

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TÜRK
ANAYASA MAHKEMESİ VE
YARGISAL AKTİVİZM**

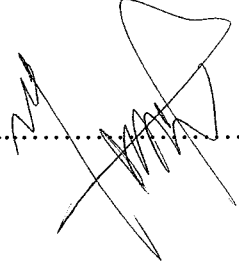
**TEZ DANIŞMANI
PROF.DR. YAHYA KAZIM ZABUNOĞLU**

**HAZIRLAYAN
HÜSEYİN İLKER ERŞAN**

**ANKARA
2010**

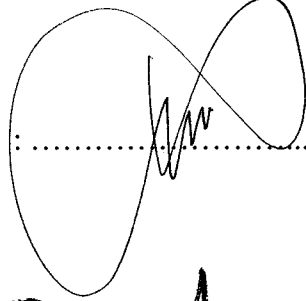
Hüseyin İlker ERŞAN tarafından hazırlanan **TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ ve YARGISAL AKTİVİZM** adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof.Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU
Tez Danışmanı

:


Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığımı onaylarım.

Prof.Dr. Hamdi Molla MAHMUTOĞLU
Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

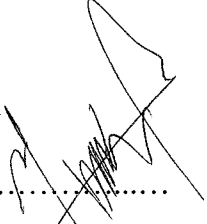
:


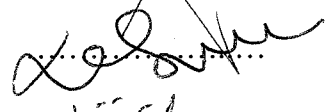
Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.



Prof.Dr. Taner ALTUNOK

Tez Sınav Tarihi : 27 Eylül 2010

Tez Jüri Üyeleri :

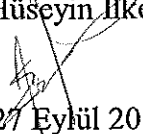
Prof.Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU (Çankaya Üniversitesi)


Prof.Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi)


Doç.Dr. İlhan Üzülmöz (Gazi Üniversitesi)


ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplandı sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Hüseyin İlker ERŞAN
İmzası : 
Tarih : 27 Eylül 2010

ÖZET
TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE
YARGISAL AKTİVİZM

ERŞAN, Hüseyin İlker

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof.Dr. Yahya Kazım ZABUNOĞLU

Eylül 2010, 100 sayfa

Bu çalışmada Türk Anayasa Mahkemesi' nin hukuk devletinin sınırlarını zorlayarak takındığı aktivist tutum ve yasama organının bu aktivist tutuma karşı tepkisi incelenmiştir. Üç bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde anayasa yargısının dünyadaki ve ülkemizdeki gelişimi hakkında bilgi verilerek, anayasa yargısının meşruluğu konusundaki pozitif ve negatif düşünceler ortaya koyulmuştur.

Çalışmanın ikinci bölümde Türk Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumu konu edilmiştir. Bu bölümde Mahkemenin aktivist tutumu somut olaylar çerçevesinde irdelenmiş ve somut örneklerle aktivist tutumun varlığı ispatlanmıştır.

Üçüncü bölümde ise aktivist tutumun yansımaları inceleme konusu yapılmıştır. Yasama organının Mahkemenin müdahaleci yaklaşımına karşı tepkisi, etki-tepki dalgası içerisinde ortaya konulmuştur. Türk Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun sürekli hale gelmesi, yasama erkinin bu tutuma karşı bir tepki refleksi geliştirmesine neden olmuştur. Özellikle son günlerde tanık olduğumuz Türk Anayasa Mahkemesinin yapısını değiştirmeye yönelik girişimler ise bu durumun açık örneğini teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Türk Anayasa Mahkemesi, Yargısal Aktivizm.

ABSTRACT

TURKISH CONSTITUTIONAL COURT AND JUDICIAL ACTIVISM

ERŞAN, Hüseyin İlker
Institute of Social Sciences, Department of Public Law

Thesis Advisor: Prof. Dr Yahya Kazım ZABUNOĞLU

September 2010, 100 pages

This study examines the activist attitude Turkish Constitutional Court assumes, pushing back the limitations of the rule of law, and the reaction of the legislative organ to this activist attitude.

The study consists of three sections; the first section informs about the development of the constitutional justice both at home and in the world and it presents the arguments (both pro and con) about the legality of the constitutional justice.

The second section focuses upon the activist attitude of the Constitutional Court, analyzing this attitude in the light of concrete events and eventually proves with tangible examples the existence of such an activist attitude.

The third section centers around the reflections of this activist attitude and displays in a context of action&reaction, the response of the legislative body to the interruptive attitude of the court. The activist attitude of the Constitutional Court in time became habitual, which developed in the legislative organ a reflex for reaction. Attempts to change the structure of the Constitutional Court stand as the clear manifestation of this state of affairs.

Keyworlds : Constitutional Justice, Turkish Constitutional Court, Judicial Activism.

TEŞEKKÜR SAYFASI

Düzenli bir çalışmanın sonucu olarak ortaya çıkan bu tezimin hazırlanması süreci boyunca daima yanımda olup bana desteğini veren anneme ,babama ve erkek kardeőime sonsuz teşekkür ediyorum. Tezimin ortaya çıkmasında bana yardımcı olan, çalıőmalarımı değerlendiren ve tezimde çok önemli katkıları bulunan değerli hocam sayın Prof.Dr. Yahya Kazım Zabunoğlu' na minnet borçluyum. Ayrıca, tez kaynaklarımı bulma konusunda bana yardımcı olan ve desteğini esirgemeyen Arő.Gör. Dilhun AYAYDIN' a da teőekkürlerimi sunuyorum

GİRİŞ

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında giderek yaygınlaşan ve önem kazanan Anayasa Mahkemeleri, dünyada insan haklarının yasama organı çoğunluğuna karşı vazgeçilmez bir koruyucusu olarak öngörölmüş bir güvence sistemidir. Vatandaşların sadece yürütme erkine karşı değil, yasama erkine karşı da korunması gerektiği fikri, Anayasa Mahkemelerinin varlıklarını güçlendirmiştir. Hukuk devleti ilkesinin temel koruyucularından biri haline gelen anayasa mahkemelerinin gerekliliği savaş öncesinde yaşanan insan hakları ihlalleriyle kendisini iyice hissettirmiş, bu acı tecrübeler, demokratik yöntemlerle de yasama ve yürütmenin temel hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek güce erişebileceğini kanıtlamıştır. Normlar hiyerarşisinin bir anlam ifade edebilmesi ve anayasal sistemlerde öngörölen demokratik hukuk devletlerinin varlığı Anayasa Mahkemelerinin anayasal korunmayı sağlayabilmelerine bağılı kalmıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, özgürlüklerin tam anlamıyla güvence altına alınabilmesi için, devletin yürütme organı kadar yasama organının da hukukla sınırlandırılmasına ihtiyaç duyulmasının sonucudur.

Demokratik hukuk devletinin varlığı bakımından büyük önem arz eden Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasıyla birlikte anayasal bir kurum olarak yer almıştır. Ancak temel hak ve hürriyetlerin korunması ve yasama erkinin anayasal çerçeve dışına çıkmasının önlenmesi amacıyla varlık bulan Türk Anayasa Mahkemesi, kurulduğu günden beri sürekli bir yasama-yargı çekişmesinin yaşanmasına neden olmuştur. Yasama erkinin denetlenmesi ve anayasal çerçeve içersinde hareket etmesinin sağlanması amacıyla yaratılan bir yargı teşkilatıyla, denetlediği organ arasında bu tür bir çekişmenin yaşanması ilk bakışta doğal bir süreç olarak algılanabilir. Ancak, çalışma sırasında ortaya çıkacağı üzere, Türk Anayasa Mahkemesi, yasama erkini sınırlandırmak adına zaman zaman kendi

anayasal çizgilerinin dışına çıkabilmekte ve bu durum Türk Anayasa Mahkemesinin haklı eleştirilere maruz kalmasına neden olmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi, yasama tasarruflarına karşı hukukilik denetimi yapma yetki ve görevine sahip iken, Mahkeme hukukilik denetiminden ziyade yerindelik denetimine kaymakta ve zorlama yorum ve kararlarla yasama tasarruflarını ortadan kaldırma ve etkisiz kılma yoluna sapmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesinin varlık bulduğu ilk günden beri bu şekilde süregelen aşırı sınırlama isteği, özellikle son dönemlerdeki kararlar ile kendisini iyice hissettirmiştir. Bu durumda sorun, yasama erkini sınırlandıran Anayasa Mahkemesinin kendisinin nasıl sınırlandırılacağıdır. Hiç şüphesiz demokratik hukuk devletinde amaçlanan ve olması gereken yargının kendi sınırlarını bilerek, kendi içinde kendisini sınırlandırabilmesidir.

Türk Anayasa Mahkemesi ise, anayasal sınırlarını ve yorum kurallarını zorlayarak, yasama erki tasarruflarına müdahalede bulunmayı alışkanlık edinmiş durumdadır. Bu durum ise, yasal düzenlemeleri Anayasal çerçeve ile etkisiz kılınan yasama erkini, düzenlemelerini anayasal düzeye taşımaya itmekte veya yeni anayasal düzenlemeler yaratmaya yönlendirmektedir. Bir başka deyişle, yargının aktivist tutumu, yasamayı tetiklemekte ve yasama erki bu defa anayasal bazda değişikliklerle yargıya cevap vermekte ve kural yaratıcının kendisi olduğunu hatırlatmak istemektedir.

Bu çalışmanın amacı, Türk Anayasa Mahkemesi'nin sergilediği aktivist tutumun ve tutum karşısında yasama erkinin verdiği yanıtın incelenmesi ve değerlendirilmesidir. Hiç şüphesiz Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu, mahkemenin demokratik meşruiyetinin de tartışılmasına ve mevcut yapısının yeniden ele alınmasına da neden olmaktadır. İşte bu tartışma ve düşünce yapısı içerisinde Türk Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yapılandırılması da gündeme taşınmaktadır. Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesinin varlık nedeni, hareket alanı ve tarzı ile bu hareket tarzının sonuçlarıyla birlikte etki-tepki dalgası içerisinde ortaya konmaya çalışılacaktır.

İÇİNDEKİLER

İNİTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR SAYFASI.....	vi
GİRİŞ.....	vii
İÇİNDEKİLER.....	ix
KISALTMALAR.....	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU VE MEŞRULUĞU.....	1
1.1. Anayasa Yargısının Doğuşu.....	1
1.1.1. Teorik Nedenler.....	1
1.1.2. Pratik Nedenler.....	4
1.1.3. Ülkemizdeki Gelişim.....	8
1.2. Anayasa Yargısının Meşruluğu.....	12
1.2.1. Anayasa Yargısının Hukuki Meşruluğu.....	12
1.2.1.1. Normlar Hiyerarşisi.....	13
1.2.1.2. Kuvvetler Ayrılığı.....	13
1.2.1.3. Anayasadan Kaynaklanma.....	14
1.2.1.4. Hak Temelli Yaklaşım.....	15
1.2.2. Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu.....	17

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN AKTİVİST TUTUMU.....	23
2.1. Genel Görünüm.....	23
2.2. Somut Olaylar.....	26
2.2.1. Cumhurbaşkanı Seçiminde 367 Kararı.....	26
2.2.1.1. Cumhurbaşkanlığı Krizinin Nedeni.....	26

2.2.1.2. Anayasa Mahkemesinin Kararı.....	29
2.2.1.3. Karara Tepkiler ve Değerlendirme.....	32
2.2.2. Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi.....	34
2.2.2.1. 2008 ve 2010 Tarihli Kararlar.....	34
2.2.2.2. 1961 Dönemindeki İçtihatlar.....	41
2.2.3. Laiklik ile İlgili Kararlar.....	44
2.2.3.1. Türbanla İlgili Kararlar.....	44
2.2.3.1.1. 1989 Tarihli Birinci Türban Kararı.....	46
2.2.3.1.2. 1991 Tarihli İkinci Türban Kararı.....	49
2.2.3.2. Siyasi Parti Kapatma ile İlgili Kararları.....	51
2.2.4. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Denetimi.....	54
2.2.5. Yürürlüğü Durdurma Kararı.....	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. AKTİVİST TUTUMUN YANSIMALARI (ETKİ-TEPKİ DALGASI).....	64
3.1. Yasama Organının Tepkisi.....	64
3.1.1. Anayasa Değişikliklerinin Denetimi.....	64
3.1.2. 367 Kararı.....	65
3.1.3. Türban Kararları.....	66
3.1.4. Özelleştirme.....	67
3.1.5. Siyasi Parti Kapatmalar.....	72
3.2. ANAYASA MAHKEMESİNE ETKİSİ.....	76
3.2.1. Mahkemenin Var Olan Yapısı.....	76
3.2.1.1. Mahkemenin Oluşumu.....	76
3.2.1.2. Mahkemenin Görev ve Yetkileri.....	81
3.2.2. 12 Eylül 2010 Tarihli Referandum ile Getirilmek İstenen Yeni Yapı.....	83
SONUÇ.....	90
KAYNAKÇA.....	94
EKLER.....	100
ÖZGEÇMİŞ.....	100

KISALTMALAR

ABD.	:	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	:	Adı geçen eser
a.g.m.	:	Adı geçen makale
AKP.	:	Adalet ve Kalkınma Partisi
AMK.	:	Anayasa Mahkemesi
AMKD.	:	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHF.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF.	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
çev.	:	Çeviren
dp.	:	Dipnot
DEÜ.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜHF.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	:	Esas
Edt.	:	Editör

FP.	:	Fazilet Partisi
HZP.	:	Huzur Partisi
İÜHF.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	:	Karar
KHK.	:	Kanun Hükmünde Karamame
k.t.	:	Karar tarihi
Md.	:	Madde
MEB.	:	Milli Eğitim Bakanlığı
MNP.	:	Milli Nizam Partisi
ÖZDEP.	:	Özgürlük ve Demokrasi Partisi
prg.	:	Paragraf
RG.	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
SPK.	:	Siyasi Partiler Kanunu
TBMM.	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBMMTD.	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi
YÖK.	:	Yüksek Öğretim Kurulu

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU VE MEŞRULUĞU

1.1. ANAYASA YARGISININ DOĞUŞU

Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun sağlıklı bir şekilde değerlendirebilmesi, öncelikle anayasa yargısının meşruluğunun incelenmesini gerektirmektedir. Kuşkusuz böyle bir inceleme için de, bu tür bir yargısal denetimin ne zaman ve ne şekilde ortaya çıktığını hatırlamakta büyük fayda vardır. Bu nedenle, ilk olarak anayasa yargısının doğuşu ve özellikle ülkemizdeki gelişimi hakkında bilgi verilecek sonrasında ise bu tür bir denetimin ne denli meşru kabul edilebileceği konusu mercek altına alınacaktır.

1.1.1. Teorik Nedenler

Anayasa yargısının soyut, düşünsel temellerini doğal hukuk düşüncesine ve eski Yunan'a kadar taşımak¹ mümkün ise de; aslında somut, pratik anayasa yargısı son iki asrın ürünüdür.² Anayasa yargısının temelini normlar arasındaki astlık üstlük ilişkisi ve anayasanın en üstün norm olarak kabulü oluşturur. Bu üstünlüğün bir anlam kazanabilmesi, ancak kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ile mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi Avusturyalı

¹KIRATLI, Metin (1966) Antik Yunan'da bir kural türü olan nómos ile diğer bir kural türü olan pséphisma arasındaki ilişki günümüzdeki yasa ve anayasa kuralları arasındaki ilişkiye benzetilmektedir. Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 212194, s.8-9, Ankara. ; ONAR, Erdal (2003) Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler, s. 1-4, Ankara.

²TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Nemei (2004) 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 439, Beta Yayınları, İstanbul.

hukukçu Hans Kelsen'in ortaya koyduğu normlar hiyerarşisinin mantıki bir sonucudur.

Kelsen'e göre; hukuk kuralları bir piramit oluşturmakta olup, bu piramidin en tepesinde anayasa yer almaktadır. Kelsen'e göre, bu piramitte hiçbir alttaki normun üstteki norma aykırı olması mümkün değildir. Nitekim, üstteki norm alttaki normun geçerlilik nedenidir. Bunun anlamı, hukuku yürürlüğe koyan ya da uygulayan her düzeydeki organ, meşru ve geçerli norm yaratmak istiyorsa bir üst norma uygun davranmak durumundadır. Bu bakış açısında anayasa yargısı için temel dayanak, kurallar kademelenmesidir. Dolayısıyla, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, anayasaya uygunluk denetiminin mantıki ve hukuki temelini oluşturmaktadır.³

Hukuk devleti (rule of law, etat de droit) anlayışı da anayasa yargısının varlığını gerekli kılmaktadır.⁴ Yakın bir zamana kadar hukuk deyiminden, sadece yürütme organının kanunlara bağlılığını sağlayacak denetim anlaşılıyordu. Çünkü, tarihi süreçte özgürlük mücadelesi hep monarka karşı yapılmış ve parlamentolar monarka karşı özgürlükleri koruyucu işlev üstlenmişti. Bu anlayış içerisinde hukuk devleti kanun devleti ile özdeşleşiyordu. Oysa, yine tarih göstermiştir ki, parlamentolardaki geçici çoğunlukların çıkardıkları kanunlarla da özgürlükler çığnenebilmekte ve baskı rejimleri yaratılabilmektedir. Bu durum da, özgürlüklerin koruma altına alınabilmesi için kanun devletinin yeterli olmadığını, parlamentonun çıkardıkları kanunların da denetlenmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.⁵

Sınırlı iktidarı yaratmayı amaçlayan kuvvetler ayrılığı kuramı da anayasa yargısının varlığını gerektirmektedir. Aslında çok daha önceden Aristoteles tarafından temelleri atılan kuvvetler ayrılığı kuramı, Montesquieu ile bütün

³TUNÇ, Hasan (1998), Makaleler, s.75, Konya; TANÖR, B.-YÜZBAŞIOĞLU,N., a.g.e., s. 440, TEZİÇ, Erdoğan (2003), Anayasa Hukuku, 8. Bası, s.9, Beta Yayınları, İstanbul.

⁴ÇAĞLAR,Bakır (1991), *Anayasa Hukuku ve Anayasa'nın Anayasa'nın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*' Anayasa Yargısı 8, s. 18, AMK. Yayınları, Ankara.

