Andrews, USA: D. Van Nostrand Company, 1961.

Aristoteles. *Politika*. 6. Baskı, Çev. Mete Tunçay. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2002.

Arnhart, Larry. *Siyasi Düşünce Tarihi*. Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Ankara: Adres Yayınları, 2004.

Arsel, İlhan. *Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme*. Ankara: AÜHF Yayınları, 1958.

Arslan, Zühtü. *Anayasa Teorisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.

Atalay, Ahmet Halûk. “Saf Hukuk Kuramı ve Anayasa Yargısı”, *İzBD*, Yıl: 73, Sayı: 4, (2008): 168-177.

Atar, Yavuz. “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 25, (2008): 93-115.

Atay, Ender Ethem. “Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi arasındaki İlişki”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:12, Sayı:1-2 (2008): 503-549.

Atay, Ender Ethem. “Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan” a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (2009): 1077-1108.

Aybay, Rona. “Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Astlık-Üstlük İlişkisi”, *II Ulusal İdare Hukuku Kongresi-İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, 10-14 Mayıs (1993): 275-284.

Aybay, Rona. “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, Sayı: 70, (2007): 187-213.

Aybay, Rona. “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Türk Hukukunun Önemli Bir Eksikliği: “Ön-Denetim”, *Mülkiye Dergisi*, Cilt: XXXII, Sayı: 258, (2008): 17-47.

Azrak, Ali Ülkü. “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 1, (1984): 151-168.

Bakırcı, Fahri. “Kod Yasa- Çerçeve Yasa Ayırımı Üzerine”, *AÜHFD*, Cilt: 54, Sayı: 3 (2005): 223-240.

Bakırcı, Fahri. “Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Mayıs- Haziran 2014, Yıl: 27, Sayı:112, (2014): 257-297.

Balta, Tahsin Bekir. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye*, Ankara: AÜHF Yayınları, 1970.

Barak, Aharon. “Unconstitutional Constitutional Amendments”, *Israel Law Review*, Vol.44:321 (2011): 321- 341.

Başaran Yavaşlar, Funda. “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Alt İlkesi Olarak Vergi Hukukunda Yasallık İlkesi”, Kamu Hukukçuları Platformu, “*Hukuk Güvenliği*”, (8-9 Kasım 2013), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2015): 189-238.

Başlar, Kemal. “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan*, Cilt: 24, Sayı: 1-2 (2004): 279-336.

Başlar, Kemal. “Anayasa Yargısında “Davaya Bakmakta Olan Mahkeme” Kavramı”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, (2006): 219-257.

Batum, Süheyl. *99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa*. İstanbul: XII Levha, 2010.

Beardsley, James. “Constitutional Review in France”, *The Supreme Court Review*, Vol.1975, (1975): 189-259.

Beaud, Olivier. *La puissance de l’Etat*, Paris : PUF, 2004.

Bednarik, Silvia. *Präventive Normenkontrolle Durch Verfassungsgerichte – Eine Staatsrechtliche Und Rechtsvergleichende Untersuchung Im Europäischen Raum*. Berlin: Logos Verlag, 2012.

Beguin Jean-Claude, *Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois En République Fédérale d’Allemagne*”, Paris : Economica, 1982.

Belge, Murat. “Ortaçağ”, *Doğu Batı Düşünce Dergisi*, Sayı: 14, (2001): 77-84.

Bell, John. *French Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

Benetti, Julie. “La question prioritaire de constitutionnalité. La genèse de la réforme (de 1990 à 2009)”, *AJDA*, n°2, (2010): 74-79.

Berger, Raoul. “Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 117, No. 4, (1969): 521-545.

Bile, Franco. “Introduction: Cinquante ans de contrôle de constitutionnalité en Europe”, *Nouveaux Cahiers du Conseil, Cahiers Hors Série*, 2009.

Bilgen, Pertev. “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması”, Anayasa Mahkemesinin 34.Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 12, (1995): 171-191.

Bobek, Michal. *Comparative Reasoning In European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Bon, Pierre. “Présentation du Tribunal Constitutionnel Espagnol”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n°2, (Dossier: Mali) – Mai (1997): 38-53.

Bon, Pierre. “La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009”, *RFDA*, n° 6, (2009): 1107-1124.

Bon, Pierre. “La question d’inconstitutionnalité en Espagne”, *La question Prioritaire de Constitutionnalité*, Pouvoirs n°137, (2011) : 123-141.

Brewer-Carías, Allan R.. *Judicial Review in Comparative Law*, U.K.:Cambridge University Press, 1989.

Brinton, Crane, John B. **Christopher** ve Robert Lee **Wolff**. *1453'ten Bugüne Dünya Tarihi ve Çağdaş Uygarlık*. Çev. Mete Tunçay. İstanbul : Cem Yayınevi, 1982.

Burgorgue-Larsen, Laurence. “Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité. Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) sur la base du projet de loi organique appliquant l’article 61§1 de la Constitution”, *RFDA*, n°4, (2009): 787-799.

Can, Osman. “Anayasa Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt:62, Sayı:3 (2007): 101-139.

Can, Osman. “Anayasa Yargısında Yokluk”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yayınları, (2008): 175–212.

Can, Hacı. “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, *Yasama Dergisi*, Sayı: 12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos (2009): 5-65.

Caniklioğlu Dikmen, Meltem. “Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, *DEÜHFD*, Cilt:10, Sayı: 1 (2008): 9-58.

Cansel, Erol. Anayasa Mahkemesi’nin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:9, (1993) 87-104.

Cappelletti, Mauro. “Judicial Review in Comparative Perspective”, *California Law Review*, Vol.58, Issue. 5, (1970): 1017-1044.

Cappelletti, Mauro. “Judicial Review in the Contemporary World”, Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1971.

Cappelletti, Mauro. “Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1981/2, Vol:33, Avril-Juin (1981): 625-657.