⁵ÖZBUDUN, Ergün (2002), Türk Anayasa Hukuku, s.341, Yetkin Yayınları, Ankara, TEZİÇ, a.g.e., s. 176-177, TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s. 440.

açıklığıyla çağdaş ifadesini bulmuştur.⁶ Montesquieu'ya göre, 'yasama kuvvetiyle yürütme kuvveti aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse ortada özgürlük diye bir şey kalmaz...yargı kuvveti yasama kuvvetinden ayrılmaz ise yine ortada özgürlük diye bir şey kalmaz.'⁷ Bu kuvvetler arasında çıkabilecek olan ihtilaflarda nihai ve kesin kararı verebilecek bir mekanizmanın varlığı, sistemin ahengini sağlayacaktır.⁸

Düşünsel alanda, monarşik güç tekeline ilk karşı çıkan düşünür, John Locke olmuştur.⁹ Locke, doğal yaşamda çok özgür ve mutlu olan insanların, doğal kurallara uymayan insanlar üzerindeki cezalandırma haklarını bir sosyal sözleşme ile üstün bir buyurma gücüne terk ettiklerini ve böylece siyasal toplumun oluştuğunu savunmaktadır. Locke' a göre bu şekilde oluşan siyasal toplumda dört işlev bulunmaktadır. Bunlar; a) yasama işlevi, b) yargı işlevi, c) kanunların yürütülmesi işlevi ve d) savaş ve barış kararı alma gibi bir takım uluslar arası ilişkileri düzenleme işlevidir. Locke, bunlardan yasama işlevinin üstün olduğuna ve diğer işlevlerin ondan kaynaklandığına işaret etmektedir. O'na göre, yasama işlevinin somut bir görünümü olan kanun yapma yetkisi sınırsız değildir. Yasama iktidarı kanun yaparken toplumun ortak iyiliğini gözetmek durumundadır. Örneğin, konulan kuralların, insanların can ve mallarını, doğal yaşamda sahip oldukları hak ve özgürlüklerini koruması gerekir. Locke, aksi halde sözleşmenin hükümlerine uyulmamış olunacağını ve böyle bir durumda da kişilerin, alınan kararlara uyma yükümlülüklerinin kalmayacağını ve direnme haklarını kullanabileceklerini ileri sürmektedir.¹⁰

⁶TURHAN, Mehmet (2005), Anayasal Devlet, s.87, Natural Yayınları 4. Baskı, Ankara.

⁷MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, çev. BALDAŞ ,Fehmi (2004), s.101, Seçkin yayınları, Ankara.

⁸TUNÇ, a.g.e., s. 76.

⁹TUNÇ, a.g.e., s. 82.

¹⁰AKIN, İlhan F. (1980), Kamu Hukuku, s.138-139, İ.Ü.H.F. Yayınları No: 600, İstanbul; OKANDAN Recai G.(1968), Umumi Amme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), s.554-557, İ.Ü.H.F. Yayınları No: 295, İstanbul, ONAR, a.g.e., s. 8. Geniş bilgi için bkz. RUSSEL,Bertrand , Batı Felsefesi Tarihi,çev.SANCAR, M. (1983), s.618-621, Say Yayınları, İstanbul; GÖZE, Ayferi (1982), Siyasal Düşünceler Tarihi, s.178-191, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul.

Düşünsel bazdaki bu gelişmeler zamanla anayasal hareketlerde de etkilerini göstermeye başlamıştır. Örneğin, ABD.'de anayasal hareketlerin daha başlangıcında Madison, yasama, yürütme ve yargı erklerinin tek elde toplanmasının "tiranlık" anlamına geleceğini bildirmiştir.¹¹ Gelişmeler giderek hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü düşüncesinin doğumuna yol açmıştır. Bu düşünce ve normlar hiyerarşisi fikri, sonrasında kıta Avrupa anayasa mahkemelerinin ortaya çıkmasına kaynaklık etmiştir.

Anayasa yargısı organları anayasanın üstünlüğü anlayışını hayata geçirirken dar bir alandan aykırılık denetimine başlamışlardır.¹² Doğal hukuk anlayışı bu sürece önemli katkılarda bulunmuştur. Doğal hukuk düşünürlerine göre, doğal hukuk, pozitif hukuktan üstündür. Doğal hukuka aykırı pozitif hukuk kuralları geçersizdir ve bağlayıcı olmaları da mümkün değildir. İşte bu üstün hukuka aykırı hukuk kuralı olamayacağı fikri, anayasanın üstünlüğü düşüncesini desteklemiştir.¹³

1.1.2. Pratik Nedenler

Demokrasinin beşiği olan İngiltere'de yazılı anayasa sistemine geçilmemiş ve parlamentonun üstünlüğü' ilkesi kesin olarak kabul görmüştür. İngiltere'de kabul gören görüşe göre, parlamento kadını erkeğe dönüştürmek dışında her şeyi yapabilecek durumdadır.¹⁴ Buna rağmen, yasamanın tasarruflarının anayasaya aykırı olamayacağı, bunların hiçbir hüküm ifade etmeyeceği, ve anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce uygulanamayacağına dair ilk pratik örnek de İngiltere'de karşımıza çıkmaktadır.¹⁵

¹¹BREWER, Alan R. –CARIAS (1989), *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Pres, Great Britain.

¹²BATUM, Süheyl (1993), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, s.142, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul.

¹³TUNÇ, a.g.e., s.84.

¹⁴MACHACEK, Rudolf (1993), *Temel Hak Temini ile Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı*, Anayasa Yargısı 9, AMK. Yayınları, Ankara.

¹⁵MCWHINNEY, Erdward (1981), *Constitution-making: Principles, Process, Practice*, s.111, University of Toronto Pres, Canada.

Hakim Edward Coke, 1612 tarihli Dr. Bonham's Case kararında,¹⁶ Kral ve Parlamento tarafından yapılan kanunların, yıllar içerisinde mahkemelerce verilen kararlar neticesinde oluşan common law'a aykırı olamayacağını ileri sürmüştür. Hakim Coke söz konusu kararında, 'Parlamentonun yapmış olduğu bir kanun, ortak hukuktan kaynaklanan haklara ve ilkelere aykırı ise veya hoş karşılanmayan bir düzenleme ise, ya da uygulanması imkansızsa, ortak hukuk tarafından denetlenir ve bu gibi kanunların geçersizliğine hükmolunur.' demektedir.¹⁷ Coke, bu kararı ile, ilerideki yıllarda karşımıza çıkacak olan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin tohumlarını atmaktaydı.¹⁸

Kanunların common law'a aykırı olamayacağını savunan bu tür görüşlerin yanında; konuyu tümüyle pozitivist bir biçimde ele alıp, 'kanun kanundur' anlayışı içinde, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesini kabul etmeyen görüşler de bulunmaktadır.¹⁹ Halk tarafından seçilmiş yasama erkini hukuk kurallarının tek kaynağı olarak gören ve yargı erkinin kanunlardan üstün bir takım hukuk kuralları yaratmasına karşı çıkan bu görüşler özellikle XIX. yüzyılda etkili olmuştur. Bu dönemde genellikle, bir hakimin rolünün sadece kanunu önündeki olaya uygulamaktan ibaret olduğu savunulmuş ve kanunun üstün bir hukuk kuralına uygunluğunun denetlenmesine karşı çıkmıştır. Hatta bu konuda çok katı kurallar koyulduğu da olmuştur. Örneğin, 1780'de Germen Krallıklarında ve 1791 Anayasası ile Fransa'da, yargı organlarının kanunlar üzerinde bu tür girişimlerde bulunmaları tümüyle yasaklanmış ve ceza kanunlarında bu yasağa karşı kanunları uygulamaktan

¹⁶Söz konusu davada; tabipler odası, Dr. Bonham'ın Londra Tabipler Odası'nın lisansını almayarak sadece Cambridge Üniversitesi doktor ünvanıyla muayenehane açması nedeniyle kendisine para cezası vermiştir. Para cezasının yarısı tabipler odasına verilecektir. Hiç kimsenin hem taraf hem de karar veren durumunda olamayacağı gerekçesiyle mahkeme, tabipler odası aleyhine karar vermiş ve böylelikle anayasa yargısının ilk örneğini ortaya koymuştur. Bkz. ABRAHAM, Henry J. (1980), The Judicial Process, s.321-322, Oxford University Press, Oxford.

¹⁷FEYZİOĞLU, Turhan (1951), Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, s.153, A.Ü.S.B.F. Yayınları, NO:19-1, Ankara.

¹⁸ONAR, a.g.e., s. 7, ÇAĞLAR, Bakır (1989), Anayasa Bilimi, s.25-26, BFS Yayınları, İstanbul. Buna karşılık, esas olarak XIX. yy. başlarında ABD.'de başlayan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi mekanizması ile İngiltere'deki örnekler arasında bağlantı kurmanın yanlış olduğunu ileri sürenler de vardır. Bu konuda bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 153-154.

¹⁹Nitekim İngiltere'de de, parlamentonun common law'a aykırı tasarrufla bulunamayacağı düşüncesi 1688 tarihli Glorious Revolution ile tamamen etkisizleştirilmiş ve parlamentonun üstünlüğü fikri yerleştirilmiştir. TUNÇ, a.g.e., s. 85.

kaçınan hakimlere ceza yaptırımını öngör÷lmüştür.²⁰ Aynı tür düşüncelere doktrinde de rastlanılmaktadır. Örneğin Alman düşünürü Carl Schmitt, yasama erkinin yaptığı kanunların, yargı organlarınca denetlenmesine karşı çıkmakta ve bu tür bir denetimin siyaseti yargılaştıracığını ya da yargının siyasileşeceğini ileri sürmektedir.²¹

Hakim Coke'un görüşleri, doğal hukuk düşüncesiyle birleşerek ABD.'de anayasa yargısının doğumunda pay sahibi olmuştur. ABD.'deki anayasa yargısının doğumunu koloni dönemlerine kadar geriye götürmek mümkündür. Amerika'ya göç edenler, İngiliz Milletler Topluluğu'na bağlı (Commonwealth Countries) devletçikler kurmuşlardır. Genelde İngiltere'den bu topraklara geçen insanlar, gelirken anavatanlarına ait siyasi ve hukuki sistemlerini de beraberlerinde taşıdıklarından, İngiltere'dekine benzer devlet yapıları oluşturmuşlardır.²² İngiliz Kolonileri, Kraliyet kurallarına bağlı kalmak zorundadır. Bu nedenle, kolonilerin kendi yasama ve yürütme erkleri olsa bile, kanunları kraliyet kurallarına aykırı olamayacaktır. Görüleceği üzere, bu yapılanmada İngiliz Hukuku ve Parlamentosunun üstünlüğünün koloni devletlerince kabulü söz konusudur. İngiliz Kraliyet Konseyi (Privcy Council of the King) koloni kanunlarının İngiliz kanunlarına uygunluğunu denetleme ve bunları geçersiz kılabilme yetkisine sahiptir. Kraliyet Konseyinin 1696 ile 1782 yılları arasında yaptığı denetimlerde koloni devletlerine ait 600'den fazla kanunu geçersiz kıldığı belirtilmektedir.²³

Böylelikle İngiltere Devleti kendi ülkesinde uygulamadığı Coke doktrinini, kendi kolonileri üzerinde uygulamıştır. Bu baskı ve tecrübeler sonrası, bağımsızlığa kavuşan Kuzey Amerika Kolonilerinde anayasanın üstünlüğü düşüncesi kabul görmüştür. Koloni devletleri, bağımsızlık mücadelesi sonrasında, özellikle anayasa yapımı sürecinde parlamentoya duyulan güvensizlik nedeniyle yeni arayışlar içersine

²⁰STONE, Alec (1990), *The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and policymaking in Western Europe*, s.82, Policy Studies Journal, Vol. 19, Num. 1, Fall.

²¹GÖREN, Zafer (1999), *Anayasa Hukukuna Giriş*, s.253, 2. Baskı, D.E.Ü. Yayınları, İzmir.

²²ARSEL, İlhan (1958), *Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme*, s.104, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara.

²³TUNÇ, a.g.e., s. 86.

girmişlerdir.²⁴ Nihayet, ABD.'de 1803 tarihli 'Marbury v. Madison' davasında verdiği meşhur kararı ile hakim Marshall bu gelişmelere son noktayı koymuştur.²⁵

Meşhur kararda özü itibarı ile şu görüşlere yer verilmiştir: “Yargı erkinin başlıca görev ve yetkisi hukukun ne olduğunu beyan etmektir. Bir hukuk kuralını belirli olaylara uygulayan kimseler, ister istemez bu kuralı yorumlayacaktır. Yargıç, birbiriyle çakışan iki kanun arasında kalınca, bunlardan her birinin uygulama alanını belirlemek zorundadır. Bir olayda uygulanması gereken kanun, Anayasaya aykırı ise ve söz konusu olayla ilgili bir Anayasa hükmü varsa yargıç ya kanunu uygulayarak Anayasayı ihlal edecek, ya da Anayasa hükmünü uygulayarak kanunu ihmal edecektir. Bu doğrudan doğruya yargı erkinin kendisidir, özüdür. Şu halde, yargıç Anayasayı nazari itibara alacaksa ve Anayasa, Yasama organının alelade tasarruflarından üstünse, kanunla Anayasanın çarpışması halinde, hadise kanuna göre değil, Anayasaya göre çözülmelidir...

...Yasama organının Anayasaya aykırı bir tasarrufu hükümsüz ise, geçersizliğine rağmen mahkemeleri bağlar mı? Mahkemeler onu tatbiki mecbur mudur? Yahut, diğer bir deyişle, böyle bir tasarruf kanun olmadığı halde tıpkı kanun imiş gibi tatbiki mümkün bir hukuk normu teşkil eder mi? Böyle bir iddia, nazari bakımdan kabul edilen bir gerçeğin fiiliyatta reddedilmesi demektir ve manasızlığı ilk bakışta göze çarptığı için üzerinde durmağa değmez...

Anayasa ya alelade kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur. Ya da yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği, alelade kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise, yasama organının Anayasaya aykırı tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise, yazılı anayasalar mahiyeti icabı sınırlandırılması imkansız olan bir kuvveti sınırlandırmak için milletlerin giriştikleri manasız teşebbüslerdir... ”²⁶

Marbury v. Madison davasındaki bu görüş, özellikle J.J. Rousseau'nun “yasa genel iradenin ifadesidir.” şeklindeki görüşünün etkisiyle Avrupa'da pek rağbet

²⁴ARSEL, a.g.e., s.128.

²⁵Marbury v. Madison davasında, kararın verilmesine yol açan olaylar ve kararın gerekçesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 164-170.

²⁶FEYZİOĞLU, a.g.e. s.166; TUNÇ, a.g.e., s. 87.

görmemiştir. Yasama organının da baskı aracı olabileceği ancak II. Dünya Savaşı sonrasında kabul anlaşılmış ve Anayasa Mahkemeleri yaygınlık kazanmıştır.²⁷

1.1.3. Ülkemizdeki Gelişim

Türkiye’de Anayasa rejimi, Osmanlı Devleti’nin meşrutiyet sistemine geçişinden bu zamana, sert, özel şekle tabi Anayasa metinleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır. Fakat Anayasa Yargısı bakımından öteden beri sakıncalı bir boşluk var olmuştur. Zira böyle bir yargı için ne özel bir merci ne de özel bir yargı yeri mevcut olmuştur.²⁸

İlk Anayasamız olan Kanun-i Esasi’nin 115. maddesinde “Kanun-i Esasi’nin hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile tatil ve icradan iskat edilemez” hükmü yer aldığı gibi 116. maddesinde de Kanun-i Esasi’nin katılığı, yani diğer kanunlardan ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu maddeler, Anayasanın kanunlara olan üstünlüğünü belirtmekte fakat yargısal denetimden bahsetmemektedir. Aynı Anayasanın 64.maddesi ile ise siyasi denetime imkan tanınmaktadır.²⁹

Görüldüğü üzere, 1876 Anayasasında yargısal denetime hiç yer verilmemekte, buna karşılık, ikinci meclise tanınan yetki ile, siyasi denetime belirli ölçüde müsaade edilmiş bulunmaktadır.

Kuvvetler birliği ve Meclis hükümeti sistemini kabul eden 1921 Anayasası’nda ise, Anayasa Yargısı ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktaydı. Her ne

²⁷TURHAN, a.g.e., s. 110.

²⁸BALTA, Tahsin Bekir (1961), “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, s.548, A.Ü.H.F.D., c. XVIII, S.1-4, Ankara.

²⁹Söz konusu 64. madde şu şekildedir: Heyeti Ayan, Heyeti Mebusan’dan verilen kavanin ve muvazene layihalarını tetkik ile eğer bunlar da esas-ı unsuru diniyeye ve zatı Hazreti Padişahının hukuk seniyesine ve hürriyete ve vatanın esbabı müdafaa ve muhafazasına ve adabı umumiyeye hanel verir bir şey görür ise, mütaalasını ilavesile ya kat’iyyen red ve yahut tadil ve tashih olunmak üzere Heyeti Mebusan’a iade eder ve kabul ettiği layihaları tasdik ile Makamı Sadarete arz eyler ve Heyete takdim olunan arzuhalları bitektik lüzum görür ise ilavei mütalaa ile beraber Makamı Sadarete takdim eder.

kadar, 1921 Anayasası'nın 7. maddesinde, kanun ve nizamların oluşturulmasında zamanın ihtiyaclarına en uygun fıkıh ve hukuk hükümleri ile usul kuralları esas alınır denilerek, yasama organına kanun yapımında bir tür sınır çizilmişse de, buna uyulup uyulmadığını denetleyecek bir yapı oluşturulmamıştır.³⁰ Gerek bu anayasanın yumuşak bir anayasa olması, gerek temel hak ve özgürlükler ile yargı organlarına bu Anayasa'da hiç yer verilmemesi ve gerek Birinci Büyük Millet Meclisinin bir ihtilal Meclisi olması nedeniyle, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi gibi bir kavram o günlerin gündeminde yer almamıştır.³¹

1924 Anayasası'nda getirilen düzenlemede de, Anayasa Yargısı ile ilgili açık bir ifade bulunmamaktadır. Ancak 1924 Anayasası'nın 103. maddesinde "Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal ve tadil olunamaz." hükmü yer almıştır. Diğer bir deyişle kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz. Ancak bu aykırılığın kim tarafından ne şekilde tespit edileceği belli değildir. Bu durum, doktrin ve içtihat da farklı görüş ve uygulamalara sebep olmuştur.

Doktrinin önemli bir kısmı, Anayasanın üstünlüğü ilkesi ile, kanunların Anayasaya aykırılığını ve Anayasanın ihmalini yasaklayan Anayasa hükmüne dayanarak; mahkemelerin kanunların Anayasaya uygunluğunu incelemek ve Anayasaya aykırı kanunları uygulamaktan kaçınmak yetkisine haiz olduklarını, haklı olarak savunmuştur. Buna karşılık, mahkemelerin böyle bir yetkisini reddeden görüşün de kuvvetli tarafları mevcuttu. Bu görüşün en önemli dayanağı, Anayasanın 52. maddesinde belirtilen tüzüklerle ilgili hükümdü. Bu maddeye göre; "Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta, bunun mercii halli Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir." Görüş taraftarlarına göre; Meclis, egemenliği kullanan tek organdır, bu sebeple Meclis'in yaptığı kanunları, açıkça yetkilendirilmedikçe mahkemeler tetkik edemezler.³²

³⁰TANÖR, Bülent (1998), Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, s.260, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

³¹ONAR, a.g.e., s.11

³²Tartışmalar hakkında daha fazla bilgi için: Bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e. s.265 vd.