Chaltiel, Florence. “La souveraineté du pouvoir constituant dérivé: Développements récents”, (à propos de la décision n° 2003-469 DC du Conseil constitutionnel du 26 mars 2003), *Les Petites Affiches*, n° 123, (2003): 7-9.

Chen Albert HY and Miguel Poiares **Maduro**. “The Judiciary and Constitutional Review”, *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Ed: Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders, New York: 2013, (97-109).

Congleton, Roger D.. “On the Merits of Bicameral Legislatures: Intragovernmental Bargaining and Policy Stability”, *Democratic Constitutional Design and Public Policy – Analysis and Evidence*, Ed. Roger D. Congleton and Birgitta Swedenborg, Cambridge, Massachusetts, London: The MIT Press, 2006.

Convertini, Marco. “Hungarian Constitutional Reform”, *The Fundamental Law in Hungary’s Democratic Framework*, 2014.

Cook Harold. “Against Common Right and Reason: The College of Physicians Versus Dr. Thomas Bonham”, *The American Journal of Legal History*, Vol. XXIX, No. 4, (1985): 301-322.

Cuhruk, Mahmut C.. “Türk Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 4, (1987): 5-15.

Cvetkovski, Cvetan. “The Constitutional-Judicial Central of the Legislature and Executive Powers In Central and Eastern Europe Countries”, Open Society Institute, March 1999.

Çağlar, Bakır. ““Anayasal Yargı” Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı. Bir Örnek-Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, (1981): 45-61.

Çağlar, Bakır. "Fransız Anayasa Konseyi'ni 'Yeniden' Düşünmek", *Ümit Doğanay Armağanı*, II. Cilt, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, (1982): 365-381.

Çağlar, Bakır. "Yeni-Anayasacılık" Üzerine Notlar", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, *Vakur Versan'a Armağan Özel Sayısı*, Cilt:6, Sayı:1-3, (1985): 29-42.

Çağlar, Bakır. Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Sentetik bir deneme için Notlar, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 3, (1986): 137- 187.

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

Çağlar, Bakır. "Anayasa Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 8, (1991): 13-62.

Çağlar, Selda. *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

Çağlar, Selda. "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik - Hukuk Güvenliği İlişkisi", Kamu Hukukçuları Platformu, "*Hukuk Güvenliği*", (8-9 Kasım 2013), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2015): 25-139.

Çağlayan, Ramazan. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 1, (1998): 41-54.

Çelebi, Fatih. "Fransa Millet Meclisi Üzerine", *Yasama Dergisi*, Sayı:21, Mayıs – Haziran – Temmuz – Ağustos "İçtüzük Özel Sayısı" (2012): 51-84.

Çelik, İrfan. "Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgeme ve Dönüşüm, Liberal Düşünce", Yıl: 16, Sayı: 61-62, Kış-Bahar (2011): 143-166.

Daragenli Evik, Vesile Sonay. "İtalyan Anayasa Mahkemesi", *2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (2010): 67-71 .

Daver, Bülent. "Kanunla İlgili Meseleler", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:16, Sayı:4, (1961): 217-246.

Deener, David. "Judicial Review in Modern Constitutional Systems", *The American Political Science Review*, Vol.46, No.4, December (1952): 1079-1099.

Deener, David. “Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi”, Çev.: Tunçer Karamustafaoğlu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı:3-4, (1969): 179 -205.

Derosier, Jean-Philippe. “Enquête sur la limite constitutionnelle: du concept à la notion”, *RFDC*, n°76, 2008/4, (2008): 785-795.

Doğan, İlyas. “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Yürürlüğü Durdurmanın Koşulları”, *İHFM*, Cilt: LV, Sayı: 4, (1997): 45-64.

Doğan, İlyas. *Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma*. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını No:5, 1997.

Doğan, İlyas: “Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulü ve Anayasanın 149. Maddesinde Gerçekleştirilen Değişiklikler; 2002 Anayasa Değişikliği Işığında Anayasanın Geçici 15. Maddesi”, *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu*, Ankara: TBMM Yayınları No. 1, 2003.

Doğanoğlu, Ali Erdem. “Cumhurbaşkanının Görev Süresinin Belirlenmesi Sorunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, (2011): 196-210.

Drago, Guillaume. *Contentieux Constitutionnel Français*, 1ère édition, Paris: PUF, 1998.

Dry, Murray. “Constitutionalism and Republicanism in the American Founding: 1776-1787”, *Teaching Political Science*, Volume: 14, Number: 1, Fall (1986): 5-10.

Durr, Schnutz Rudolf. “Comparative Overview of European Systems of Constitutional Justice”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol 5, 2/2011, (2011): 159-175.

Duran, Lûtfi. “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, *Anaya Yargısı Dergisi*, Cilt: 1, (1984): 57-87.

Dutheillet de Lamothe, Olivier; “L’autorité de l’interprétation Constitutionnelle”, *L’interprétation Constitutionnelle*, Ed. Ferdinand Melin-Soucramanien, Paris: Dalloz, (2005): 193-205.

Duygun, Ahmet Mert; “Federal Alman ve Türk Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararına Genel Bir Bakış”, *Hukuk Köprüsü*, No: 6, Sayı: 6 (2014): 137-162.

Dünder Sezer, Tijen; “Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 10, Sayı:1, (2008): 1-58.

Dworkin, Ronald. “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, Vol.3, Issue 1, (1995): 2-11.

Dworkin, Ronald. “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 28, (2011): 27-39.

Ebenstein, William. *Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri*. Çev. İsmet Özel. 5. Baskı, İstanbul: Şûle Yayınları, 2005.

Ekinci, Hüseyin ve Musa **Sağlam**. *66 Soruda Bireysel Başvuru*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015.

Erdoğan, Mustafa. “Anayasa Mahkemesi Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısının ve Demokrasinin Pekişmesi”, *AÜHFD*, Cilt:54, Sayı:3, (2005): 1-22.

Erdoğan, Mustafa. “Demokrasi Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 10, Sayı: 20, (2011): 27-45.

Erdoğan, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*, 5.Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2003.

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

Eroğlu, Müzeyyen. “John Locke’un Devlet Teorisi”, *Akademik Bakış Dergisi*, Sayı 21, Temmuz-Ağustos-Eylül, 2010. <http://www.akademikbakis.org/eskisite/21/07.pdf>.

Eroğul, Cem. *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosu’nun Yeri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.398, 1977.

Eroğul, Cem. *Anatüze’ye Giriş*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2004.

Eroğul, Cem. *Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya*, Ankara: İmaj Yayınevi, 2012.

Fabbrini, Federico. “Kelsen in Paris: France’s Constitutional Reform and the Introduction of a posteriori Constitutional Review of Legislation”, *German Law Journal*, Vol.9, Issue.10, (2008): 1297-1312.

Favoreau, Louis. “Constitutional Rewiew in Europe”, *Constitutionalism and Rights, The Influence of the United States Constitution Abroad*, Ed. Louis Henkin/Albert Rosenthal, New York: Columbia University Press, 1990.

Favoreu, Louis. “La Légitimité du Juge Constitutionnel”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol.46, Numéro 2, (1994): 557-581.

Favoreu, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*, 3eme édition, Paris : Presses Universitaires de France, 1996.

Fendoğlu, Tahsin. “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulamasında “Bağımsız Ölçü Norm” Veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dersi*, Cilt: 17, (2000): 363-385.

Ferejohn, John and Pasquale **Pasquino**; “Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice,” *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post – Communist Europe in A Comparative Perspective*, Ed.: Wojciech Sadurski, Netherlands: Kluwer Law International, (2002): 21-36.

Ferejohn, John and Pasquale **Pasquino**. “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol.82, (2004): 1671-1704.

Feyzioğlu, Turhan. *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*. Ankara: AÜSBF Yayını, No:19-1, 1951.

Flanz, Gisbert H.. *XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri, Anayasacılık Hareketlerinin Mukayeseli Olarak İncelemesine Giriş*, Çev.: Necat Erder, Şerif Mardin ve Aydın Sinanoğlu, Ankara: AÜSBF Yayını, 1956.

Fletcher, George P.. “The Separation of Powers: A Critique of Some Utilitarian Justifications”, *Constitutionalism*. Ed.: J.Roland Pennock and John W. Chapman. Vol.20, (1979): 299-324.

Forde, Michael and David **Leonard**. *Constitutional Law of Ireland*. Third Edition, Dublin: Bloomsbury Professional, 2013.

Friedrich, Carl, J.. *The Philosophy of Law in Historical Perspective*. Princeton: The University of Chicago Press, 1969.

Friedrich, Carl J.. *Sınırlı Devlet*. Çev.: Mehmet Turhan. 1.baskı, Ankara: Gündoğan Yayınları, 1999.

Frosini, Justin Orlando. “Constitutional Justice”, Introduction to Italian Public Law, Ed.: Giuseppe Franco Ferrari, Milano: Giuffrè, 2008, (183-206).

Garlicki, Leszek Lech. “La justice constitutionnelle en Pologne”, *La Justice Constitutionnelle En Europe Céntrale*. Ed.: Marc Verdussen. Paris : Centre D’Etudes Constitutionnelles et Administratives 12, 1997, (104-134).

Garlicki, Leszek Lech. “Verification of the constitutionality of treaties by the Constitutional Courts prior to their signature or ratification”, *Seminar on the Role of the Constitutional Court in the Implementation of International Law*, (7-8 October 1998), CDL-JU (98) 31.

Garlicki, Leszek Lech; “La légitimité du contrôle de constitutionnalité: problèmes anciens/ développements récents”, *Revue Française Droit Constitutionnel*, No: 78, Avril (2009): 227-246.

Garoupa, Nuno; “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”, *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3, July (2010): 26-54.

Gaudemet, Yves. “Brouillard dans les institutions: A propos de l’exception d’inconstitutionnalité”, *Revue de droit public*, n° 3, (2009): 581-588.

Genevois, Bruno. “Les Limites D'Ordre Juridique à l'intervention du Pouvoir Constituant”, *RFDA*, n°5, Septembre-Octobre (1998): 909-921.

Gicquel Jean et Jean-Eric **Gicquel**. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 25e édition, Paris : Montchrestien, 2011.

Giegerich, Thomas. “Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğın Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaşırılması İçin Benimsenen Usuller”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:27, (2010): 123-142.

Gordon, Scott. *Controlling The State*. Cambridge, Massachesetts and London: Harvard University Press, 1999.

Gönenç, Levent. “Siyaset Bilimi ve Anayasalar”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt:54, Sayı: 3, (1999) : 95-131.

Gönenç, Levent. “Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi”, *AÜHFD*, Cilt: 50, Sayı: 1, (2001): 131-152.

Gönenç, Levent. *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*. Netherlands: Kluwer Law International, 2002.

Gönenç, Levent. “Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *AÜHFD*, Cilt: 56, Sayı: 1, (2007): 145-168.

Gönenç, Levent. “Ortaçağ Avrupası’nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, Cilt II, Der: Serap Yazıcı, Kemal Gözler, Ece Göztepe, Ankara: Yetkin Yayınları, (2008): 267-291.

Gönenç, Levent. *Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar*. Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010.

Gönenç, Levent. *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*. Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010.

Gönenç, Levent. *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*. 2.Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Gören, Zafer. “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:12, (1995): 199-243.

Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 11 (1994): 97-134.

Gören, Zafer. “Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi”, *Anayasa Mahkemesi Dergisi*, Cilt: 13, (1996): 81-145.