Yargı organları ise, bir iki küçük istisna dışında bu dönemde kanunların Anayasaya uygunluğunu incelemeye pek yanaşmamıştır. Bazı ilk derece mahkemeleri bu yetkiyi kendilerinde görmüş ise de, Temyiz Mahkemeleri bunu kabul etmemiştir. Bu konuda ilk örnek kabul edilen Akşehir Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 19.11.1949 tarihli kararı ve 7.4.1952 tarihli ısrar kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 3.12.1952 tarih ve 96/140 sayılı kararı ile reddetmiştir. Söz konusu karara sebep olan olayda; bir köylü çocuğu velisinin rızası olmaksızın Teknik Ziraat Okulu'na kaydedilmiş, iki yıl sonra ise kaydı silinmiştir. Öğrenciye yapılan masraflar velisinden talep edildiğinde veli, kaydın rızası dışında yapıldığından bahisle ödemeyi kabul etmemiştir. İlk derece mahkemesi ilgili kanunun Anayasa'ya aykırı olması gerekçesi ile davayı reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin ısrarı neticesinde, olay Hukuk Genel Kurulu'nda incelenmiş, Hukuk Genel Kurulu'da alt derece mahkemesini haksız bulmuştur.³³ Özellikle Temyiz merciinin olumsuz tutumları neticesinde somut norm denetimine yönelik adımlar sonlanmıştır.

Danıştay konuya daha olumlu yaklaşmış bulunmaktadır. Kanunları Anayasa ile bağdaştıran bir yorum metodu uygulayan idari yargı merci, bazı işlemler aleyhine yargı yolunu kapayan kanunları, işlemin takdir unsuruna hasretmek suretiyle manalandırarak ilgili idari merci kararlarını, kanuni şartlar eksikliği sebebiyle iptal etmiştir.³⁴

Gerek doktrin gerekse yargı içtihatlarında çokça tartışılmış olmasına rağmen, 1961 Anayasası dönemine kadar Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçek anlamda anayasa yargısı kurulamamıştır.

Anayasa yargısını gerçekleştirme yolunda ilk fikirler hukukçu çevresinden kaynaklanmıştır. Fakat 1945'te siyasi hürriyetli demokratik rejim başladıktan sonra, siyasi çevreler de artık anayasa yargısı ile ilgilenir olmuşlardır. Çünkü, Anayasa'ya aykırılık özellikle siyasi haklar sahasında kendini göstermiştir. İktidar partisinin üst yöneticileri, Meclis'in milli hakimiyet temsilcisi sıfatıyla yaptığı kanunların

³³Daha ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, a.g.e. s.255 vd.

³⁴BALTA, a.g.m., s. 550, FEYZİOĞLU, a.g.e., s. 257.

Anayasaya uygunluğunu inceleme konusunda son söz sahibi olduklarını ileri sürmüşlerdir.³⁵

Aksi düşünce ile, muhalefet partileri siyasi çıkarları gereği bir Anayasa Mahkemesi kurulmasının zorunluluğu görüşünde birleşmekteydiler. Tarafsız çevreler ve özellikle basın çevresi, muhalefetin bu isteğini desteklemekteydi. İkinci bir meclisin kurulması, insan hak ve hürriyetlerinin genişletilmesi yanında, bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulması isteği, 1924 Anayasası rejiminin son yıllarında Anayasaya aykırı kanun ve tedbirlerin artması karşısında, siyasi mücadelelerin parolası haline gelmiş bulunmaktaydı. Bu sebeple yeni bir anayasanın hazırlanması halinde bir anayasa mahkemesinin kurulması fikri genel kabul görmüştür. Bu itibarla, 1961'de halk oyu ile kabul edilen Anayasada, Anayasa Mahkemesinin kurulması öngörülmüştür.³⁶

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin kurulması yanında, dava ve itiraz yolu ile yargı denetimine açık bir şekilde yer vermiştir. Daha sonra, Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında 22.04.1962 tarih ve 44 sayılı kanunla Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu gerçekleştirilmiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'na göre bazı değişiklikler içermekle beraber, Anayasa Yargısını esasta aynen kabul etmiş ve bu yargının Anayasa Mahkemesi'nce yürütülmesi kuralını korumuştur. 44 sayılı kanunu yürürlükten kaldıran 10.11.1983 tarihli, 2949 sayılı kanun, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve yargılama usullerini, 1982 Anayasasına göre yeniden düzenlemiştir.³⁷

³⁵TUNÇ, a.g.e., s.106

³⁶BALTA, a.g.m., s. 551,

³⁷ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1984), "Türk Anayasa Yargısında Denetim Yolu", Danıştay Dergisi, Y.14. s.54-55.

1.2. ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU

Anayasa yargısının meşruluğu üzerindeki tartışmaların ortaya konulması, Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist bir tutum sergileyip sergilemediğinin değerlendirilebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Öncelikle hemen belirtelim ki, doktrinin büyük bir çoğunluğu, anayasa yargısını, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesini meşru kabul etmektedir. Çok az duyulan bir ses olsa da, bunun aksini, yani anayasa yargısının aslında pek meşruiyet taşımadığını savunanlar da bulunmaktadır.

Anayasa yargısının meşruiyetine ilişkin görüşlerin bilinmesi, Türk Anayasa Mahkemesi'nin hareket tarzı hakkında daha kolay şekilde karar sahibi olunmasını sağlayacaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar neticesinde çokça eleştirilen bir kurum haline gelmesi, Mahkemenin meşruiyetinin tekrar sorgulanmasına ve meşruluk konusunda kabul gören görüşlerin değişmesine yol açabilecektir.

1.2.1. Anayasa Yargısının Hukuki Meşruluğu

Birçok ülkede anayasa yargısı kabul edilmiş olmakla birlikte, bu yargılama sisteminin demokratik meşruiyeti hala tartışılan bir sorundur. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkemenin “anayasanın üstünlüğü” ilkesine dayanarak başlattığı anayasallık denetimi, Anayasanın böyle bir yetkiyi Mahkemeye vermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Anayasa yargısının meşruiyeti Avrupa ülkelerinde de tartışılan bir konudur. Ancak bu ülkelerde anayasa yargısı ve mahkemelerin yetkileri doğrudan anayasalar ile düzenlenmiş bulunduğundan, tartışmanın zemini hukuki meşruiyetten demokratik meşruiyete kaymış bulunmaktadır.³⁸

Çoğunluk tarafından kabul gören, anayasa yargısının hukuki meşruiyeti temelde şu düşüncelere dayanmaktadır:

³⁸ATAR, Yavuz, 'Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması', (Anayasa Mahkemesi'nin 46. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Tebliğ) www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/yavuz_atar.pdf (12.07.2009)

1.2.1.1. Normlar Hiyerarşisi :

Kelsen tarafından ortaya konan normlar hiyerarşisi kuramı uyarınca hukuk kuralları arasında bir astlık ve üstlük ilişkisi bulunmaktadır. Buna kurama göre, alttaki hiçbir norm üstteki norma aykırı olamayacak ve aykırılık halinde üstteki norm uygulanırken, alttaki norm iptal edilebilecektir.

Anayasa, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alır ve kanunlardan üstündür. Dolayısıyla yasama organı anayasaya aykırı kanun yapmamalıdır. Ancak, yasama erki tarafından anayasaya aykırı kanunlar yapılabilmektedir. Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi ve bir anlam ifade edebilmesi için kanunların yargısal denetiminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kanun uygulanmaya devam ederse, Anayasanın üstünlüğünün ve dolayısıyla normlar hiyerarşisinin hiçbir anlamı kalmaz. O hâlde, bu hiyerarşiyi yaptırıma bağlamak, anayasaya aykırı olan kanunu geçersiz kılmak gerekir. İşte bu işi anayasa mahkemeleri yapmaktadır. Dolayısıyla anayasa mahkemeleri, anayasanın üstünlüğü ilkesini, kanunların anayasaya aykırı olmayacağı ilkesini yaptırıma bağlamaktadır. Bu nedenle de anayasa yargısı, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi meşrudur.

1.2.1.2. Kuvvetler Ayrılığı:

Kuvvetler ayrılığı kuramı neticesinde yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında bir denge ve kontrol sistemi yaratılmakta, böylelikle bireyler daha sağlam bir güvence altına alınabilmektedir. Kuvvetler ayrılığı kuramının çağdaş ve açık ifadesini ortaya koyan Montesquieu, yargıyı güçler sıralamasında üçüncü olarak nitelendirmektedir. Montesquieu' ya göre; yargı özgürlükler açısından en az tehlikeli güçtür, çünkü elinde zarar verebilecek silahları yoktur. Hatta bu anlamda yasama ve yürütmeyle karşılaştırıldığında yargı neredeyse bir 'hiç'tir.³⁹

³⁹MONTESQUIEU, a.g.e., s.56.

Montesquieu'nun bu düşünceleri, ABD. Anayasası'nı yapanlara, özellikle de Federalistlere yargısal denetimini haklılaştırmada esin kaynağı olmuştur.⁴⁰ Örneğin Alexander Hamilton, 78 No'lu Federalist Paper'ı yargı konusuna ayırmıştır. Hamilton, yargısal denetim yetkisinin anayasa tarafından mahkemelere verildiğini ileri sürmektedir. Hamilton'a göre, 'devredilen bir yetkiyi kullanan her organın, bu yetkiyi devredene aykırı olan eylemleri geçersizdir' ilkesi gereğince, mahkemelerin Kongre tarafından Anayasaya aykırı olarak çıkartılan kanunları geçersiz ilan etme yetkisi vardır. Hamilton, söz konusu ilkeye dayanarak vardığı sonucu şu şekilde açıklamaktadır:⁴¹

'Bu nedenle yasama organının Anayasaya aykırı hiçbir kararı geçerli olamaz. Bunu reddetmek, vekilin asıldan, hizmetçinin efendisinden, halkın temsilcilerinin halkın kendisinden üstün olduğunu kabul etmek anlamına gelecektir...Mahkemelerin halk ile yasama arasında, ikincisini kendisine verilen yetki sınırları içerisinde tutma görevini de yerine getiren, bir ara kurum olarak dizayn edildiğini düşünmek daha rasyoneldir...Bir temel kanun olan Anayasanın ve yasama organının yaptığı diğer kanunların anlamını belirleme işi yargıçlara aittir.'

1.2.1.3. Anayasadan Kaynaklanma :

Madem ki hukuk sisteminde en üstün norm anayasadır, o halde bu en üstün normdan kaynaklanan bir kurumun meşruiyetinin temelinde yine bu üstün norm bulunmaktadır. bir başka deyişle; özellikle sert anayasalara sahip ülkelerde, anayasa yargısı ve anayasa mahkemeleri biçimsel ve hukuksal meşruluklarını doğrudan anayasa hükümlerinden almaktadırlar.⁴²

Örneğin 1982 Anayasası'nın 146. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 146. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu, 148. maddesi ise Anayasa

⁴⁰ARSLAN, Zülhtü (2005), *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, s.30, Ankara.

⁴¹Hamilton A., Madison J, Jay J. (1961), *The Federalist Papers*, Mentor Books, s.467, New York, Arslan, a.g.e. s.30'dan naklen.

⁴²TURHAN, Mehmet (2006), '*Anayasa Yargısının İşlevi ve Meşruluğu*', *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, s.48, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.

Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Kuşkusuz bu noktada söz konusu olan, Anayasa Mahkemesi'nin demokratik meşruluğu değildir. Ancak asli kurucu iktidar, daha önceden konulmuş olan hiçbir hukuk kuralı ile bağlı ve kayıtlı olmaksızın, bir devleti kuran, ona hukuki ve siyasi statüsünü veren iktidar⁴³ olduğuna göre, asli kurucu iktidarın bu seçimini de meşruluk değerlendirmesinde göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

1.2.1.4. Hak Temelli Yaklaşım:

Anayasa yargısının meşruluğunu destekleyen önemli bir savunma da hak temelli yaklaşımı benimseyenlerce yapılmaktadır. Buna göre, anayasa ile belirlenen ve çoğunluğun da müdahale edemeyeceği temel hak ve özgürlükler bulunmaktadır. Bu temel hak ve özgürlüklere yönelik en ciddi tehlike çoğunluğun desteğini arkasına alan siyasal iktidardan gelmektedir. Bu nedenle, hakların korunması bizzat çoğunluğun insafına bırakılmamalıdır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi, denetim işinin yasama erkine değil, yargı erkine bırakılmasına bağlıdır.⁴⁴

Anayasa yargısının hukuki meşruiyeti temelde kabul görmektedir. Ancak özellikle Kemal Gözler tarafından anayasa yargısının hukuki meşruiyeti dahi ciddi şekilde sorgulanmaktadır.⁴⁵ Gözler'e göre asıl mesele, anayasanın üstünlüğü prensibinin kim tarafından ve nasıl yaptırıma bağlanacağıdır. Zira "anayasaya uygunluk denetimi aynı zamanda anayasayı yorumlamanın da bir yoludur" yani anayasa yargısının yaptığı şey anayasayı yorumlamak yolu ile kanunların anayasaya uygun olup olmadığına karar vermektir. Çünkü bir kanunun anayasaya uygun olup olmadığı kendiliğinden anlaşılabilir bir şey değildir ve keza anayasa metinlerinin önceden bilinebilir, objektif anlamları yoktur. Bir ülkede anayasa mahkemesi var ise anayasanın yorumlanması görevi bu anayasa yargısı organı tarafından yapılmaktadır.

⁴³TEZİÇ, age., s.149.

⁴⁴ARSLAN, age., s.30-31.

⁴⁵GÖZLER, Kemal (2006), 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu', Ankara Üniversitesi Siyasi Bilimler Fakültesi Dergisi, s.131-166, C.61, S.3, Ankara, 2006.

Çoğunlukla genel ve soyut olan anayasa hükümlerini yorumlarken anayasa mahkemesi yargıçlarının yaptığı şey bir “bilme” işlemi değil bir “irade” işlemidir. Bu yüzden de anayasanın yorumu, onu yorumlayanın yorumuna göre değişir. Gözler bu konuyu şu şekilde izah etmektedir:⁴⁶

“Yorumun bu derece yorumcuya bağlı olmasının nedeni, ... yorumun bir “bilme işlemi” değil, bir “irade işlemi” olmasından kaynaklanmaktadır. Yani bir anayasa maddesinin, bilimsel olarak gözlemlenebilecek, önceden bilinebilecek objektif bir anlamı yoktur ve bu nedenle de yorum kişiden kişiye değişmektedir. Dolayısıyla anayasanın yorumu, yorumcuya bağlıdır. Bu şu anlama gelmektedir ki, anayasanın yorumu, hukukî, yargısal, teknik veya bilimsel faaliyet değil, tamamıyla siyasî bir faaliyettir. Çünkü, bu yorum „bilme“ alanında değil, „irade“ alanında bulunmaktadır. Bu alanda ise alınacak kararlar, akla, tekniğe, bilime değil, karar verenin kişisel tercihin ve iradesine dayanarak alınmaktadır. O hâlde anayasa metnini yorumlamak, yani bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermek, hukukî-teknik-bilimsel bir faaliyet değil, siyasî bir faaliyettir. Bir demokraside ise siyasî kararlar, hakimler tarafından değil, halk veya halkın temsilcileri tarafından alınır. Dolayısıyla, hakimlerin siyasî kararlar alması anlamına gelen anayasa yargısı meşru bir şey değildir”

Bu tespite göre, anayasa mahkemelerinin yorumunun doğruluğu veya yanlışlığı ispat edilebilir bir şey olmadığına göre, mahkemenin verdiği kararlar da doğru veya yanlış olabilir. Bunu belirlemenin bilimsel bir yolu yoktur. İşte bu nedenlerle demokrasilerde irade gerektiren alanlarda, hâkimlerin değil, halkın temsilcileri karar verebileceği belirtilmekte ve bu nedenle anayasa yargısının yaptığı işin meşru olmadığı ileri sürülmektedir.⁴⁷ Gerçekten de bu düşüncelerle; anayasanın yorumlanması problemi, anayasa mahkemelerinin gördüğü işlevi hukuk tekniği

⁴⁶GÖZLER, a.g.m., s. 138-139.

⁴⁷GÖZLER, a.g.m., s. 154.

açısından öyle bir konuma getirmektedir ki, hukuk bilimi açısından anayasa yargısına kazandırılan meşruluk, sorgulanır hale gelmektedir.⁴⁸

1.2.2. Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu

Anayasa yargısının meşruluğu konusunda esas tartışma konusu olan nokta anayasa yargısının demokratik meşruluğu sorunudur. Anayasa yargısının doğumuyla birlikte anayasallık denetiminin demokrasi ile çatıştığı ve demokratik liberal bir sistemde anayasa yargısının meşruluğunun olmadığı savunulmuştur. Anayasa yargısının demokratik meşrutiyeti bulunmadığı yönündeki görüşler temelde şu düşüncelerden kaynaklanmaktadır:

Kanunların anayasallık denetimine tabi tutulması bir anlamda “yasama organı aleyhine ve yargı organı lehine önemli ölçüde bir iktidar transferi” içermektedir.⁴⁹ Keza bir bütün olarak anayasa yargısının işlevlerine bakıldığında, bu durum şimdiye kadar görülmemiş biçimde yasama iktidarının yargıya transferi olarak değerlendirilmektedir. Zira parlamentonun koyduğu kanunları iptal etme ve onları geçersiz kılma yetkisi, anayasa mahkemelerine yasama organı karşısında müthiş bir güç vermektedir. Bir kanunun yürürlüğü bakımından son sözü söyleme yetkisi anayasa mahkemelerine transfer edilmiş olduğundan adeta “gerçekte yasa yapma iktidarının mahkemelere geçtiği ileri sürülmektedir.”⁵⁰

Tam bu noktada anayasa yargısının üstlendiği büyük ve çok önemli işlev dolayısı ile demokratik yönetim ile bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu baş göstermektedir. Çünkü parlamentonun yaptığı kanunların mahkemeler tarafından iptal edilmesi parlamentonun o konudaki siyasi tercihini ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir.⁵¹ Oysa anayasa yargısı organlarının hâkimleri halk tarafından

⁴⁸YOLCU, Serkan, ‘Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu’
<http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrazi/demokrazi5.pdf> s.7, (15.07.2009)

⁴⁹ÖZBUDUN, Ergun (2005), ‘Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu’, Demokrasi ve Yargı, ERGÜN,Ozan Edt. (2005), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.12, Ankara.