Gören, Zafer ve Ömer **İzgi**. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*. Cilt II Madde 79-177, Ankara: TBMM Basımevi, 2002.

Gören, Zafer. “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 7, Sayı:14, Güz (2008): 1-24.

Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. 15.Bası, İstanbul: Beta Yayınları,2015.

Gözler, Kemal. *Kurucu İktidar*. Bursa: Ekin Yayınevi, 1998.

Gözler, Kemal. *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 1999.

Gözler, Kemal. “Anayasa Yargısının Meşruluğu”, *AÜSBFD*, Cilt: 61, Sayı:3, Temmuz-Eylül (2006): 131-166.

Gözler, Kemal. *Judicial Review of Constitutional Amendments – A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. 7.Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2015.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. 19.Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, 2015.

Göztepe, Ece. *Anayasa Şikayeti*. Ankara: AÜHF Yayınları No. 530, 1998.

Grewe, Constance. “Le Statut du Conseil Constitutionnel à la Lumière des Enseignements du Droit Comparé”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, (2004): 189-201.

Grewe, Constance. “Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne: quelques comparaisons avec le système français”, *La Question Prioritaire de Constitutionnalité*, Pouvoirs n°137, Avril (2011): 143-154.

Groppi, Tania and Nicoletta Scattoni, “Italy: The Subsidiarity Principle”, *I-CON*, Vol.4, Number:1, (2006): 131-137.

Groshens, Jean-Claude. “À propos du Conseil Constitutionnel”; *Revue de droit public*, n° 3, (2009): 588-600.

Guëna, Yves; “Le Conseil Constitutionnel Français”, Communication faite à l'occasion de l'ouvrage oublié par la Cour constitutionnelle d'Arménie le 31 décembre 2002, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/armenie.pdf (Erişim Tarihi: 23.06.2015).

Gülener, Serdar. *Türk Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012.

Gülsoy, Tevfik. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy.html>, (E.T.: 21.7.2015).

Gün, Mehmet Salih. “Uluslararası Anlaşmalar”, *Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Ankara: TBMM Basımevi, (2012): 557-586.

Güran, Sait. “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 2, (1985): 143-159.

Güran, Sait. “Anayasa Mahkemesi’nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 12, (1995): 193-197.

Güveyi, Ümit. “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:XVI, Sayı: 3 (2012): 137-162.

Hakyemez, Yusuf Şevki. “Çoğunlukçu Demokrasi, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi”, *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, (2003): 69-92.

Haller, Herbert. “Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri” Çev. Osman Can, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 21, (2004): 50-68.

Halmi, Gabor. “The Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? First Decade of the Hungarian Constitutional Court”, *Constitutional Justice, East and West, Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Ed.: Wojciech Sadurski, Netherlands: Kluwer Law International, (2002): 189-211.

Hamon, Francis, Michel **Troper** and Georges **Burdeau**. *Droit Constitutionnel*. 27e édition, Paris: L.G.D.J., 2001.

Harrison, Martin. “The French Constitutional Council: A Study in Institutional Change”, *Political Studies*, Vol.:XXXVIII, Num:4; December (1990): 603-619.

Hassemer, Winfried: “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 21, (2004): 164-178.

Hekimoğlu, Mehmet Merdan. *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasasının Yargısının Hukuki Boyutları*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2004.

Heywood, Andrew. *Key Concepts in Politics*. New York: St. Martin's Press, 2000.

Hof, Ulrich Im, Avrupa'da Aydınlanma, Çev. Şebnem Sunar, İstanbul, Afa Yayıncılık, 1995.

Holzinger, Gerhart; "La Cour constitutionnelle autrichienne", *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 36 - juin 2012, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-36/la-cour-constitutionnelle-autrichienne.114767.html> (Erişim Tarihi: 01.09.2015).

Husa, Jaakko. "Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: A Comparative Perspective", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, (2000): 345-381.

Işıқтаç, Yasemin. *Hukuk Felsefesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.

İba, Şeref. *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*. 2.Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

İba, Şeref. "Ülkemizde "Torba Kanun" ve "Temel Kanun" Uygulamaları", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:69, Sayı: 2011/1, (2011): 195-202.

Jouanjan, Olivier. "Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France: un bilan critique", *Jus Politicum, Revue de droit politique*, n°2, (2009).

Jozeau-Marigne, Leon. "Fransız Anayasa Mahkemesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 4, (1987): 53-81.

Kaboğlu, İbrahim Ö. "Kelsen Modeli "Sınırları"nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", *Anayasa Yargısı*, Cilt:10, (1993): 381-404.

Kaboğlu, İbrahim Ö.. "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı: Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 8, (1991): 291-322.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Yargısı Avrupa modeli ve Türkiye*. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, Ekim 2007.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. 11.Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.

Kanadoğlu, Korkut O.. *Anayasa Mahkemesi*, 1.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2004.

Kanadoğlu, O. Korkut. “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılařtırılmalđ Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 25, (2008): 61-89.

Kanadoğlu, O. Korkut. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015

Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.

Kaplan, İbrahim. “Demokrasi – Hukuk – Otorite”, *AÜSBF Dergisi*, Cilt: 49, Sayı: 1, (1994): 267-271.

Karamustafaoğlu, Tunçer. *Yasama Meclisinde Komisyonlar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 201, 1965.

Karayalçın, Yaşar; “Hukukun Üstünlüğü (Kavram ve Bazı Problemler)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt:47, Sayı: 3, (1992): 193-214.

Karpen, Ulrich. “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti”, Çev. A. Ersoy Kontacı, *Demokrasi ve Yargı*, Editör: Dr. Ozan Ergül, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2005): 34-43.

Kauper, Paul G.. “The Constitutions of West Germany and The United States: A Comparative Study”, *Michigan Law Review*, Vol.58, No. 8, June (1960): 1091-1184.

Kaya, Meral. *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*. Ankara: Seçkin, 2008.