⁵⁰YOLCU, a.g.m. s. 8.

⁵¹ERDOĞAN, Mustafa , ‘Anayasa Yargısının Gayri Meşruluğu Üzerine’, Açık Görüş, Star, 03.03.2008.

seçilmemiştir ve hiçbir siyasi sorumlulukları yoktur. Bir demokraside yetki kimde ise sorumluluk da onda olmalıdır. O halde “seçilmiş olmayan ve halka hesap verir (*accountable*) konumda bulunmayan anayasa yargıçlarının geniş devlet yetkilerini kullanmaları, demokratik meşruluk ilkesi açısından nasıl açıklanabilir?”⁵²

Anayasa yargısının küresel yayılmasını henüz gerçekleştirmediği yıllardan bugüne kadar, anayasallık denetiminin demokrasi ile hiçbir şekilde bağdaşmayacağı çünkü bir demokraside toplum yönetimi ile ilgili nihai karar alma yetkisinin seçilmiş temsilcilerde olduğu ve bu yüzden de halkın oyları ile seçilmiş parlamentonun yaptığı kanunların, atanmış bir organ niteliğinde olan hakimlerin oluşturduğu bir mahkeme tarafından geçersiz kılınmasının demokratik yönetim biçimiyle bağdaşmasının mümkün olmadığı savunulmuştur.⁵³

Esasen de anayasa mahkemeleri her ne kadar bir hukuki denetim yapan yargı organı olsalar da verdikleri kararlar ile siyasal alanda sonuçlar doğururlar ve halkın temsilcilerinin iradesine müdahalede bulunma yetkisine sahiptirler. Oysa yöneten ve yönetilenler arasındaki temsil ilişkisinin bürokratik organlarca sekteye uğratılması demokratik bir devlette kabul edilemez. Zira siyasal iktidarın yaptığı kanunlar kötü veya yanlış sonuçlar doğurursa halk karşısında bunun sorumluluğu da yine o siyasi iradeye aittir.⁵⁴ Bu hususu Kemal Gözler şu cümlelerle ifade etmektedir:

“Yasama organının yaptığı bu kanun, ülkenin yararına da, zararına da olabilir. Bu kanunun uygulanmasından doğacak yarar da, zarar da yasama organına ait olur. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde iyi bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlâmento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından ödüllendirilir. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde kötü bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlâmento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından cezalandırılır”⁵⁵

⁵²ÖZBUDUN, a.g.m. s.13.

⁵³ERDOĞAN, Mustafa (2007), Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Orion Yayınevi, s.37, Ankara.

⁵⁴YOLCU, a.g.m., s.10.

⁵⁵GÖZLER, a.g.m., s.133.

Hal böyle olunca demokrasi teorisi açısından anayasa yargısını meşru kılmamanın bir yolu yok gibi gözükmemektedir. Çünkü anayasalık denetiminin yargı organı tarafından yapıldığı bir siyasal sistemde, bir kanunun yapımında son sözü söyleme yetkisi anayasa mahkemelerine ait olmaktadır. Zira anayasa mahkemesinin iptal ettiği bir kanunu onun onayı olmadan çıkarmanın bir yolu yoktur. Oysa demokrasilerde kanun yapma yetkisi halk tarafından parlamentolara verilmiştir. Anayasa mahkemelerinin icazet vermediği bir kanunun parlamentodan çıkarılması mümkün olmadığı sürece anayasa mahkemeleri meşru bir işlev görüyor olamaz; çünkü bu mahkemeler halk tarafından seçilmemişlerdir.⁵⁶ Mustafa Erdoğan'a göre de anayasa yargısının demokratik bir kurum olmadığı hususu tartışma götürmez çünkü anayasa mahkemeleri politika belirleyici kararlar alabilmelerine rağmen halka karşı sorumlu değildirler.⁵⁷

Anayasa yargısının küreselleşmesi sürecinde yaşadığı gelişim ve değişimle birlikte meşruluğunun da ilk ortaya çıktığı günden beri oldukça farklı bir konumda olduğu görülmektedir. Anayasallık denetiminin II. Dünya Savaşı sonrasında yaşadığı yayılmayla birlikte anayasa yargısına bu tarihlerden itibaren yüklenen meşruluk anlayışı da farklılaşmıştır. Zira bu konuda ilk olarak söylenen şey anayasa mahkemelerinin anayasa tarafından kurulduğu ve bu nedenle meşru olduklarıdır.⁵⁸ Ancak bu açıklama anayasa yargısının küresel yayılmasını açıklamaya yetmemektedir. Peki ama nasıl oldu da demokrasi ile çatışma halinde bir kurum olan anayasa yargısı, böylesine küresel bir kaçınılmaz haline geldi? Neden anayasalar giderek artan bir oranda yasama organının yaptığı kanunlarının denetimini kurdukları mahkemelere teslim ettiler? Diğer bir ifadeyle kurucu iktidarlar neden bu türden mahkemeler yaratma yönünde seçimde bulunmuşlardır? Ya da Martin Shapiro'nun sorduğu şekliyle: "Neden dünyanın pek çok yerinde halk, yönetimlerinin bu denli büyük bir kısmını yargıçlara emanet etmektedir? Bu soruya yine Shapiro şu cevabı

⁵⁶GÖZLER, a.g.m., s.142.

⁵⁷ERDOĞAN, Mustafa (2003), Anayasal Demokrasi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, s.89, Ankara.

⁵⁸TURHAN, a.g.m., s. 48.

vermektedir: “Çünkü insanlar bu duruma bir çare bulamamaktadır. Başka bir cevap olarak, çünkü bu durumu istiyorlar da denebilir”⁵⁹

Elbetteki bu cevap pek de tatmin edici nitelikte değildir. Zira Jeremy Waldron'un belirttiği gibi “halk kendi oylarıyla diktatörlüğü tercih ettiğinde bu diktatörlüğün demokratik olduğu veya olacağını bize göstermediği gibi, halkın anayasa yargısını istemesi de anayasa mahkemelerinin işlevinin demokratik olduğunu göstermeyecektir.”⁶⁰

Bu noktada Yusuf Şevki Hakyemez'in anayasa yargısının yaygınlaşmasına ilişkin şu tespiti de oldukça önemlidir: ‘Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında anayasa mahkemelerinin kurulmasının en önemli nedeni, anayasalarda güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yasama çoğunluğuna karşı korunması gereksinimidir... Gerçekten de Avrupa'nın siyasal tarihine bakıldığında, otoriter ve baskıcı yönetimlerden başı çok ağrıyan Batı Avrupa devletlerinin, savaşın hemen sonrasında kurdukları yeni düzenlerle birlikte anayasa yargısı organları kurmalarının, anayasacılık fikrinin altında yatan temel düşünce olan ve 20.yy"ın ilk yarısında çokça göz ardı edilmiş olan insan hak ve özgürlüklerini devlet karşısında koruma altına alma amacından kaynaklandığı söylenebilir. Diğer bir ifadeyle anayasa yargısı “insan haklarını güvence altına alan anayasanın yasama çoğunluğuna karşı etkili biçimde korunması ihtiyacından kaynaklanmıştır.”⁶¹

Bu konuya ilişkin olarak Mehmet Turhan ise şunları aktarmaktadır: “... siyasal seçkinlerin özellikle ikinci Dünya Savaşı'ndan sonra karar alma yetkilerinin bir bölümünü yargı organına, özellikle anayasa mahkemelerine devretmelerinin etkenleri çok çeşitlidir. Bunlardan en önemlisi ikinci Dünya Savaşı'nın başlangıcından itibaren demokrasi ve insan hakları kavramlarını reddeden sağcı totaliter rejimlere karşı girişilmiş bir savaş niteliğini kazanmış olmasıdır. Bu savaş sonunda demokrasi cephesini oluşturan devletler, özellikle İngiltere ve Amerika

⁵⁹Spapiro'dan aktaran, Ergül, a.g.e., s. 77.

⁶⁰Jeremy Waldron'dan aktaran, Turhan, a.g.m., s. 53.

⁶¹HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2009), Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, s.18, Ankara.

Birleşik Devletleri insanlığı büyük kıyımlara sürükleyen savaşların önlenmesini ve gelecekte barışın sağlam temellere oturabilmesi için insan haklarının hem uluslararası yollarla hem de iç hukukta korunması gerektiği tezini savunmuşlardır. İç hukukta insan haklarının korunmasında bulunan yolların en önemlilerinden biri olarak anayasa mahkemeleri düşünülmüştür. Avrupa'da faşizm ve komünizm ideolojilerine dayanan otoriter ve totaliter rejimlerin yıkılmasıyla benimsenen anayasa yargısına egemen olan husus özgürlüklerin korunması konusunda parlamentoya karşı duyulan güvensizliktir. Avrupa dışında da anayasa yargısının demokratikleşmenin ortaya çıkmasıyla birlikte yaygınlaştığı söylenebilir.⁶²

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, anayasa yargısı ilk kez ortaya çıktığında aslında insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak gibi bir kaygıdan kaynaklanmamıştır. Anayasa yargısının kurulmasındaki amaç anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirebilmektir. Özellikle anayasa yargısının yayıldığı ilk dalga boyunca bu kurum tam olarak bu teknik amaca hizmet etmesi için kurulmuştur. Ancak II. Dünya Savaşına kadar bu amacından çokça sapmayan anayasa mahkemeleri, savaş ile birlikte doruk noktaya ulaşan temel hak ve özgürlüklerin ihlali karşısında, en sağlam çözüm olarak ortaya çıkmaya başlamıştır.⁶³

Esasen anayasa yargısının demokratik meşruluktan yoksun olduğu gerçeği karşısında savaş sonrası yaşadığı bu kabullenmenin altında yatan nedenlerin Mehmet Turhan'ın aktardığı bu siyasal gelişmeler olduğu akla yatkın gözükmektedir. Savaş sonrası Avrupa'da insan haklarının korunması ihtiyacı belirgin bir şekilde ortaya çıkmış ve bu anlamda temel hak ve özgürlükleri siyasal iktidarın davranışları karşısında güvence altına alabilecek en iyi kurum olarak yargısal koruma yani anayasa yargısı benimsenmiştir.

Asli kurucu iktidarların anayasa mahkemeleri kurarken ne amaçladıklarını bilmenin imkânı yoktur. Ancak ortada anayasa yargısının küreselleşmesi açısından bir gerçek vardır ki günümüzde anayasa yargısı ilk ortaya çıktığı günden daha farklı bir meşrulukla algılanmaktadır. Artık anayasalık denetimi sadece anayasanın

⁶²TURHAN, a.g.m. s. 43.

⁶³YOLCU, a.g.m., s. 12.

üstünlüğünü sağlamanın tek hukuki yolu olmaktan çıkmış, siyasal sistemlerin bel kemiğini oluşturan bir haklar ve özgürlükler koruyucusu konumuna gelmiştir.⁶⁴

Nitekim Turhan da bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “Demokratik bir ülkede anayasa yargısının ... meşru olabilmesi için temel hak ve özgürlüklerin özellikle siyasal faaliyette bulunma haklarının ve bunla bağlantılı ifade özgürlüğünün ve benzeri bazı hakların yargısal yolla korunması gerekir. Anayasa mahkemelerinin temel işlevi temel hakları korumak olmalıdır”⁶⁵

Sonuç olarak, günümüzde anayasa yargısının demokratik meşruiyeti temel hak ve hürriyetlerin yargı erki tarafından yasama organına göre daha etkin bir şekilde korunacağı düşüncesine dayanmaktadır. Öyleyse, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti, temel hak ve hürriyetler yargı erkince korunduğu oranda güçlenecek, kısıtlandığı oranda ise zayıflayacaktır. Hal böyle olunca, yargının özgürlükçü ya da totaliter tutumuna göre, demokratik meşruiyet tartışması da şekillenecektir.

⁶⁴YOLCU, a.g.m., s. 13.

⁶⁵TURHAN, a.g.m. s. 63.

İKİNCİ BÖLÜM

2. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN AKTİVİST TUTUMU

2.1. GENEL GÖRÜNÜM

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm konusunda başarılı bir sınav verdiğini, hukuk denetimi ile sınırlı kalabildiğini söylemek hiç de kolay değildir. Özellikle Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili 2007 yılında verdiği 367 kararı ve Anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili olarak verdiği 2008 ve 2010 tarihli kararları Mahkemenin son dönemde büyük ve haklı nitelikte tepkiler almasına neden olmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak aktivist bir tutum sergilediğini söylerken, Mahkemenin işinin de hiç de kolay olmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim, anayasa yargıcısı, anayasa hükümlerinin lafzı ile bağlı kaldığı takdirde bazen yapacağı denetim etkisizleşebilmekte; anayasa kurallarına "kurucu" bir yorumla işlerlik kazandırmak istediğinde ise "hükümet etme" suçlaması ile karşı karşıya kalabilmektedir.¹ Bu noktada anayasa yargıçısı, bu iki durumdan hangisini benimserse benimsesin, sonuçta anayasanın üstünlüğünü sağlama noktasında kendilerine biçilen rolde, ne tutumlarını tamamen keyfi biçimde sırf kendi adalet anlayışlarına göre belirleyebilirler, ne de hiçbir hukuksal sınırın bulunmadığı yargısal denetim yapabilirler. Aksi durum anayasa mahkemelerini, hukuk uygulayıcısı olmaktan çıkartıp, politika belirleyicisi konumuna dönüştürebilir ki, anayasa yargısının böyle bir tutum içerisinde bulunması, hemen hemen yasama organının

¹ÇAĞLAR, Bakır (1985), 'Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları', Anayasa Yargısı II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.168, Ankara.

keyfiligi kadar sakıncalı sonuçlar doğurur ve yargıçlar hükümetinin ortaya çıkmasına neden olur.²

Özellikle son zamanlarda, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça kendisini hissettiren "yargısal aktivizm", aslında diğer demokratik ülkelerde de zamanla karşılaşılan bir durumdur. Hatta geçmişte yargısal aktivizm tartışmaları, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, değişik ülkelerde çok yoğun biçimde kendisini göstermiştir. Yargısal aktivizm tartışmaları ilk olarak 1930'lu yıllarda Amerika Birleşik Devletlerinde yoğun biçimde gündemi meşgul etmiştir. Bunun belki de en iyi bilinen örneği, 1930'larda Başkan Franklin D. Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasında ortaya çıkan çatışmadır. Roosevelt, 1932 yılında "Yeni Dağıtım" (New Deal) adını verdiği bir programla seçilmiştir. Bu program, ekonomik depresyonu sona erdirmek ve kitlesel işsizlikle mücadele etmek yönünde, ılımlı sosyal demokratik olarak nitelendirilebilecek tedbirleri içeriyordu. Bu amaçla çıkarılan birçok kanunun Yüksek Mahkemece Anayasaya aykırı bulunması karşısında hiddete kapılan Roosevelt, "milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız" diyordu. 1936 seçimlerinden de ezici bir zaferle çıkan Roosevelt, Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirecek bir plan ortaya attı. Buna göre, Mahkemenin yetmiş yaşını aşmış üyelerine (altı üye bu durumdaydı) oy hakkına sahip olacak yardımcı hâkimler verilecekti. Bu planın Kongrede görüşülmesi sırasında Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirdi ve bazı "Yeni Dağıtım" kanunlarını onayladı. Böylece Roosevelt'in planının yürürlüğe girmesine gerek kalmadan sorun çözülmüş oldu.³

Hakyemez; yargısal aktivizmi, 'Gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına

²ERDOĞAN, age., s. 74-75.

³ÖZBUDUN, Ergün (2007a), 'Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi', Ankara Üniversitesi SBF. Dergisi, S.62-3, s.258-259, Ankara.

ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumu⁴, olarak tanımlamaktadır.

Atar ise, yargısal aktivizmi; "yargıçların kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme istekleri" biçiminde tanımlanmaktadır.⁵

Her iki tanımın ortak noktasında, siyasal kararlar alma mekanizmasında yargıçların, siyasal karar mercilerinin önüne geçmeleri yer almaktadır. Bir başka deyişle, yargısal aktivizm ile yönetim ve yönlendirme yetkisi seçilmişlerden atanmışlara geçmekte ve demokratik düzen açısından izahı zor bir çıkmaz ortaya çıkmaktadır.

Korkut Kanadoğlu, yargıçların siyasal karar alma mekanizmasında seçilmişlerin önüne geçmeleri konusunda şunları söylemektedir: 'Koşullar ne olursa olsun Anayasa Mahkemeleri, yasama organının düzenleme alanına müdahale etmemelidir. Anayasa Mahkemeleri diğer organlar yerine siyasal kararlar alamaz; geçici tedbir gibi istisnai durumlar dışında kendisi hukuk kuralı koyamaz veya diğer organlara düzenlemeleri gerekenlerin içeriğinin ne olduğunu bildiremez...Bu durum, siyasetin demokratik düzen için vazgeçilmez işlevini artık yerine getirememesine ve anayasal demokratik düzenin yargıçlar hükümetine kayması tehdidinde yol açar.'⁶

Türk Anayasa Mahkemesi ise, gerek ilk kez varlık bulduğu 1961 Anayasası döneminde gerek 1982 Anayasası döneminde verdiği bir çok kararda kendi konum ve gücünü başta yasama olmak üzere diğer tüm organ ve kurumların üstüne çıkarma eğilimi göstermiştir. Bu durum ise, Anayasa Mahkemesi'nin haddini aştığına ilişkin değerlendirmelerin defalarca yapılmasına neden olmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu özellikle Mahkemenin türban düzenlemeleri ile ilgili kararlarında, Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin 367

⁴HAKYEMEZ, age., s. 35.

⁵ATAR, Yavuz , 'Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak', Star, Açık Görüş, 23.06.2008.

⁶KANADOĞLU, Korkut (2004), Anayasa Mahkemesi, Beta Yayınları, s.13, İstanbul.

kararında ve Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi noktasındaki kararlarında doruğa çıkmıştır. Bu noktada başta sözü geçen bu kararlar olmak üzere, Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun diğer örnekleri inceleme konusu yapılacaktır.

Aslında yargısal aktivizm sadece anayasa hukukunda değil, idare hukuku alanında da geçerli bir kavramdır. Bu bakımdan Danıştay'ın kat sayı uygulaması ve türbanla ilgili kararları ülkemiz açısından önemli örneklerdir. Ancak tezimizin inceleme alanı Türk Anayasa Mahkemesi bakımından olduğu için yargısal aktivizmin idari yargıdaki görünümüne değinilmeyecektir.