Kelemen, Katalin. “The Hungarian Constitutional Court in the New Constitutional Framework”, III Colloquio Biennale Dei Giovani Comparatisti, Italy, 28-29 June 2012.

Kenyon, Cecelia M. “Constitutionalism in Revolutionary America”, *Constitutionalism*, Ed: J. Roland Pennock and John W. Chapman, New York: New York University Press, (1979): 85–121.

Kerleo, Jean-François. “ Les lois non déferées au contrôle de constitutionnalité a priori”, http://www.revuegeneraledudroit.eu/wp-content/uploads/RGD_2014_AC_03.pdf (Erişim Tarihi: 09.10.2015).

Kılınç, Bahadır. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Kılınç, Bahadır. “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 25, (2008): 19-59.

Kıratlı, Metin. *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1966.

Klein Claude and András **Sajó**, “Constitution-Making: Process and Substance”, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Ed.:Michel Rosenfeld and András Sajó, Oxford: Oxford University Press, (2012): 419-439.

Koçak, Mustafa. *Devlet ve Egemenlik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Kommers, Donald P.. "The Federal Constitutional Court in the German Political System", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, January (1994): 470-491.

Korkut, Levent. “Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 3, Eylül (1994): 141-147.

Köker, Levent. “Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 23, (2006): 199-210.

Köküsarı, İsmail. *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*. İstanbul: XII Levha, 2009.

Kubalı, H. Nail. *Anayasa Hukuku Dersleri*. İstanbul: İÜHFY, 1971.

Kuran, Alp. “Anayasasının Üstünlüğü ve Siyasal Rejimler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 24, Sayı: 1-4, (1958): 26-62.

Kutlu, Mustafa. *Kuvvetler Ayrılığı (Temelleri-Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.

Kuzu, Burhan. *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1990.

Le Bot, Pierre. “Contrôles de Constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel n° 40, Dossier: Le Conseil Constitutionnel : Trois Ans de QPC*, (2013): 117-135.

Leroy, Michel. “Le Contrôle Des Lois Dans L’union Européenne et en Belgique”, http://www.umk.ro/images/documente/publicatii/masarotunda2009/8_le_controle.pdf.

Lijphart, Arend. *Çağdaş Demokrasiler*. Çev.: Ergun Özbudun ve Ersin Onurduran, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

Limbach, Jutta. “The Concept of the Supremacy of the Constitution”, *The Modern Law Review*, Vol. 64, No: 1, (2001): 1-10.

Llorente, Francisco Rubio. "Constitutional Review and Legislation in Spain", *Constitutional Review and Legislation, An International Comparison*, Ed.Christine Landfried, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, (1988): 127-146.

Locke, John. *Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*. Çev.: Serdar Taşçı - Hale Akman, İstanbul: Metropol Yayıncılık, 2002.

Locke, John. *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*. Çev.: Fahri Bakırcı. 2.Baskı, Ankara: Babil Yayıncılık, 2012.

Locke, John. *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*. Çev.: Aysel Doğan, 8.Baskı, İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2014.

Lopez, Enrique Guillen. “Judicial Review in Spain: The Constitutional Court”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 41, Issue 2-3, (2008): 529-562.

Luciani, Massimo. “Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Italie”, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27 (Dossier : Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) – Janvier 2010.

Machacek, Rudolf. “Avusturya Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:4, (1987): 17-25.

Mathieu, Bertrand; "La question prioritaire de constitutionnalite: les ameliorations apportees par l'Assemblée nationale au projet de loi organique", *La Semaine juridique*. Édition générale, n° 40, (2009): 11-13.

McDonald, Lee Cameron. *Western Political Theory Part-I, Ancient and Medieval*, U.S.A.: Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1968.

McGing, B C.. *Polybius' Histories*. New York: Oxford University Press, 2010.

McWhinney Edward. *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1981.

Meininger, Marie-Christine. “Le Tribunal Constitutionnel du Portugal”, *Cahiers du Conseil Constitutionnelle*, n°29, October 2010.

Mény, M.Yves; “Révolution constitutionnelle et démocratie: Chances et risques d’une nouvelle définition de la démocratie”, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, Hors série (Cinquantième du Conseil constitutionnel).

Montesquieu. *Kanunların Ruhu Üzerine*. Çev. Fehmi Baldaş. İstanbul: Hiperlink Yayınları, 2014.

Morrow, John. *A History of Political Thought: A Thematic Introduction*. Washington Square, New York: New York University Press, 1998.

Murphy, Walter, F.. “Constitutions, Constitutionalism and Democracy”, *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*. Ed. Douglas Greenberg. Oxford University Press, (1993): 3-25.

Nalbant, Atilla. “Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri (İki Örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları)”, *Argumentum*, Yıl:2, Sayı:18, Ocak (1992): 53-55.

Neuman, Gerald L.. “The Brakes that Failed: Constitutional Restriction of International Agreements in France”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 45, (2012): 257-365.

Odyakmaz, Zehra. “Yürürlüğü Durdurma”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 12, (1995): 143-170.

Oğurlu, Yücel. *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Okandan, R.Galip. “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız”, *İÜHFİM*, Cilt:33, Sayı:1-2, (1967): 3-21.

Oktay, Cemil. “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 1, (1984): 215-242.

Onar, Erdal. *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara 2003.

Orgad, Liav. “The Preamble in Constitutional Interpretation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol.8, No.4, (2010): 714-738.

Oytan, Muammer. “Fransa’da Anayasa Konseyinin Kuruluşu Görevleri ve İşleyişi Konusunda Bir İnceleme”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 13, Eylül (1980): 25-38.

Özay, İl Han. “Yargı Güvencesi –Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 8, (1991): 103-116.

Özay İl Han. “Anayasa Mahkemeleri (Ya Da Yargısının) Meşruiyeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 9, (1992): 67-74.

Özay, İl Han. “Geriye ve İleriye Yönelik Etkileri Bakımından Anayasa Yargısında İptal Kararları”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 16, Sayı:1, (1995): 36-42.

Özay, İl Han. “Yasama- Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş ve İşleyişi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 13, (1996): 31-39.

Özbudun, Ergun. “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 25, Sayı: 1-2, (1968): 59-79.

Özbudun, Ergun. “Parlâmento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 1-4, (1979): 3-26.

Özbudun, Ergun. *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*. İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1993.

Özbudun, Ergun. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt:62, Sayı:3, (2007): 257-268.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, Ed.: Ozan Ergül, Ankara: TBB Yayınları, (2005): 336-351.

Özbudun, Ergun; “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey”, *European Public Law*, Vol. 15, Issue 4, (2009): 533-538.

Özbudun, Ergun; “Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması”, *Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler*, Ed.: Serap Yazıcı, İstanbul: TESEV Yayınları, (2010): 12-17.

Özbudun, Ergun. “Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi”, Dünya Bülteni Haber Portalı, <http://www.dunyabulteni.net/?aType=yazarHaber&ArticleID=4151> (Erişim Tarihi: 10.07.2016).

Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 15. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

Özçelik, A. Selçuk. *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt: Umumi Esaslar, 1.Baskı, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982.

Özdek, Yasemin. *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AIHS Sistemi, AIHM Kararlarında Türkiye*, Ankara: TODAİE Yayınları, 2004.

Özkul, Fatih. “Ulusal İrade ve Hukuk Devleti”, *TBB Dergisi*, Sayı:94, (2011): 33-68.

Öztekin, Ali. *Siyaset Bilimine Giriş*. 7.Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi, Kasım 2011.

Öztürk, Burak. “Fransız Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi”, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, Cilt II, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, (2013): 1189-1226.

Pariante, Alain. “Fransa’da Demokrasinin Pekişmesinde Anayasa Konseyi’nin Rolü”, *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, Ed.: Ozan Ergül, Ankara: TBB Yayınları, (2005): 159-184.

Patry, Robert; “İsviçre Federal Mahkemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 4, (1987): 65-70.

Pazarcı, Hüseyin. “Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, Prof. Dr. Sevil Toluner’e Armağan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt:24, Sayı: 1-2, (2004): 651-674.

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.

Peyrou-Pistouley, Sylvie. *La Cour Constitutionnelle et Le Controle de la Constitutionnalité des Lois en Autriche*. Paris: Economica, 1993.

Pfersmann, Otto. “La Révision Constitutionnelle en Autriche et en Allemagne Fédérale: Théorie, Pratique, Limites”, *La révision de la Constitution*, (Journées d’études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l’Association française des constitutionnalistes), Paris-Aix-en-Provence: Economica-Presses universitaires d’Aix-Marseille, (1993): 7-65.

Platon. *Yasalar.* Çev.: Candan Şentuna – Saffet Babür, İstanbul: Kabalcı Yayıncılık, 2012.

Platon. *Devlet.* Çev.: Cenk Saraçoğlu – Veysel Atayman, İstanbul: Bordo Siyah Yayınları, 2013.

Plucknett, F. T. Theodore. “*Bonham’s Case and Judicial Review*”, *Harvard Law Review*, Vol. 40, No. 1, (1926): 30-70.

Poggi, Gianfranco. *Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği,* Çev.: Aysun Babacan, 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

Poggi, Gianfranco. *Modern Devletin Gelişimi; Sosyolojik Bir Yaklaşım.* Çev.: Şule Kut ve Binnaz Toprak, 5.Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2009.

Quirico, Ottavio. “Le Controle de Constitutionnalité Français Dans Le Contexte Européen et International: Une Question de Priorités”, *European Journal of Legal Studies*, Vol.3, Issue 1, (2010): 77-98.

Reitz, John C.; “Constitutionalism and the Rule of Law: Theoretical Perspectives,” *Democratic Theory and Post-Communist Change*, Ed.: Robert Grey. Upper Saddle River, NJ: Prentice Hall, (1997): 111-143.

Richards, David A. J.. “Revolution and Constitutionalism in America and France”, *Mississippi Law Review*, Vol.60, No.2 (1990): 311-356.

Richards, David A. J.. “Revolution and Constitutionalism in America”, *Cardozo Law Review*, Vol.14, (1992): 577-634.

Rosenfeld, Michel. “Modern Constitutionalism As Interplay Between Identity and Diversity”, *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy Theoretical Perspectives*, Ed. Michel Rosenfeld. Durham and London: Duke University Press, (1994): 3-35.

Roskin, Michael G. *Çağdaş Devlet Sistemleri: Siyaset, Coğrafya, Kültür.* Çev: Bahattin Seçilmişoğlu. Ankara: Adres Yayınları, 2013.

Rousseau, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe.* 3ème édition, Paris : Montchrestien, 1998.

Ruhi, Emin. “Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:V, Sayı:1-4, (2001): 143-147.

Sabuncu, M.Yavuz. “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 3-4, (1982): 139-152.

Sabuncu, Yavuz. “Alman Anayasa Yargısında “Geçici Tedbir Kararı””, *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı: 17/2, Yıl: Haziran/ 1984 (1984): 76-86.

Sabuncu, M. Yavuz ve Selin **Esen Arnwine**, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, Anayasa Mahkemesi’nin 42. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 21, (2004): 229-246.

Sağlam, Musa. “Anayasa Mahkemesi; Bir Temel Hak ve Özgürlükler Mahkemesi”, *HUKAB Dergi*, Sayı:6, <http://www.hukabdergi.com/p2496/>(Erişim Tarihi:04.11.2015)

Sancar, Mithat. “*Devlet Akli*” *Kıskacında Hukuk Devleti*. 1.Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

Sartori, Giovanni. *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*. Çev.: Ergun Özbudun, Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.