2.2. SOMUT OLAYLAR

Türk Anayasa Mahkemesi'nin, özellikle son üç yılda ortaya koyduğu içtihatlar ve vermiş olduğu kararlar ile varlık bulduğu günden bugüne süregelen aktivist tutumunu devam ettirdiğini ve hatta bu tutumun şiddetinin giderek arttığını söylemek kanımızca yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi özellikle 2007 ve 2008 tarihli kararları ile ülke siyasetinde son derece etkin bir rol oynamış ve en az yasa koyucu kadar karar mekanizması içerisinde yer almıştır. Aşağıda başta bu iki önemli karar olmak üzere Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun örneğini teşkil eden diğer bazı kararları değerlendirilecektir.

2.2.1. Cumhurbaşkanı Seçiminde 367 Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanı seçiminde gerekli olan toplantı yeter sayısının 367 olduğuna dair verdiği 2007 tarihli kararı⁷ konumuz açısından son derece önem arz etmektedir.

2.2.1.1. Cumhurbaşkanlığı Krizinin Nedeni:

10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer' in görev süresinin 16 Mayıs 2007'de dolacak olması nedeniyle yeni Cumhurbaşkanınının seçimine ilişkin

⁷E. No: 2007/45, K. No: 2007/54, k.t.: 01.05.2007

tartışmalar, 2006 yılından itibaren ülke gündemini hayli meşgul etmiştir. Siyasi açıdan, zaten tek başına iktidar olan ve Mecliste ezici çoğunluğa sahip bulunan AKP'nin Cumhurbaşkanlığı makamını belirleyecek olması başta anamuhalefet partisi olmak üzere toplumun çeşitli kesimlerinde endişe yaratmıştır.

AKP iktidarına özellikle laiklik ilkesi noktasında bazı kesimlerce duyulan güvensizlik, Cumhurbaşkanlığı makamında partinin belirleyici rol oynamasının bir tehdit olarak algılanmasına neden olmuştur.

Hukuki açıdan ise krizin temel nedeni Anayasanın toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 96. maddesi ile Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin 102. madde olmuştur. Anayasanın 96. maddesine göre; *"Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz."*

Söz konusu madde uyarınca, TBMM. en az 184 milletvekili ile toplanabilecek ve toplanan milletvekillerinin en az 139'unun oyuyla karar alabilecektir. 96.maddede her ne kadar anayasada başkaca bir hüküm yoksa denmekteyse de, anayasada toplantı yeter sayısı bakımından ayrı bir düzenleme barındıran her hangi bir madde yer almamaktadır. Anayasa da Af kanunu, Cumhurbaşkanının Yüce Divan'a sevki ve Anayasa değişikliği konularında karar yeter sayısı noktasında özel düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak anayasanın hiçbir maddesi toplantı yeter sayısı bakımından açık bir ayrı düzenleme içermemektedir.

Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin 102. madde ise şöyledir:

"Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir..."

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

oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir."

Anayasanın 96. ve 102. maddelerinden hareket eden eski Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu tarafından savunulan görüş hukuki krizin başlangıcı olmuştur. Söz konusu görüşe göre; Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili ilk iki tur oylamada, karar için aranan nitelikli çoğunluk üzerindeki katılımın, aynı zamanda toplantı yetersayısı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle seçim sandığına, en az Meclis'in üçte ikisini oluşturan 367 oy atılması gerekmektedir. Bu oylardan, en az 367'sinin bir aday üzerinde birleşmemesi halinde, birinci oylamadan sonuç alınamamış sayılacaktır. Birinci oylamaya en az 367' TBMM üyesinin katılmadığının anlaşılması halinde, birinci oylama yapılmamış sayılacağından, ikinci oylamaya geçilemeyecektir.⁸

Söz konusu görüş; özellikle TBMM'de temsil edilen muhalefet partilerine cazip gelmiş ve milletvekili sayısı 2/3'e ulaşamayan iktidar partisinin tek başına katıldığı seçimde, bu tezdeki gibi, çoğunluğa ulaşmadan Cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci turunu gerçekleştirmesi üzerine, Ana Muhalefet Partisi konumundaki Cumhuriyet Halk Partisi milletvekilleri Anayasa Mahkemesine iptal davası açmışlardır. Anayasaya aykırılık iddiası ile ilgili olarak özetle, Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin olarak Anayasanın 102. maddesinde özel bir toplantı yetersayısı bulunduğu, TBMM İçtüzüğü'nün 121. maddesinde Cumhurbaşkanı seçiminin Anayasanın 102. maddesindeki esaslara göre gerçekleştirileceği öngörüldüğüne göre, yapılan birinci tur oylamadaki durumun eylemli bir içtüzük değişikliği niteliği taşıdığı ve bu nedenle de Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Siyasi açıdan özellikle iktidar partisi dışındaki tüm kesimlerce sahiplenilen toplantı yeter sayısının 367 olduğu yönündeki görüş doktrinde de ciddi taraftar bulmuştur. Fazıl Sağlam bu konuda şöyle demektedir: *"Kanadoğlu'nun yorumuna karşı akla gelebilecek tek itiraz, muhalefetin Cumhurbaşkanlığı seçimine katılmamak suretiyle bu seçimi engellemesi ve bunu genel seçimlerin yenilenmesini sağlama*

⁸KANADOĞLU, Sabih, *"Cumhurbaşkanlığı Seçimi: AKP Oylan Yetmez"*, Cumhuriyet, 27.12.2006.

aracı olarak kullanma olasılığıdır. Ancak bunun yorumda dikkate alınacak bir sakınca olarak görülebilmesi için, somut olayda iktidar partisinin uzlaşma girişiminde bulunması ve muhalefetin buna yanaşmaması gerekir. Oysa şimdiki durum bunun tam tersidir. Kaldı ki anılan olasılığın içinde bulunduğumuz koşullardaki hukuki sonucu, halkın altı ay sonra zaten tecelli edecek olan iradesinin erkene alınmasıdır. Alternatifi ise yüzde onluk barajın sonucu olan aldatıcı bir çoğunluğun Meclis iradesiyle özdeş sayılarak, Cumhurbaşkanının uzlaşma aranmaksızın seçilmesidir. Bütün bu olasılıklar Anayasa Mahkemesi'ne açılacak davada değerlendirme konusu olabilecektir."⁹ Necmi Yüzbaşıoğlu da Sağlam gibi, 102. maddenin yorumundan Cumhurbaşkanı seçiminde uzlaşma arandığı sonucunun çıktığını belirterek uzlaşma gerekliliğine vurgu yapmaktadır.¹⁰

2.2.1.2. Anayasa Mahkemesinin Kararı:

Anayasa Mahkemesi 01.05.2007 tarih ve E.S.2007/45, K.S.2007/54 sayılı kararı ile, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 27.04.2007 tarihli, 96. Birleşiminde alınan 11. Cumhurbaşkanının seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili kararını eylemli İçtüzük değişikliği niteliğinde görmüş ve bu kararın İçtüzüğün 121. maddesini Anayasanın 96. ve 102. maddelerine aykırı olarak değiştirdiğine ve bu nedenle de iptaline karar vermiştir. Mahkemenin gerekçeli kararı 27 Haziran 2007 Tarihli ve 26565 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kararda, üçte iki çoğunluğun Cumhurbaşkanlığı seçimi bakımından ilk turda aynı zamanda toplantı yetersayı olarak da kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmede bulunmuştur:

"Cumhurbaşkanı seçimi bakımından 96. madde genel hüküm, 102. madde özel hüküm niteliğinde olduğundan, Anayasa 'nın Cumhurbaşkanlığı seçimini

⁹SAĞLAM, Fazıl, "Cumhurbaşkanlığı Seçimiyle İlgili Tartışmalar", Cumhuriyet Gazetesi, 9 Ocak 2007.

¹⁰YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2007), "Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı" Sempozyumu'nda sunduğu tebliğ, Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı, TBB Yayınları, s.271, Ankara. Kanadoğlu'nun görüşüne katılan diğer isimler arasında Erdoğan Teziç, Süheyl Batum, Ülkü Azrak, Bertil Emrah Oder yer almaktadır. Bkz.: Cumhuriyet, 27-29 Aralık 2006.

düzenleyen 102. maddesi ile Meclis 'in toplantı ve karar yetersayısını belirleyen 96. maddesinin birlikte değerlendirilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

Anayasanın 96. maddesinde 'Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yetersayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.' denilerek TBMM Genel Kurulu çalışmalarında toplantı ve karar yetersayısı ayırımı yapılmış, her ikisinin alt sınırı da ayrı ayrı belirlenmiştir. Buna göre, TBMM, Anayasada başkaca hüküm olan haller' dışında, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanabilecek ve üye tamsayısının en az dörtte birinin bir fazlasıyla karar verebilecektir. Bugünkü üye tamsayısı esas alındığında TBMM kural olarak 184 milletvekili ile toplanabilecek ve en az 139 millet vekiliyle karar oluşturabilecektir. Ancak, Anayasa'da hem toplantı hem de karar yetersayısı bakımından başkaca bir hüküm varsa o uygulanacaktır...

... Buna göre, birinci fıkradaki 'Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilir.' kuralı ile belirlenen yetersayının, üçüncü fıkradan farklı bir anlam taşıdığı kabulü gerekmektedir. Birinci fıkradaki, 'Cumhurbaşkanı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.' kuralındaki üçte iki yetersayısının, üçüncü fıkradaki karar yetersayılarından farklı amacı ve işlevi olduğu düşünüldüğünde, Cumhurbaşkanı seçiminde birinci fıkra hükmünün toplantı yetersayısı bakımından; üçüncü fıkra hükmünün de karar yetersayısı bakımından, 96. maddedeki toplantı ve karar yetersayısına ilişkin genel kuralın istisnalarını oluşturan, 'Anayasadaki başkaca hükümler' kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır"

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı seçimindeki toplantı yetersayısını açıklarken dayandığı ve anayasanın "lafzı"na dayanarak gerçekleştirdiğini belirttiği yorumun ardından, bir de olaya "amaçsal yorum" açısından yaklaşarak, Cumhurbaşkanlığı seçiminde "uzlaşma" biçimindeki bir kavramı, şu gerekçeleri sıralayarak anayasal ilke haline getirmeye çalışmıştır:

'Sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi için bir kuralın yorumunda, onun lafzı kadar amacının da gözetilmesi gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır. 102. maddedeki düzenlemeyle, Cumhurbaşkanı seçiminde Meclis'te 'olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı açıktır. Nitekim, ikinci fıkroda otuz günlük

seçim takviminde adaylık süresinin on günle sınırlanması, kalan yirmi günde yapılacak dört oylamanın ilk ikisinde adaylardan birinin seçilebilmesi için üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun aranması, dördüncü oylamaya, üçüncü oylamada en çok oy alan iki adayın katılabilmesi, bu oylamada da yarışan iki aday arasında üye tamsayısının salt çoğunluğunun adaylardan biri üzerinde sağlanarak Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde, TBMM seçimlerinin derhal yenilenmesi yoluna gidilmesi, Cumhurbaşkanı seçiminde uzlaşmanın temel alındığını göstermektedir.

Anayasa'nın 104. maddesine göre, 'Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder.' Ayrıca, Cumhurbaşkanına verilen görev ve yetkilerin niteliği ile Anayasanın Cumhurbaşkanının statüsüne ilişkin diğer hükümleri bir bütün halinde incelendiğinde Cumhurbaşkanının, Ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin katılımı ve iradeleri ile seçilmesi yaklaşımının Anayasa'da benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeler, Cumhurbaşkanı seçiminde aranması gereken uzlaşmanın pozitif hukuksal dayanaklarını oluşturmaktadır.

Cumhurbaşkanının seçimi sürecinde ilk iki oylamada uzlaşmanın sağlanması, 102. maddenin birinci fıkrasındaki 'Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ... ile seçilir.' kuralının toplantı yeter sayısını da kapsamasıyla olanaklıdır. Aksi halde, üçüncü fıkradaki birinci ve ikinci oylamalar anlamsız hale gelecek, üçüncü ve dördüncü oylamalarda üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilebileceği için, bir uzlaşmaya da gerek kalmayacaktır. Üçüncü fıkrada öngörülen üçüncü ve dördüncü oylamalarda, TBMM'nin, adaylardan birini üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla seçebilme olanağı karşısında, Meclis 'te salt çoğunluğa sahip parti ya da partiler, birinci ve ikinci oylamada üçte iki çoğunlukla aranan uzlaşmaya sıcak bakmayabileceklerdir. Bu durum Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı seçiminin uzlaşmaya dayanması amacıyla bağdaşmamaktadır"

2.2.1.3. Karara Tepkiler ve Değerlendirme

Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin bu iptal kararı gerek siyasi gerek hukuki açıdan büyük tepki çekmiştir. Karara ilişkin hukuki eleştirilerinden bazıları şunlardır:

Tartışmaların başından beri toplantı yeter sayısının 184 olduğunu savunan Ergün Özbudun, hukuk kurallarının siyasi amaçlar uğruna çarpıtılmaması gerektiğini ifade etmiştir.¹¹ Özbudun Anayasa Mahkemesi'nin kararının ise, 1982 Anayasasının ne lâfzî, ne amaçsal, ne de tarihsel yorumuyla bağdaşmadığını belirtmektedir.¹² Özbudun devamında şöyle demektedir: *'Anayasa Mahkemesi, bu kararını haklı gösterebilmek için, Cumhurbaşkanlığı seçiminde "olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı" ve Cumhurbaşkanının "ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin katılımı ve iradeleri ile seçilmesi" gerektiği gibi, ancak bir siyasal temenni mahiyeti taşıyan ve hiçbir pozitif hukuk temeline dayanmayan bir gerekçe ileri sürmüştür. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin, Anayasada mevcut olmayan bir "nitelikli uzlaşma" kuralı yaratmak, ve 102'nci maddenin üçüncü fıkrasını fiilen iptal etmek suretiyle, Anayasa koyucu gibi davrandığı söylenebilir.*¹³

Kemal Gözler de Anayasa Mahkemesinin 367 kararını eleştirmektedir. Gözler' e göre Cumhurbaşkanlığı seçiminde Anayasasının 102. maddesinde belirtilen 367 sayısı karar yeter sayısını belirtmektedir. Bu rakamı toplantı yeter sayısı olarak kabul etmenin savunulabilir bir tarafı yoktur. Gözler ayrıca, Anayasa Mahkemesinin bir parlamento kararı olması nedeniyle Cumhurbaşkanlığı seçimini denetleme yetkisi olmadığını savunmaktadır.¹⁴

¹¹Ergun Özbudun, 'Cumhurbaşkanlığı Seçimi ve Anayasa', *Zaman*, 17.01.2007

¹²ÖZBUDUN, (2007a) a.g.m. s.267.

¹³ÖZBUDUN, (2007a) a.g.m. s.267.

¹⁴GÖZLER, Kemal (2007), "Cumhurbaşkanlığı Seçimi Konusunda Bir Açıklama", *Türkiye Günlüğü*, S.: 89, s. 17-23.

Mustafa Erdoğan da konu hakkında şunları söylemektedir: "...genel kurala yine ancak Anayasa'nın kendisi bir istisna getirebilir. Nitekim Anayasa birçok maddesinde (m. 87, 99/5, 100/3, 105/3, 111/3) karar yeter sayısı ile ilgili olarak istisnalara yer vermiştir. Buna karşılık Anayasanın toplantı yeter sayısına istisna getiren "başkaca bir hükmü" bulunmamaktadır. Bu durumda, dolaylı akıl yürütmelerle bu genel kurala herhangi bir istisna getirilmesine hukuken imkân yoktur. Çünkü "istisna" kuraldan ayrılmayı gerektiren özel bir durumdur, dolayısıyla açık seçik olmalıdır. Nitekim Anayasa, cumhurbaşkanı seçiminde karar yeter sayılarını her bir oylama için açık seçik bir biçimde göstermiş; ama aynı madde toplantı yeter sayısında böyle açık bir istisna öngörmemiştir."¹⁵

Ozan Ergül'e göre ise, toplantı yeter sayısının 367 olduğunu savunan hukukçuların dayanaklarına göre, cumhurbaşkanı tüm halkı temsil eden bir kurum olduğu için uzlaşma sonucu seçilmelidir. Bu uzlaşma ancak toplantı yeter sayısının 367 olması ile mümkündür. Bu uzlaşmanın mecliste temsil edilen siyasi partilerin ortak bir kanıya varmaları sonucu çıkması beklenmektedir. Ancak uzlaşma ancak siyasi bir temenni veya beklenti sonucu çıkabilir. Hukukî bir meselenin siyasi temennilerle çözülemeyeceği çok açıktır.¹⁶

Yüksel Metin ve Zühtü Arslan da Anayasa Mahkemesi kararının hatalı olduğuna işaret ederken, her ikisi de Anayasa Mahkemesinin tamamen amaçsal yorumdan hareket ettiğini ifade etmektedir.¹⁷

Kanımızca da Anayasa Mahkemesinin 367 kararının hukuki izahı pek kolay değildir. Nitekim Anayasa Cumhurbaşkanlığının seçimi konusunda ilk iki turda üçte iki çoğunluğu ararken, üçüncü ve dördüncü turlarda salt çoğunluğu yani 276 oyu yeterli görmektedir. Bir başka deyişle, Anayasa 276 oy ile Cumhurbaşkanının seçilebilmesine izin vermektedir. Cumhurbaşkanlığı seçiminde toplantı yeter sayısının 367 olarak kabul edilmesi halinde ise, TBMM.'nin bu sayının altında

¹⁵ERDOĞAN, Mustafa , " 367 Fanteziden başka bir şey değil", Zaman, (27.04.2007)

¹⁶ERGÜL,Ozan (2007), Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet Yayınları ,s.284, Ankara.

¹⁷Bkz. Zühtü Arslan, "Gerekçeli 367 kararının düşündürdükleri", Zaman, 28.06. 2007; METİN,Yüksel (2008), Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayıncılık, s.201, Ankara.

toplantması halinde ise, birinci turdan ikinci tura ve diğer turlara geömek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla Anayasanın üçüncü turda 276 oy ile cumhurbaşkanının seçilmesini öngören hükmü işlevsiz hale gelecektir.

Oysa hukuk kuralları yorumlanırken bu kurallar ne şekilde işlevsel hale gelecek ise, o yönde bir yorum yapılması zorunludur. Yasa koyucu abeste iştiğal etmeyeceği gibi, asli kurucu iktidarın da işlevsiz hükümler yaratmayacağı, en azından amacının bu olmayacağı açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi verdiği kararlar, hukuk kuralını işler değil, işlemez hale getirmiştir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı hukuki olmaktan çok zorlama bir siyasi karar niteliği taşımaktadır.