Savcı, Bahri. “ ‘Kanun Tekniği İle İlgili Meseleler’ Üzerinde Bir Seminer”, *AÜSBFD*, Cilt: 16, Sayı: 4, (1961): 205-215.

Schefold, Dian. “Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı”,Çev.: İrfan, Yazman, *AÜHFD*, Cilt: 31, Sayı: 1- 4, (1974): 105-148.

Schmidt, Manfred G.. *Demokrasi Kuramlarına Giriş*. Çev.: M. Emin Köktaş, Ankara: Vadi Yayınları, 2002.

Schnapper, Dominique. *Une Sociologue au Conseil Constitutionnel*. Paris: Gallimard, 2010.

Schönberger, Christoph. “Le Conseil constitutionnel vu d’Allemagne: une marche difficile vers le sommet juridictionnel” - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 25 (Dossier : 50ème anniversaire) - Août 2009.

Schöpflin, George. “The Political Traditions of Eastern Europe”, *Daedalus*, Vol. 119, No. 1 (Winter1990): 55-90.

Sejersted, Francis. “Democracy and Rule of Law: Some historical Experiences of Contradictions in the Striving for Good Government”, *Constitutionalism and Democracy*, Ed.:John Elster and Rune Slagstad, Studies In Rationality and Social Change, Cambridge University Press, July, (1993): 131-152.

Serim, Bülent. “Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Yetkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 29, Sayı:1, Mart (1996): 3-28.

Sevinç, Murat. “Amerikan Yüce Mahkemesi”, *AÜSBFD*, Cilt 51, Sayı:1-4, (1996): 391-407.

Siedentop, Larry. *Democracy in Europea*. London: Penguin Books 2001.

Sır, Onur. *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.

Smith, George P.. “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence”, *Washington Law Review*, Vol. 41, Issue 2, (1966): 297-314.

Soysal, Mümtaz. “Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:2, (1985): 5-18.

Soysal, Mümtaz. *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.

Soysal, Mümtaz. “Uluslararası Antlaşma Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14 (1997): 171-187.

Stefanini, M. Fatin-Rouge. “Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2003”, *RFDC*, n°54, 2003/2 (2003): 363-389.

Stefanini, M. Fatin-Rouge. “Le Conseil Constitutionnel Dans La Révision Constitutionnelle du 23 Juillet 2008 Sur La Modernisation Des Institutions”, *Revue de Française Droit Constitutionnel*, n°.78, (2009): 269-276.

Stone, Alec. “Where Judicial Politics Are Legislative Politics: The French Constitutional Council”, *West European Politics*, Vol. 5, Number:3, July (1992): 29-30.

Stone, Alec. *The Birth of Judicial Politics In France - The Constitutional Council In Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press, 1992.

Stone, Alec. “The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and Policymaking in Western Europe”, *Policy Studies Journal*, Vol. 19, Number: 1, Fall (1990): 81-95.

Stone, Alec. “Where Judicial Politics Are Legislative Politics: The French Constitutional Council”, *West European Politics*, Vol. 15, Issue 3 (1992): 29-49.

Stone-Sweet, Alec. *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*. Great Britain: Oxford University Press, 2000.

Stone-Sweet, Alec. *Constitutions and Judicial Power, Comparative Politics*. Ed.: Daniele Caramani, Oxford University Press, (2008): 217-239.

Şahbaz, İbrahim. “Anayasa Yargısında Yokluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı:4, (1999): 23-48.

Şahin, Adil. “Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XV, (2011): 311-362.

Şen, Murat. “1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: II, Sayı:1, (1998): 88-119.

Tanör, Bülent. *Osmanlı –Türk Anayasal Gelişmeleri*. 12.Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2004.

Tanör, Bülent ve Necmi **Yüzbaşıoğlu**. *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*. 16. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2016.

Taşkın, Ş.Cankat. “Anayasa Mahkemesi’nin Yürürlüğün Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu”, *TBB Dergisi*, Sayı: 73, (2007): 289-308.

Tatham, Allan. “Constitutional Judiciary in Central Europe and the Europe Agreement: Decision 30/1998 (VI.25) AB of the Hungarian Constitutional Court”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Issue 4, October (1999): 913-920.

Taze, Ferhat ve Yusuf **Güneş**, “Türkiye’de Çevre ve Doğal Kaynaklar Konusunda İmzalanan Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuka Uyarlanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *İÜHFİM*, Cilt: LXX, Sayı: 1, (2012): 69-82.

Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan **Erdem** ve Oğuz **Sancakdar**. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Teziç, Erdoğan. *1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*. İstanbul: İÜHFY, 1972.

Teziç, Erdoğan. “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:51, Sayı: 1-4 (1985): 23-43.

Teziç, Erdoğan. “Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi”, *İÜHFM*, Cilt: 52, Sayı: 1-4, (1987): 101-116.

Teziç, Erdoğan. “Parlamento Kararı ve Kanun”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 5, (1988): 121-130.

Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. 19.Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

Teziç, Erdoğan. “Torba Kanun”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015/1, (2015): 3-11.

Tolon, Kemal Doğu. *İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler (III)*. Ankara: Danıştay Başkanlığı, 1986.

Toluner, Sevil. *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1973.

Trócsányi, László; “La justice constitutionnelle en Hongrie”, *La Justice Constitutionnelle En Europe Centrale* (Sous la direction de Marc VERDUSSEN), Paris : Centre D'Etudes Constitutionnelles et Administratives 12, 1997.

Troper, Michel; “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, Çev.: Ender Ethem Atay, *GÜHFD*, Cilt: 1, Sayı: 2, (1997): 293-309.

Troper, Michel. “Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi”, Çev: E. Ethem Atay, *GÜHFD*, Cilt: I, Sayı:2, (1997): 293-210.