2.2.2. Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi

Anayasa normlar hiyerarşisinde en tepede yer almakta ve bu açıdan kanunların ve kanun hükmünde kararnemelerin Anayasaya uygunluğu gerek şekil gerek esas bakımından denetlenebilmektedir. Ancak tali kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri sadece şekil bakımından denetlenebilecektir. Nitekim bir anayasa normunun diğer bir anayasa normuna üstünlüğu söz konusu değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi yapılan bir anayasa değişikliğini esas bakımından yani maddi içeriği bakımından değerlendirip iptal edebilecek konumda değildir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi gerek 1961 döneminde gerekse 1982 Anayasası döneminde yapılan Anayasa değişikliklerini şekil adıyla esas bakımından denetleme yoluna gitmiştir. Bunun en açık örneğini ise 1982 Anayasasının anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki açık düzemesine rağmen 2008 yılında kamuoyunda türban düzenlemesi olarak bilinen Anayasa değişikliğinin şekil adıyla iptali oluşturmuştur.

2.2.2.1. 2008 ve 2010 Tarihli Kararlar

2008 yılında Başbakan Recep Tayip Erdoğan'ın İspanya'dan yaptığı bir konuşma sırasında, üniversitelerde türban yasağı konusuna değinerek 'velev ki siyasi simge ola' gibi iddialı bir cümleyi kullanmasından sonra, türban yasağı sorunu tekrar

ülke gündemine oturmuştur. MHP'nin de türban yasağının kalkması için destek vermesi sonucu Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılarak yasağın kaldırılması amaçlanmıştır.

Söz konusu değişiklikler ile Anayasanın 10. maddesinin 4. fıkrasına 'bütün işlemlerinde' ibaresinden sonra gelmek üzere 've her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında' ibaresi; 42. maddenin 6. fıkrasından sonra gelmek üzere 'Kamunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir.' biçiminde 7. fıkra eklenmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise; TBMM. tarafından 411 oy ile kabul edilen bu Anayasa değişikliğini şekil adıyla esas bakımından denetleme yoluna giderek değişikliği Anayasanın 2. 4. ve 148. maddeleri uyarınca iptal etmiştir.¹⁸

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararını değerlendirebilmek için Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasanın 148. maddesini hatırlamakta fayda vardır. 148. maddeye göre; '*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler... Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.*'

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 10. ve 42. maddelerinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerini denetlerken, ilk olarak Anayasa değişikliği yapma yetkisinin TBMM'de olduğunu belirttikten sonra, iptal istemini "teklif edilebilirlik" yönünden inceleyerek, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifinin yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığını ve yetkisiz

¹⁸E. No: 2008/16, K. No: 2008/116, k.t. 05.06.2008.

olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımının mümkün olmadığını belirtmiştir.¹⁹

Mahkemeye göre; "Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

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

Anayasa Mahkemesinin bu kararı çok tepki çekmiş ve çok eleştirilmiş olmakla birlikte, kararı doğru bulan bazı hukukçularda olmuştur. Örneğin Teziç, laiklik ilkesini düzenleyen Anayasanın 2. maddesi ve onu koruyan 4. madde karşısında, türban yasağını başka maddelerde yapılacak düzenlemelerle kaldırmanın mümkün olmadığını, başka maddelere konulacak hükmün, Anayasa Mahkemesinde usulden yola çıkarak esastan da incelenebileceğini ve iptale konu olabileceğini savunmaktadır.²⁰

Oktay Ekşi ve Rıza Tüzmen de Anayasa Mahkemesini kararında haklı bulmaktadır. Ekşi bu konuda; "Siz eğer Anayasa Mahkemesi'ni zorlamasaydınız, yani Anayasa' nın değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen temel taşlarıyla -herkesi enayi farz ederek- oynamaya kalkmasaydınız, karşınıza böyle bir sınırlama çıkmazdı"²¹ derken, Tüzmen bu konuda şunları söylemektedir: 'Anayasada

¹⁹E. No: 2008/16, K. No: 2008/116, k.t. 05.06.2008.

²⁰BİLA, Fikret, 'Teziç: Türban Hükmü Hile Olur', Milliyet, 25.01.2008.

²¹EKŞİ, Oktay, 'Anlamayana Anlatırlar', Hürriyet, 23.10.2008.

değiştirilemeyecek ilkelerin, Anayasanın değiştirilebilecek maddeleri kanalıyla dolaylı bir biçimde değiştirilmesi Anayasanın ruhuyla bağdaşmaz. Anayasa'yı yorumlamak yetkisi ise Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesi bu yetkisini kullanırken doğal olarak Anayasanın amacına uygun yorum yapıyor.'²²

Anayasa Mahkemesi kararını olumlu görenlerin varlığına rağmen çoğunluk görüşü Anayasa Mahkemesi kararının kabul edilemez oluşu yönündedir. Anayasa Mahkemesi bu içtihadı ile tüm Anayasa değişikliklerini iptal edebilme yetki ve gücünü kazanmaktadır. Bu durum ise, tali kurucu iktidar, kuvvetler ayrılığı, anayasa yargısının konumu, egemenlikten kaynaklanan yetkilerin kullanımı ve benzeri ilkeler açısından son derece sakıncalı sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Çünkü, Mahkemenin yaklaşımı çerçevesinde hareket edildiğinde, artık Anayasanın hiçbir maddesinde değişiklik yapmak mümkün olamayacaktır. Zira, Anayasanın hemen hemen tüm maddeleri, doğrudan ve dolaylı olarak Cumhuriyetin nitelikleri ile ilgilidir. Dolayısıyla, Mahkemenin mantığına göre yaklaşıldığında, bu konulara ilişkin Anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacaktır. Örneğin Anayasa Mahkemesi kamulaştırmayla ilgili maddede yapılacak olan bir değişikliği sosyal devlet ilkesine aykırı bularak iptal edilebilecektir. Öte yandan gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin, içerik olarak insan hakları, demokrasi ve hukuk devletini geliştirmeye yönelik olması durumunda da Anayasa Mahkemesinin denetim yapması mümkün olabilecektir.²³

Anayasa Mahkemesinin bu kararına gösterilen tepkilerin bazıları şu şekilde dile getirilmiştir:

Taha Akyol'a göre Anayasa Mahkemesinin bu kararı hukukî değil tamamen siyasidir ve Anayasa Mahkeme yetki gaspı yapmıştır. Akyol'a göre;

Mahkemenin kararlarında ideolojik faktörün ne kadar önemli olduğu şuradan da bellidir ki; temel özgürlükleri genişletmek için açılan davaların yüzde 70'ini

²²TÜZMEN, Rıza, 'Anayasa Mahkemesinin Kararı: Egemenlik ve Hukuk Devleti', Milliyet, 28.10.2008.

²³HAKYEMEZ, a.g.e. s. 79.

reddetmiş, sadece yüzde 30'unu haklı bularak iptal etmiştir. Buna karşılık, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile Cumhuriyet'in nitelikleri gibi, soyut ve felsefi, o .yüzden de yoruma çok açık konularda, aksine bir tutumla, yüzde 60 oranında iptal kararı vermiş, çok tutucu davranmıştır... Demek ki Anayasa Mahkemesi kendi ideolojisine göre, istediği anayasa değişikliğini "ilişkin" sayarak iptal edebilecektir... Mahkeme, 2. maddenin virgülüne dokunulmadığı halde "ilişkin" diyerek Meclis'in anayasa değiştirme tasarrufunu iptal ederek vahim bir yetki gaspında bulunmuştur. Bu karar sayın üyelerin 'siyasi' anlayışına dayalı bir karardır.²⁴

Zühtü Arslan'a göre Anayasa Mahkemesi bu kararıyla kendisine anayasada verilmiş olan yetkilerini aşmıştır. Arslan'a göre anayasayı değiştirme yetkisi tâli kurucu iktidar olarak parlamentoya verilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi başörtüsü kararıyla adeta parlamento yerine geçmiştir.²⁵

Yusuf Şevki Hakyemez'e göre anayasa değişikliklerinin esas açısından denetlenmesi değildir. Çünkü, değişiklik ile getirilmek istenen yeni anayasa kurallarının, var olan ve değişikliğin yapılma süresince kıstas olarak alınan anayasa kurallarının normlar hiyerarşisinde eşit düzeydedir.²⁶

Anayasa Mahkemesi kararını eleştiren bu görüşlere hak vermemek mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebilecekken, şekil adıyla esas bakımından denetim gerçekleştirmekte, böylece halk iradesini yansıtan seçilmişlerin seçimi, atanmış yargıçların kararları altında kaybolmaktadır. Anayasa Mahkemesi elbette ki Anayasaya uygunluk denetimini Anayasanın verdiği yetki ve görevle sonuna kadar kullanabilecektir. Ancak bundan Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya rağmen hareket edebileceği gibi bir sonuç çıkartılamaz.

Anayasa Mahkemesi kabulü zor bu içtihadını 2010 Temmuzunda 12 Eylül'de referanduma götürülecek olan Anayasa değişikliğine ilişkin pakette de tekrarlamış ve

²⁴AKYOL, Taha, 'Yetki Gaspı', *Milliyet*, 23.10.2008.

²⁵Bekir Berat Özipek tarafından Zühtü Arslan ile yapılan röportaj; *Anlayış*, Temmuz, 2008, s:28-32.

²⁶HAKYEMEZ, a.g.e., s. 64.

böylece içtihadını pekiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, 07.05.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun bazı maddelerinin Anayasanın 4. maddesi kapsamında öngörülen teklif yasağı kapsamında incelenmesi konusunda kendisini yetkili görmüş ve paketin tamamını değil ama paketin içindeki bir takım ifadelerin kısmen iptali yoluna gitmiştir.²⁷

Anayasa Mahkemesince verilen bu kısmen iptal kararı yapılmak istenen Anayasa değişikliğinin etki alanı ve yenilikleri bakımından önemli bir daraltma yaratmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 4. maddede yer alan değişmezlik ilkesine dayanarak Anayasa değişikliklerinin iptali yönündeki 2008 içtihadını o dönemde gördüğü tüm tepkilere rağmen devam ettirdiğinin kanıtıdır. Anayasa Mahkemesi 07.07.2010 tarihli kararında şekil bakımından denetimin kapsamını kendisine göre şu şekilde ortaya koymaktadır:

‘Anayasa’nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa’yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa’nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle geçerli kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira, tali kurucu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, aslı kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi 5.6.2008 tarihli ve E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararında Anayasa’nın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin “teklif ... şartına uyulup uyulmadığı” hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hükmün, “geçerli teklif” koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içereceğine karar vermiştir.

²⁷Karar için bkz. 01.08.2010 tarihli R.G.

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

Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması gerekir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin, 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddeleriyle Anayasa'da yapılan değişikliklerin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceğinin ve bu nitelikte olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.²⁸

Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından değil aynı zaman da esas bakımından da denetleme eğilimi aslında yeni bir durum değildir. Anayasa Mahkemesi 2008 tarihli kararından önce de, 1961 döneminde de Anayasa Değişikliklerini esas bakımından denetlemiştir. Hem konumuz açısından önemi hem de 2008 tarihli kararın neden zorlama bir karar olduğunun daha rahat

²⁸E.2010/49, K.2010/87, k.t. 07.07.2010, 01.08.2010 tarih 27659 (mükerrer) sayılı R.G.

anlaşılması bakımından Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına bakmakta fayda vardır.

2.2.2.2. 1961 Dönemindeki İçtihatlar

Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas açısından da denetleme eğilimi aslında yeni bir durum değildir. Bu nedenle 2008 ve 2010 tarihli kararlar aslında Anayasa Mahkemesi'nin eski içtihatlarının devamı niteliğindedir.

Anayasa Mahkemesi, bu konudaki ilk kararını, 16.06.1970 tarihinde vermiştir. Bu kararla Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının 68. maddesinde milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili olarak 1188 sayılı kanunla yapılan değişikliği şekil yönünden iptal etmiş ancak kararın gerekçesinde Mahkemenin, esas yönünden denetim yapmaya da yetkili olduğu görüşünü belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları belirtmiştir:

'Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1. ve 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet Sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet Sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırma suretiyle, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkartılmış bulunan bir kanunun, Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, **Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır.** Bu nedenle söz konusu kanun, **gerek biçim gerek esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir.**²⁹

Anayasa Mahkemesini anayasa değişikliklerinin esas bakımından da denetlenebileceğine dair bu kararı tepki çekmiş olacak ki 1971 yılında yapılan değişiklik ile Anayasanın 147. maddesi; ‘Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.’ biçiminde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde de, ‘Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir...Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği...tespit olunmuştur.’ denmektedir.

Ancak bu değişikliğe rağmen Anayasa Mahkemesi 1971 değişikliğinden sonra da, anayasa değişikliklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında Anayasanın değiştirilen 147. maddesi karşısında anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesinin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte, değişmezlik ilkesinin amacının sadece Cumhuriyet kelimesi değil, Anayasada nitelikleri belirtilmiş, Cumhuriyet rejimini korumak olduğu yolundaki eski görüşünü tekrarladıktan sonra, 9. madde hükmünün içeriği bakımından biçime ilişkin bulunan iki yönlü bir kuraldan oluştuğunu ileri sürmüştür.

²⁹E. No: 1970/1, K. No: 1970/31, k.t.16.06.1970, AMKD. S. 8, s. 323.

Bu iki yön ise, değişmezlik kuralı ve teklif yasağıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu kurallar birer şekil kuralıdır. Mahkeme bu konuda şunları ifade etmektedir: 'Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliğini teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşmayacaktır.'³⁰

Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen bu görüşünden hareketle 1971'den sonra toplam dört Anayasa değişikliğini şekil adıyla iptal etmiştir.³¹ Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararları o dönemde de oldukça tepki çekmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, Mahkemeye anayasa değişikliklerinin akıbeti konusunda hemen hemen sınırsız bir takdir yetkisi vermektedir. Cumhuriyetin, Anayasanın 2. maddesinde sayılan demokratiklik, laiklik, sosyallik, ve hukukilik nitelikleri o kadar geniş kavramlardır ki, bu niteliklerle ilişkili olmayan bir Anayasa değişikliğini düşünmek hemen hemen imkansızdır.³²

İşte Anayasa Mahkemesi'nin 1961 dönemindeki bu iptal kararlarına tepki olarak 1982 Anayasasını ortaya çıkaran asli kurucu iktidar Anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından sınırlı olacağını belirttiği gibi, şekil bakımından ne anlaşılması gerektiğini de açıkça ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasanın açık düzenlemesine rağmen, özellikle laiklik konusundaki hassasiyeti nedeniyle 2008 yılında 1961 dönemindeki içtihadını kanımızca zorlama bir yorumla

³⁰E. No: 1973/19, K. No: 1975/87, k.t. 15.04.1975, AMKD. S. 13, s.430.

³¹Bkz. E. No: 1973/19, K. No: 1975/87, k.t. 15.04.1975; E. No: 1976/38, K. No: 1977/4, k.t.12.10.1976; E. No:1976/43, K. No: 1977/4, k.t. 27.01.1977; E. No: 1977/82, K. No: 1977/117, k.t. 27.09.1977.

³²YAYLA, Yıldızhan (1979), '*Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü*', Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İÜHF. Yayınları, s.973-1040, İstanbul.

tekrarlama yoluna gitmiştir ki bu durumun kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti kavramları doğrultusunda izahı pek kolay görülmemektedir.

2.2.3. Laiklik ile İlgili Kararlar

Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun açık ve sert bir şekilde ortaya çıktığı temel noktalardan biri ve belki de en ön planda olanı laiklik ilkesinin korunması adına aldığı tavır ve verdiği kararlardır. Bu açıdan laiklik konusunu, önemli tartışmaların yaşanmasına neden olan Anayasa Mahkemesinin türban kararları ve siyasi partilerin kapatılması açısından ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

2.2.3.1. Türbanla İlgili Kararlar

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan ve güncelliğini koruyarak, devamlı surette tartışmalar yaşanmasına neden olan türban yasağı, yükseköğrenim öğrencileri için getirilmiş olan yasaklamadır. Kamu görevlilerinin türban takması ise, laik bir hukuk devletinde olması gerektiği gibi, pozitif hukukumuz ile kesin olarak yasaklanmış durumdadır. 1965 tarihli 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nın ek 19. maddesi, Devlet memurlarının kanun, tüzük ve yönetmeliklerin öngördüğü kılık ve kıyafete uymak mecburiyetinde olduklarını hüküm altına almıştır. Bu yasaya dayanılarak çıkarılan 1982 tarihli Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmeliğin³³ 5. maddesinin a bendine göre ise, kadın görevlilerin görev mahallinde başlarının daima açık olması gerekmektedir.

Halen devam etmekte olan üniversitelerde türban kullanımı sorunu 1960'ların sonunda başlamış³⁴ ve özellikle 1980'lerin başında, YÖK'ün tutarsızlığı ve uygulama farklılıkları nedeniyle oldukça karmaşık bir görünüm kazanmıştır. 1980 öncesinde Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı Yüksek Okullar öğrencileri için çıkarılan

³³Bu yönetmelik Bakanlar Kurulunun 16.07.1982 tarih ve No:8/4219 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 25.10.1982 tarihli 17849 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁴GEMALMAZ, Mehmet Semih (2005), Türk Kıyafet Hukuku ve Türban Legal Yayıncılık, s.35, İstanbul.

yönetmeliklerin hiç birinde, kız öğrencilerin başının açık olması hususu belirtilmemiş, dolayısıyla türban yasağı getirilmemiştir.³⁵ 1980 sonrasında ise konu ile ilgili olarak çıkarılan ilk düzenleme 22.07.1981 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla³⁶ kabul edilip yayımlanan “Milli Eğitim Bakanlığı ile Diğer Bakanlıklara Bağlı Okullardaki Görevlilerle Öğrencilerin Kılık Kıyafetlerine İlişkin Yönetmelik”tir.³⁷ Bu yönetmelik uyarınca bütün kız öğrencilerinin başı açık olacak ve kurum içinde baş örtülmeyecektir.³⁸ 1981 tarihli bu yönetmelikte Aralık 1982 tarihli başka bir yönetmelik³⁹ ile değişikliğe gidilmiş ve MEB ile diğer Bakanlıklara bağlı Yüksek Öğretim Okullarındaki kız ve erkek öğrencilerin uyacakları kılık kıyafet düzeni, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik” hükümlerine tabi kılınmıştır.

1984 yılında YÖK aldığı karar⁴⁰ ile, somut bir biçimsel ayırım yapmadan, başörtüsü ve türbanın farklı olduğu görüşüyle, modern bulduğu türbanın serbest olduğunu belirtirken, geleneksel başörtüsünü yasaklamıştır.⁴¹ Aynı yıl aldığı başka bir karar⁴² ile de, diploma ve her türlü belgeye yapıştırılacak fotoğrafların tanınmalarını engellemek şartıyla türbanlı olabileceğini belirten YÖK, 1986 sonlarında yayınladığı genelge⁴³ ile tutum değiştirerek, türban konusunda yanlış

³⁵GEMALMAZ, a.g.e., s. 90.

³⁶22.07.1981 tarih ve No: 8/3349.

³⁷07.12.1981 tarih ve 17537 sayılı RG.

³⁸İlgili Yönetmeliğe, <http://mevzuat.meb.gov.tr/html/52.html> adresinden ulaşmak mümkündür.

³⁹26.11.1982 tarih ve 8/5663 No’lu Bakanlar Kurulu Kararı. (24.12.1982 tarih ve 17908 sayılı RG.)

⁴⁰10 Mayıs 1984 tarih ve 84.35.527 sayılı YÖK kararı.

⁴¹Geçmişte Hindistan ve Avrupa’da giyim aksesuarı olarak kullanılan türban, Türk kadınının örtüden örtüsüzlüğe geçişinde ara bir baş giysisi olarak kullanılmıştır. Türbanın çağdaş olarak tanımlanması da batılı ve modern olanı temsil etmesiyle bağlantılıdır. Sadece başı kapatan boynun açık kaldığı türban ise daha geleneksel niteliktedir. Başlangıçta modern kabul edilen türban çok geçmeden anlam değiştirmiş ve siyasal işlevi olan bir simge olarak görülmeye başlamıştır. Bu durumda ise, başörtüsü geleneksel kadın örtünme şekli olarak masum hale gelmeye başlamıştır. Bkz. GÜVEN, Serhat (2006), Türk Anayasa Mahkemesi ve Laiklik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.61, Ankara.

⁴²10.10.1984 tarihli YÖK kararı. Bu konuda bkz. ALTINTAŞ, Mustafa (2002), YÖK ve Hukuk, Eğitim Sen Yayınları, s.80, Ankara.

⁴³24.12.1986 tarih ve 38/23574 sayılı YÖK genelgesi.

anlaşıldıklarını ileri sürmüş ve türbanı da yasaklamıştır.⁴⁴ Bu genelgeden sadece 1 yıl sonra, Aralık 1987 tarihli yönetmelik⁴⁵ ile türban tekrar serbest bırakılmış ve sonra yeniden Aralık 1989’da türban yasak edilmiştir.⁴⁶ Yasaklama ve serbesti arasındaki gidip gelmeler, sonunda konunun yasama organınca ele alınmasına ve böylece Anayasa Mahkemesi’ne taşınmasına neden olmuştur.⁴⁷

2.2.3.1.1. 1989 Tarihli Birinci Türban Kararı

Anayasa Mahkemesi Yükseköğretim Kurumlarında türban takılması konusundaki ilk kararını,⁴⁸ Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 16. maddesinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda vermiştir.⁴⁹ İptali istenen Ek Madde 16, şu hükmü içermektedir:

“Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

Mahkeme öncelikle iptali istenen hükmün farklı iki cümleden meydana geldiğini, birinci cümlede, olması gerektiği gibi çağdaş kıyafet ve görünümün

⁴⁴YÖK yayınladığı bu genelge ile, türbanla ilgili görüşlerinin yanlış anlaşıldığını ve modern anlamdaki türbanın da başların tamamen kapatılması suretiyle kötüye kullanıldığını, aynı renk ve biçimde kullanılan örtülerin, bazı ideolojik akımların simgesi olarak algılanmasının mümkün olduğunu belirtmiş ve 10.04.1984 tarihli genelgesini yürürlükten kaldırarak, Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin 7. maddesine “Yüksek öğretim kurumlarının dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarda çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak” hükmünü eklemiştir.

⁴⁵04.12.1987 tarih ve 20009 sayılı RG. ile yayınlanan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin bir Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik”. Söz konusu değişiklik ile, dini inanç nedeniyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılabileceğini ifade edilmiştir.

⁴⁶Bkz. 28.12.1989 tarih ve 20386 sayılı RG. ile yayınlanan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin bir Fıkrasının Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik”.

⁴⁷1980-1989 arası dönemde türban sorununun YÖK ve yargı organlarınca ne şekilde değerlendirildiği konusunda bkz. Gemalmaz, a.g.e., s. 66-77; Aksoy, a.g.e., s. 162-177.

⁴⁸E.1989/1, K.1989/12, k.t.07.03.1993, AMKD., S.25, s.133.

⁴⁹Dönemin Cumhurbaşkanı Kenan Evren tarafından açılan davada, 3511 sayılı “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44 üncü Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun’un 2. maddesiyle 2547 sayılı yasaya eklenen “Ek Madde 16”nın, Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile, 2., 10., 24., ve 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenmiştir.

zorunlu kılındığını, ancak ikinci cümle ile bu zorunluluğun yanına türban serbestliği getirilerek ayrıksı bir durum yaratıldığını ortaya koymuştur.⁵⁰

Anayasa Mahkemesi böylelikle, türbanı çağdaş kıyafet kavramı içinde görmediğini ifade etmiş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi düzenlemeyi Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi yönünden ele almış ve dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtünmesine serbestlik tanınmasını bir tür zorlama olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre; bireyi başını örtme yönünde zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinden olanlar arasında ayırım yaratmakta ve başörtüsüne ayrıcalık tanınması eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.⁵¹

Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi açısından yaptığı bu değerlendirmeye katılmak mümkün değildir. Mahkeme'ye göre düzenleme ile başörtüsü takanlara ayrıcalık tanınmaktadır. Başını açık olanlara tanınan bir hakkın, başını örtme seçimini yapanlar için de tanınması nasıl bir ayrıcalıktır? Esasen 10. maddeye göre din ve inanca göre ayırım yapılamayacağına göre, dini inancı sebebiyle başını örten bir kimsenin farklı bir uygulamaya tâbi tutulması ayrımcılık yaratmaktadır. Mahkeme daha da ileri giderek dava konusu hükmün, kişileri "başını örtmeye zorladığını" bu nedenle aykırılık teşkil ettiğini iddia etmektedir. Böylece Mahkeme ortada nasıl bir zorlama olduğunu açıklamadan, kimin baskıya uğradığını somut olarak ortaya koymadan "hayali bir zorlama" ile hüküm tesis etmektedir. Mustafa Erdoğan da haklı olarak bu değerlendirmeye "Olmayan bir şeyi var göstermek için, demek ki mantığın temel kurallarını böylesine ters yüz etmek de varmış!"⁵² diyerek tepki göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında, Yükseköğretim kurumlarında türban kullanımının Anayasada yer alan laiklik ilkesi ile bağdaşmadığını, bu sebeple de din özgürlüğü adına türban kullanımına izin verilemeyeceğini savunmaktadır.⁵³ Türban

⁵⁰E.1989/1, K.1989/12, k.t. 07.03.1989, AMKD., S.25, s. 141.

⁵¹E.1989/1, K.1989/12, k.t. 07.03.1989, AMKD., S.25, s. 153.

⁵²ERDOĞAN, *a.g.m.*, s. 12.

⁵³E.1989/1, K.1989/12, k.t. 07.03.1989, AMKD., S.25, s.153-158.

yaşının yasal dayanağının ne olduğunun ortaya konması Mahkemenin aktivist tutumunun izahı bakımından önem arz etmektedir. Bugün için en azından Anayasa Mahkemesinin incelemekte olduğumuz kararı sınırlamaya dayanak gösterilmekte ise de, bu kararın çıktığı güne kadar bu şekilde sınırlama getiren bir yasal düzenleme sözü konusu değildir. Giyim konusunda daha Cumhuriyetin ilk yıllarında çıkarılan iki kanun bulunmaktadır. Bunlar 25 Kasım 1925 tarihli ve 671 sayılı “Şapka İktisâsı Hakkında Kanun” ile 3 Aralık 1934 tarihli ve 2596 sayılı “Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun” dur. Bu kanunlarda başörtüsüyle ilgili bir sınırlama bulmak mümkün değildir, nitekim her iki kanun da esasen erkeklerin kılık ve kıyafetleri ile ilgilidir. Oysa Anayasamıza göre, temel hak ve özgürlükler konusunda yapılacak sınırlandırmalar kanuna dayandırılmak durumundadır.⁵⁴ Bu tür bir kanun olmaması halinde ise, ancak Anayasa’nın bizzat kendisinden kaynaklanan bir yasaklama ile özgürlüğün sınırlandırması yoluna gidilebilecektir. Anayasa Mahkemesi de, kanunlarda yer almayan bu tür bir yasaklamayı, Anayasal bir ilke olan laiklik ilkesi içinde bulmakta, dolayısıyla yaşının kaynağının Anayasa olduğunu ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu şekilde kanımızca Anayasa’da yer almayan bir yasak getirmesi, laikliğin türbanla ilişkisini bizzat kendisi belirleyerek bu yaşa somut norm niteliği kazandırması ve daha sonra da Anayasa’nın en üst norm olmasına dayanarak yasa koyucunun bu konuda serbestlik getirebilecek bir düzenlemenin önünü kapatması, Mahkeme kararının eleştirilere hedef olmasına neden olmuştur.⁵⁵

Bülent Tanör, Anayasa Mahkemesinin yasalarda yer almayan böyle bir yasaklamayı Anayasaya dayandırmasının ne denli hukukilikten uzak olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: “...yasaklar ve özgürlük kayıtlamalarıyla dolu 1982 Anayasasından bile böyle bir somut yasak üretilemez. Kanunkoyucu ya da idare belli konularda ve alanlarda bu hususu düzenlemek ve yasaklar koymak olanağına anayasal açıdan sahip olduğu gibi, dinselliğe yollama yapmadan bunları kaldırma hak ve yetkisine sahiptir. Yasakoyucunun ve yürütmenin, çağdaş ve laik eğitim ilkeleriyle türban örtme işi

⁵⁴Bkz. TC. Anayasası madde: 13.

⁵⁵GÜVEN, a.g.e., s. 67.

arasındaki ilişkileri zamana ve mekana göre düzenleme yetkisi yoksa, ülkede siyasal organların varlığı da tartışmalı hale gelir.”⁵⁶

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi; yasa koyucunun Yükseköğretim kurumlarında başörtüsü ve türbanla eğitimi serbest bırakmak amacıyla yaptığı düzenlemeyi, bu tür bir serbestinin Anayasada yer alan laiklik ilkesi doğrultusunda bizzat Anayasaya aykırılık taşıdığı görüşünü benimsemiş ve düzenlemenin iptali yoluna gitmiştir.

2.2.3.1.2. 1991 Tarihli İkinci Türban Kararı

Anayasa Mahkemesi, Yükseköğretim Kurumlarında türban takılması ile ilgili ikinci kararını, Yükseköğretim Kanununa eklenen Ek Madde 17'nin iptali istemi ile açılan dava sonucu vermiştir.⁵⁷

Dava dilekçesinde iptali istenen 25.10.1990 günlü 3670 sayılı kanunun 12. maddesi ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen Ek madde 17 şu şekildedir: *“Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.”*

Mahkeme esas yönünden incelemesinde tarihsel süreç içindeki kılık kıyafet ile ilgili düzenlemeler hakkında bilgi verdikten sonra laiklikle ilgili önceki kararlarında ortaya koyduğu genel ilkeleri tekrarlamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında iptali istenen hükmün ne anlama geldiğini, daha önce incelediğimiz ilk türban kararı ile ilişkilendirerek ortaya koymuştur. Böylece Mahkeme iptali istenen hükmün neyi ifade ettiğini kendi yorumu ile tespit etmiştir.

Mahkeme, “yürürlükteki kanun” ibaresinin sadece yasalarla getirilen bir düzenlemeyi değil, başta Anayasa olmak üzere, yürürlükteki hukuk düzenini ifade ettiğini ve bu nedenle Ek 17. maddenin Anayasa ve yasalara aykırı olmamak üzere, Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbestisi tanıdığını belirtmiştir. Yükseköğretim Kurumlarında dini inanç sebebiyle başların örtüyle kapatılmasını

⁵⁶TANÖR, Bülent (1994), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS yayınları, s. 57, İstanbul.

⁵⁷E.1990/36, K.1991/8, k.t.09.04.1991, AMKD. S. 27, s. 285-323.

Anayasaya aykırı bulan ilk türban kararına atıflarda bulunan Mahkeme, buradan hareketle şunları belirtmiştir:

“... alınan karara göre, yükseköğretim kurumlarında dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması Anayasa'nın lâiklik ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu durumda, dava konusu kuralda öngörülen yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisi, ‘... dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması ...’ ve dinsel nitelikli giysileri kapsamaz...”⁵⁸

Yaptığı bu yorum ile, düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının ifade edildiği Anayasanın 153. maddesine aykırılık taşımadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, düzenlemenin, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisini içerdiğinin kabulü halinde, Anayasa'nın 153. maddesine açık bir aykırılık oluşacaktır.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi “...içeriği bakımından dini inanç ve gereklere dayalı bulunmayan, Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 günlü, E. 1989/1, K. 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve Yükseköğretim Kurumlarında, çağdaş kıyafet ve görünümü ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen, ancak yürürlükteki yasalara aykırı olmamak kaydıyla kılık ve kıyafette serbestlik tanıyan “Ek Madde 17”nin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE...” biçimindeki yorumunu hüküm fıkrasına da açıkça yerleştirmiş ve bu şekilde yorumlanmasını öngördüğü düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.⁶⁰

Görüleceği üzere Mahkeme iptal istemiyle ilgili olarak red kararı vermiş ancak bu red kararına da düzenlemenin, 7.3.1989 tarihli ilk türban kararında anayasaya aykırılığını ortaya koyduğu “Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması” serbestliğini getirmediği bir başka deyişle türban yasağını kaldırmadığı yorumu ile ulaşmıştır.

⁵⁸Aynı karar, s. 305.

⁵⁹Aynı karar, s. 306.

⁶⁰Aynı karar, s. 309.

Anayasa Mahkemesinin yorumlu red kararı verip veremeyeceği ya da Mahkeme kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı konuları tez konumuzun kapsamında olmadığından bu noktada bu sorunlar üzerinde durulmayacaktır. Bizim açımızdan önemli olan Anayasa Mahkemesinin türban konusundaki yaklaşımını ortaya koymak ve doğrudan Anayasaya dayanarak üniversitelerde türban kullanımına izin vermediğini tespit etmektir. Anayasa Mahkemesinin, türbanla ilgili kararlarıyla ortaya koyduğu bu aktivist tutumunu, 2008 tarihli ve yukarıda incelemiş olduğumuz kararı ile devam ettirdiği söylemek yanlış olmayacaktır.

2.2.3.2. Siyasi Parti Kapatma ile İlgili Kararları

Laik Cumhuriyet ilkelerine aykırılık, Anayasa Mahkememizin kullandığı temel parti kapatma nedenlerinden biri olmuştur. Anayasa Mahkemesi bu nedene dayanılarak açılan 7 kapatma davasından 5'inde kapatma kararı vermiş sadece Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılmasıyla ilgili davada kapatma istemini red etmiştir. Anayasa Mahkemesinin laikliğe aykırılık nedeniyle kapattığı siyasi partiler ise şunlardır: Milli Nizam Partisi (1971), Huzur Partisi (1983), Refah Partisi (1998), Fazilet Partisi (2001) ve Özgürlük ve Demokrasi Partisi (1993). Ancak hemen belirtmek gerekir ki ÖZDEP sadece laiklik ilkesine aykırılık nedeniyle değil, ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğüne aykırılık nedeniyle kapatılmıştır.⁶¹ 2008 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi aleyhine açılan kapatma davasında ise kapatma kararı vermemiş ancak partinin kısmen devlet yardımından yoksun bırakılmasına hükmetmiştir.⁶²

Bu kararlar arasında özellikle Fazilet Partisiyle ilgili olan kapatma kararı, son derece ağır bir karar olup ve Mahkemenin aktivist tutumuna açık örnek teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiği

⁶¹İlgili Anayasa Mahkemesi kararları:

MNP, E.1971/1, K.1971/1, k.t. 20.05. 1971, AMKD. S.9, s.3 vd.

HZP, E.1983/2, K.1983/2, k.t. 25.10.1983, AMKD. S.20, s.345 vd.

RP, E.1997/1, K.1998/1, k.t. 16.01.1998, AMKD. S.34, C.2, s. 762 vd.

FP, E.1999/2, K.2001/2, k.t. 22.06.2001, AMKD. S.37, C.2, s. 922 vd.

ÖZDEP, E.1993/1, K.1993/2, k.t. 23.11.1993, AMKD. S.30, C.2, s. 841 vd.

⁶²E. No: 2008/1, K.No: 2008/2, k.t.30.07.2008.

gerekçesiyle kapattığı son parti Fazilet Partisidir.⁶³ Mahkeme esas yönünden açıklamasında, Refah kararında olduğu gibi laiklikle ilgili genel açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme kararını, 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan milletvekili seçimlerinden sonra TBMM.'ndeki yemin törenine türbanı ile gelen FP milletvekili Merve Kavakçı'nın türbanı ile yemin etmek istemesi ve bu hareketinin orada bulunan Fazilet Partililerce desteklenmesi olayı ile başta FP Genel Başkanı Recai Kutan olmak üzere diğer bazı parti üyelerinin Merve Kavakçı' yı ve türbanı savunan konuşmalarına dayanarak vermiştir.⁶⁴

Merve Kavakçı milletvekili seçilmeden önce, hiçbir yerde hiçbir şekilde türbanını çıkarmayacağını açıkça ifade etmiştir. Türban yasağının karşısında bir tutum içinde yer alan parti ise, Merve Kavakçı' yı özellikle milletvekili seçtirmiş ve türbanla TBMM.'ne girerek yemin edebilmesini sağlamayı amaçlamıştır.

Anayasa Mahkemesi Merve Kavakçı olayına ve türbanla ilgili konuşmalara dayanarak FP'nin laik Cumhuriyet karşıtı eylemlerin odağı haline geldiği sonucuna varırken gerekçesinde şu hususları belirtmektedir:

“Anayasa’da Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan lâiklik ilkesine karşı olanların, güçlü bir siyasal sembol olarak kullandıkları türban konusunda Fazilet Partisi Genel Başkanı, Genel Başkan Yardımcıları ve milletvekilleri ile kimi partili belediye başkanlarının kararlı, ısrarlı ve süreklilik gösteren faaliyetleriyle temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı demokratik hukuk devletini değil, din kurallarının geçerli olduğu bir toplumsal modeli gerçekleştirmeyi amaçladıkları açıktır. Bu amacın, Anayasa’nın 68. ve 69. maddeleriyle, 2820 sayılı Yasa’nın 101. maddesi karşısında olduğu kadar İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 30. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesi karşısında da korunma göremeyeceği kuşkusuzdur.”⁶⁵

“...Refah Partisi’yle ilgili kararda, lâiklik ilkesine ilişkin Anayasa ve yasa kuralları ile Anayasa Mahkemesi kararları gözardı edilerek, resmî daire ve üniversitelerde türban ve başörtüsü kullanmayı teşvik eden konuşmaların, lâik düzen karşıtları için bir mesaj

⁶³E.1999/2, K.2001/2, k.t. 22.06.2001, AMKD. S.37, C.2, s. 922.