Tsebelis, George and Janette **Money**. *Bicameralism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

Tunaya, T.Zafer. *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5.Baskı, İstanbul: Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982.

Tunç, Hasan. “Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1, (1990): 51-65.

Tunç, Hasan. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)*. Ankara: Yetki Yayınları, 1997.

Tunç, Hasan. “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, (2000): 174- 192.

Tunçay, Mete. *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi: Seçilmiş Yazılar Eski ve Orta Çağlar*. 2.Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

Turhan, Mehmet. “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, *AÜHFD*, Cilt:XXXIII, Sayı:1-4, (1976): 63-115.

Turhan, Mehmet. “Çoğunluk İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:4, Sayı:4, (1988): 45-85.

Turhan, Mehmet. *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.

Turhan, Mehmet. “Anayasa ve Anayasacılık”, *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı:27/3, (1994): 3-12.

Turhan, Mehmet. “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, Ed.:Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, (2006): 41-69.

Uhr, John. “Bicameralism”, *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Ed. Rhodes, R. A. W, Binder, Sarah A., Rockman, Bert A., Oxford University Press, 2008, (474-494).

Ulaş, Bülent. “Anayasa Mahkemesi Üyeliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1- 2, (2005): 91-117.

Uluşahin, Nur. “Yokluk Teorisinin Anayasa Yargısındaki Yeri ve Uygulanabilirliği”, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, C. II. (Anayasa Hukuku), Ankara: Yetkin Yayınları, (2008): 677–736.

Uluşahin, Nur. “Anayasa Yargısının Meşruluğu”: R Dworkin Karşısında J. Waldron”, *Aydınlanma ve Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, İstanbul: Osmanlı Bank. Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, (2008): 106-116.

Uran, Peri. “Anayasanın Başlangıç Kısımları”, *İÜHFİM*, Cilt: LXXIII, Sayı: 1, (2015): 223-248.

Uslu, Ferhat. *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.

Uygar, Coşgun. “Dünden Bugüne Anayasacılık”, *Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi*, Sayı: 9, (2008): 95-102.

Uygun, Oktay. “Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi”, *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: TBB Yayınları, (2010): 22-81.

Ülgen, Özen. *İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.

Ülgen, Özen. “Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu”, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt I, 2014/1, (2014): 591-621.

Üskül, M.Zafer. “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliklerinin Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesine İlişin Kararları Üzerine”, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Ed.: Alparslan Altan, Engin Yıldırım, Erdal Tercan, Hikmet Tülen ve Ali Rıza Çoban (Ankara: Tayfun Medya, 2012): 679- 709.

Valea, Daniela Cristina. “The Control Of Constitutionality Of The Initiatives For Revision Of The Romanian Constitution”, *Curentul Juridic, The Juridical Current*, Petru Maior University, *Faculty of Economics Law and Administrative Sciences and Pro Iure Foundation*, Vol.47, December (2011): 91-102.

Verpeaux, Michel. "La République, la Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel" in *Mélanges en l'Honneur de Pierre AVRIL*, Paris: Montchrestien, 2001.

Verpeaux, Michel. “La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l’organisation décentralisée de la République: libres propos”, *RFDA*, n°4, (2003) : 661-669.

Verpeaux, Michel. “La question préjudicielle de constitutionnalité et le projet de loi organique”, *AJDA*, n°27, (2009) : 1474-1480.

Vile, M. J.C.. *Constitutionalism and Separation of Powers*. Second Edition, Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

Vincze, Attila and Marton **Varju**. “Hungary: The Fundamental Law”, *European Public Law*, Vol. 18, Issue: 3, (2012): 437-453.

Volcansek, Mary L.. "Political Power and Judicial Review in Italy", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, January (1994): 492-509.

Wheare K.C.. *Modern Constitutions*. London: Oxford University Press, 1966

Wheare, K.C.: *Modern Anayasalar*, Çev.: Mehmet Turhan, İstanbul: Değişim Yayınları, 1984.

Wheeler, Harvey; “The Foundations of Constitutionalism”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.8, No.5 (1975): 507-586.

Yavuz, Bülent. “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XII, Haziran-Aralık, Sayı: I-II, (2008): 1173-1214.

Yavuz, Bülent. “Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XIII, Sayı: 1-2, (2009): 283-302.

Yazıcı, Serap. “Yeni Bir Uygulama Olarak Anayasa Şikayeti: Umutlar, Beklentiler ve Gerçekler”, *AİHM ve TÜRKİYE-II: Anayasa Şikâyeti ve AİHM Uluslararası Sempozyumu*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, (2010): 168-174.

Yıldırım, Turan; “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 4, (1993): 69–80.

Yıldız, Mustafa. *Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı*. 1. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 1998.

Yıldız, Ahmet ve Fahri **Bakırcı**. *İspanya Anayasası ve Kongre İçtüzüğü*. Ankara: Yasama Derneği, 2011.

Yayla, Yıldızhan. “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İstanbul: İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, (1979): 973-1040.

Yücel, Bülent. “Bir Siyasi Tartışmanın Hukuki Yansıması: “Seçilmişler ile Atanmışlar Çelişkisi Ya da Atışması Üzerine Bir Soru” (Anayasa Yargısı Olmalı Mıdır?)”, *Erdal Onar'a Armağan*, Cilt II, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, (2013): 1253-1278.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1993.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, AÜSBF Yayını, Cilt:II, Sayı: 1, (1994): 26-38.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1996.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. ““Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi”nin Sorunlarının Tartışılması Paneli””, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 21, (2004): 105-162.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, (2004): 782 – 818.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Değişikliğine ve AKP’ye İlişkin Kararları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/2, (2008): 3-28.

Zimmer, Willy. “Jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1er janvier-31 mars 2003”, *RFDC*, 2003/2, n° 54, (2003): 363-389.

Zoller, Elisabeth. *Droit Constitutionnel*. 1ère édition, Paris: PUF, 1998.