⁶⁴Konuşmalar için bkz. Aynı karar, s. 931-956.

⁶⁵Aynı karar, s.1493.

oluşturduğu belirtilmesine karşın, davalı Parti, türban ve başörtüsü konusunu belirlediği politikalara temel almakta bir sakınca görmemiş bu konudaki görüşleri bilinen Merve KAVAKÇI'ı seçilebileceği bir yerden aday göstererek milletvekili olmasını sağlamıştır...⁶⁶

Anayasa Mahkemesi'nin parti üyelerince yapılan konuşmalara dayanarak, Fazilet Partisi'nin, Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına aykırı eylemlerin odağı haline geldiği sonucuna varması ve partinin kapatılmasına hükmetmesi, kanımızca doğru kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Mahkeme gerekçesini Refah kararında olduğu gibi düşünce açıklamaları üzerine kurmuş olsa da, bu davada Refah kararından farklı olarak herhangi bir şiddet çağrısı, demokratik siyasal düzenin reddi, din ayırıcılığı ya da hoşgörüsüzlük verileri yoktur.⁶⁷

Kapatma kararına esas alınan konuşmaların, kız öğrencilerin türban sorunu ile ilgili olduğu görülmekte, konuşmalardan türban yasağının kaldırılmasının istendiği, bu konunun parti için bir propaganda aracı haline getirildiği anlaşılmaktadır. Fakat Mahkeme Fazilet kararında da türban yasağını eleştirilemez, değiştirilmesi önerilemez doğrular haline getirmekte ve buna dayanarak son derece yanlış bir şekilde kapatma kararı vermektedir.⁶⁸

Başından beri asla türbanını çıkartmayacağını ifade eden Merve Kavakçı'nın, bu husus bilinerek milletvekili seçtirilmesi ve Meclise türbanıyla girmesine yönelik eylemde bulunulması laiklik ilkesine açıkça aykırılık taşımaktadır. Kanımızca laik devlette milletvekilliğinin türbanla bağdaşması kesinlikle mümkün olmamakla birlikte, yalnız bu eyleme dayanılarak parti hakkında kapatma kararı verilmesi oldukça ağır bir sonuç doğurmuştur.⁶⁹

⁶⁶Aynı karar, s.1497.

⁶⁷CAN, Osman (2005), Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması, Seçkin Yayınları, s.127, Ankara.

⁶⁸KÜÇÜK, Adnan (2005), Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar , Asil yayın dağıtım , s.389, Ankara.

⁶⁹GÜVEN, a.g.e., s. 112.

Bu nedenlerle Yayla'nın "gerçekten dökülmektedir" diyerek, "ülkeyi karanlıklara ittiğini" belirttiği⁷⁰ Fazilet Partisi kararı Mahkemenin aktivist tutumunun açık örneği niteliğindedir.

2.2.4. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Denetimi

1924 Anayasasında ve 1961 Anayasasının başında mevcut olmayan kanun hükmünde kararnameler 1961 Anayasasında 1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan değişiklikle hukuk düzenimize girmiştir.⁷¹ Böylece 1971 değişikliğiyle hukuk sistemimize dahil olan kanun hükmünde kararnameler 1982 Anayasasında da yer almış ancak 1982 Anayasasındaki düzenleme ile kanun hükmünde kararnameler ile hareket alanı genişletilmiştir. Şöyle ki:

1961 Anayasası kanun hükmünde kararnameler ile ilgili olarak; *"Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, belli konularda Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lâzımdır."* hükmünü ifade ederken 1982 Anayasası;

"Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez."

⁷⁰YAYLA, Atilla (2001), "Fazilet Partisi'nin Kapatılması ve Türkiye'nin Cari Sistemi'nin Çıkmazlar" Liberal Düşünce, Yıl: 6, S. 23, Yaz., s. 61-65.

⁷¹Kanun hükmünde kararnameler ile ilgili olarak bkz. SOYASLAN, Doğan (1994), 'Kanun Hükmünde Kararnameler', Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 11, s.145-175, Ankara.

Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterir." hükmünü içermektedir.

Görüldüğü gibi, 1961 Anayasası'nda yer verilen KHK çıkarma yetkisinin 'belli konularda' verilebileceğine ilişkin düzenleme, 1982 Anayasası'nda yer almamaktadır. Bu durum, 1982 Anayasası'nda KHK çıkarmak için verilecek yetkinin konu yönünden geniş tutulabileceği şeklinde yorumlanmıştır.⁷²

Kanun hükmünde kararnameler açısından iki anayasal düzenleme arasındaki esas önemli fark ise, 1961 anayasası uyarınca kanun hükmünde kararnamelerle yapılabilecek olan değişikliklerin yetki kanununda belirtilmesi zorunlu iken, bu zorunluluğun 1982 Anayasası ile ortadan kaldırılmış olmasıdır. Böylelikle yürütme erki, kendisine yetki verilen konu ile ilgili olarak diğer kanun ve kanun hükmünde kararnameler üzerinde çok daha rahat şekilde yeni düzenlemeler gerçekleştirebilecektir.

1982 Anayasasının 1961 Anayasasına göre, kanun hükmünde kararnamelerin düzenleme alanını genişletme eğiliminde olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnameler konusundaki kararlarıyla, bu eğilimin tersine bir yola yönelmiştir.

Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnameler ile ilgili olarak, Anayasa' da yer almayan bir takım şartlar arama ve bu açıdan denetim gerçekleştirme yolunu tercih etmiştir. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi kararlarında kanun hükmünde kararnamelerin konu unsuru bakımından; önemlilik, ivedilik, zorunluluk ve kısa sürelilik gibi Anayasada bulunmayan birtakım şartların varlığını aramıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre;

"Kanun hükmünde kararnamelerin ancak yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan, belli usullere göre yasa çıkarmaya zamanın elvermemesi gibi ivedi

⁷²YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1996), Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, Beta Yayınları, s.50, İstanbul.

durumlarda kullanılması gerekir. Sonuç olarak yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir, bu yetki devredilemez. KHK'ler, unsurları Anayasa'da belirtilen yetki yasalarına göre çıkarılır ve işlem görürler, ayrık durum içindedirler ve bağlı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler...TBMM tarafından Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin ancak, önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da izlenimini verecek biçimde sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa koyucunun amacına, kuşkusuz daha uygundur...KHK çıkarılması, TBMM tarafından verilen ve ancak 'ivedi ve zorunlu' durumlarda, çok uzun olmayan bir sürede kullanılacak bir yetkidir. KHK'lerin, ivedi ve zorunlu olmayan durumlarda kullanılması, bu doğrultudaki uygulamaya süreklilik ve yaygınlık kazandırılması, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve Anayasa'ya aykırı düşer...Uzun bir süre için yürütmeye kesintisiz yetki verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Bu uygulama Anayasanın 7. maddesi ile bağdaşmaz...Yetki süresinin sürekli uzatılması Anayasa'nın 91. maddesine de uygun düşmez."⁷³

Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadı doktrinde farklı şekilde yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesini kararında haklı bulanlar olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yetki kanunu ile Bakanlar Kurulu'nun KHK çıkarma konusunda yetkilendirilmesi için Anayasa'da yer almayan "ivedilik, zorunluluk ve önemlilik" koşullarının varlığını aramasını eleştirenler de olmuştur.

Anayasa Mahkemesini içtihadında haklı bulan Yüzbaşıoğlu'na göre; KHK'lerin hukukumuza almış nedeni, "önemli, ivedi ve zorunlu" durumlarda yürütme organı tarafından düzenleme yapılabilmesine olanak tanımaktır. Bu nedenle de, KHK'lerle düzenleme "önemli, ivedi ve zorunlu" durumlar için öngörülmüş; bu durumlara özgü, "ayrık, istisnai" bir yetkidir. Bu yetki, her durumda ve sürekli kullanılabilen olağan bir düzenleme yetkisi değildir. Olağan düzenleme yetkisi,

⁷³E. No: 1988/64, K. No: 1990/2, k.t. 01.02.1990, AMKD. S.26, s.63-68. Ayrıca bkz.E. No:1989/4, K. No: 1983/23, k.t.16.05.1989; E. No: 1988/62, K. No: 1990/3, k.t.06.02.1990; E. No:1993/26, K.No:1993/28, k.t.16.09.1993.

TBMM'ye ait ve kanunla kullanılacak bir yetki olup; Anayasa'nın yedinci maddesi uyarınca devredilemez bir yetkidir.⁷⁴

Özbudun ise, Anayasa Mahkemesinin bu şekilde anayasada yer almayan bir takım şartlar öngörmesini eleştirmektedir. Özbudun'a göre, bu şekilde yeni şartlar eklenmesinin Anayasaya uygunluğu oldukça kuşkuludur. Anayasa Mahkemesinin anayasada yer almayan yeni şartlar ekleme yetkisi bulunmamaktadır. Yazara göre Anayasa Mahkemesi, yasama organının kanun çıkartma yetkisini yorum yoluyla daraltırken, Milli Mücadelenin ve 1924 Anayasasının kanuncu geleneğinin etkisinde kalmıştır.⁷⁵

Gözler de Anayasa Mahkemesinin kanun hükmünde kararnameler konusundaki hareket tarzını eleştirmekte ve Anayasa Mahkemesinin Anayasada bulunmayan yeni bir koşul türetmesini, halkın temsilcilerine ait olan tali kurucu iktidar yetkisinin gasp edilmesi olarak nitelendirilmektedir.⁷⁶

Kanun hükmünde kararname çıkarma konusunda yetki kanunıyla izin verilirken, ivedilik koşulunun Anayasa Mahkemesi kararı ile bir ek koşul olarak kabul edilmesinden sonra bu noktada asıl sorun, kanun hükmünde kararname çıkarmak için yetki kanunu ile verilen iznin ivedi, zorunlu ve önemli olup olmadığı hususundaki değerlendirmeyi Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirmesi sürecinde ortaya çıkacaktır. Çünkü bu koşulu ekledikten sonra Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda hangi konudaki düzenlemenin ivedi, zorunlu ve önemli olduğuna da kendi anlayışına göre karar verecektir. Oysa hangi konularda kanun hükmünde kararname çıkarılacağını belirleme yetkisi, Anayasanın izin verdiği konular dahilinde, TBMM'ye aittir. Yani, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma izni verirken TBMM'yi sadece Anayasa sınırlamaktadır. Ancak bu süreçte Anayasa Mahkemesi, Anayasada açıkça öngörülmemesine rağmen,

⁷⁴YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., s.109.

⁷⁵ÖZBUDUN, Ergün (2003), Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, s.236, Ankara.

⁷⁶GÖZLER, Kemal , 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu', AÜSBFD, C. 61, S. 3, s.159, Temmuz Eylül 2006.

içtihatla kanun hükmünde kararname çıkarma sürecine yeni bir koşul ekleyerek, Anayasanın öngörmediği yeni bir durumun ortaya çıkmasına yol açmaktadır.⁷⁷

İvedilik ve zorunluluk gibi koşulları sürece dahil etmesinden sonra Anayasa Mahkemesi, artık kanun hükmünde kararname sürecinde çıkarılan her yetki kanununu denetlerken, kanun hükmünde kararname çıkarmanın ivedi ve zorunlu olup olmadığını, tamamen kendi algılamasına göre değerlendirecektir. Hatta her somut olay bağlamında ivedilik ve zorunluluk unsurunu aşırı sübjektif biçimde değerlendirerek, belki de Anayasanın öngördüğü kanun hükmünde kararname rejiminin uygulamada işlemez hale gelmesine yol açabilecektir.⁷⁸

Sonuçta Anayasa Mahkemesi, geliştirdiği bu ek koşulu ölçüt olarak, çıkarılan yetki kanunlarını denetlerken, rahatlıkla yerindelik denetimine kayabileceği bir tutum sergileyebilir ve böyle bir durumda Mahkeme, kendi eliyle, Anayasada öngörülen temel bir kurum olarak kanun hükmünde kararnamenin uygulamada bir anlamda rafa kalkmasına neden olabilir. Çünkü artık Anayasa Mahkemesi, Anayasada öngörülen koşullara ek olarak yetki kanununda kendi eklediği "ivedilik", "zorunluluk" ve "önemlilik" koşullarının bulunup bulunmadığını ararken, somut olarak kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi düşünülen konuların önemli, ivedi ve zorunlu olup olmadığını kararlaştıracaktır. Böylece Anayasa Mahkemesi, gerçekleştireceği denetimde rahatlıkla hukuka uygunluğun ötesine geçilebilecek, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamedeki ivedilik konusunda siyasal, sosyal, ekonomik ve benzeri gereksinimlere uygunluğa karar verilebilecektir.⁷⁹

⁷⁷HAKYEMEZ, a.g.e., s. 124.

⁷⁸GÖZLER, Kemal (2000), Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitapevi, s.748, Bursa.

⁷⁹HAKYEMEZ, a.g.e., s. 127.

2.2.5. Yürürlüğü Durdurma Kararı

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün yürürlüğünü durdurma konusunda yetkili olduğunu ilk kez 1993 tarihli kararında⁸⁰ kabul etmiş ve yürürlüğün durdurulması müessesesinin anayasa yargısında uygulanmasına bu tarihten sonra kesintisiz olarak devam etmiştir.

1993 tarihli içtihadı kadar yürürlüğü durdurma istemiyle Anayasa Mahkemesine üç defa başvurulmuş Anayasa Mahkemesi ise bu istemleri her seferinde red etmiştir.⁸¹ Mahkemenin red kararları özetle şu gerekçelere dayanmaktadır:

Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir yasanın yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin Mahkemenin Kuruluş ve Yargılama Usullerini düzenleyen kanunda yer alması sonucuna varılacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne ne Anayasa ile ne de kanunla böyle bir yetki tanınmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin denetimini yaptığı yasanın nasıl bir özel niteliği olursa olsun, kendisini yorum ve kıyaslamaya giderek, yasayla verilmemiş böyle bir yetkiyle donatmasına olanak yoktur.⁸²

Anayasa Mahkemesi 1993 tarihli kararıyla bu görüşünden vazgeçerek, yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olduğunu içtihatla benimsemiştir. Anayasa Mahkemesi yeni içtihadını özetle şu gerekçelere dayandırmıştır:

İlk olarak; Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 2. maddesinde yer alan "Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti" olduğu ifadesinden hareketle, yargı denetiminin önemine vurgu yapmış ve Devletin tüm işlemlerinde hukuka uygunluğun

⁸⁰E. No:1993/33, K. No:1993/40, k.t.21.10.1993.

⁸¹Bkz. E. No:1972/13, K. No:1972/18, k.t.06.04.1972; E. No:1977/60, 1977/81, k.t.24.05.1977; E. No:1985/659, K. No: 1985/4, k.t. 01.08.1985

⁸²E. No:1972/13, K. No:1972/18, k.t.06.04.1972; E. No:1977/60, AMKD, S. 10, s. 273.

sağlanması, eksiksiz bir yargı denetimine bağlı tutulmasını gerekli kıldığını, yargı yetkisinin etkinliğinin "karar verme" aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirdiğini ve "yürürlüğü durdurma" önleminin bu eksiksiz kullanma kapsamında yer aldığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesine göre yürürlüğün durdurulması, yargılama evrelerinde yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak yargı yetkisinin bütünlüğü içerisinde yer alır. Bu bağlamda gerekçede şu ifadeye yer verilmiştir:

"Anayasa'nın üstünlüğü, yasama yetkisinin Anayasa kurallarıyla sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Anayasa yargısı, yasamanın 'üstün gücüne' karşı 'anayasal denge aracı' olarak getirilmiştir. Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma yetkisinin kullanılmasına bağlıdır. Tersi durumda Anayasa Mahkemesi, anlamsız bir denetim yapma durumuna düşer ki, bu da denetimin özünde kısıntı anlamına gelir. Oysa, bu uygulamayı durdurma, yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araçtır"⁸³

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesine göre ister özel hukuk, ister kamu hukuku uyumsuzluklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile "önlem (tedbir)" yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur.

Üçüncü olarak, Anayasa Mahkemesi, bir mantıksal çıkarımda bulunarak, bir kanunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine tanıyan Anayasa ve kanun koyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan kanunun uygulamasını durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerektiğini, çoğun içinde, tersine bir hüküm ve neden olmadıkça, azın her zaman bulunduğunu belirtmiştir.

Dördüncü gerekçesinde, yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılabilmesi için en ideal olanın bunun Anayasa ya da kanunlarda açıkça düzenlenmesi olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, bu konuda ilgili metinlerde herhangi bir kural bulunmamasının yazılı kurallarda bir boşluk bulunduğu anlamına geldiğini ve bu nedenle bu boşluğu hakim hukuk yaratarak doldurabileceği kanaatine ulaşmıştır.

⁸³E. No:1993/33, K. No:1993/40, k.t.21.10.1993.

Yüksek Mahkemeye göre ister maddi hukuk ister usul hukuku alanına girdiği kabul edilsin, Anayasa Mahkemesinin içtihat yoluyla yürürlüğü durdurma kararı vermesi mümkündür ve yürürlüğü durdurma anayasal denetim yetkisi kapsamı içinde yer almaktadır.

Son olarak ise Anayasa Mahkemesi, oldukça farklı bir yaklaşım sergileyerek, yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Mahkemenin Anayasayı yorumlama işlevini anayasal yargı denetiminin gereklerine uygun olarak kullanıp yürürlüğü durdurma kararı vermek yükümlülüğünde olduğunu; tersi durumda, kişileri olduğu kadar kamu düzenini de "Anayasa koruması"ndan yoksun bırakmış olacağını ve bu nedenle Anayasa Mahkemesinin kararını verirken, bu yetkinin kendisine tanınıp tanınmadığını değil, yetkiyi yasaklayan bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırması gerektiğini ifade etmiştir.

Yürürlüğü durdurma yetkisini içtihatla kabul eden Anayasa Mahkemesinin kararında yer verdiği gerekçelere bakıldığında, Mahkemenin anayasa yargısı denetiminin etkinliği açısından "ısrarla" bu yetkiye sahip olmak istediği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçelerde, adeta yürürlüğü durdurma yetkisini elde etme hedefine "odaklanmış" biçimde çok değişik açılardan olaya yaklaşmış ve her bir yaklaşımın sonucunda yürürlüğü durdurma yetkisinin gerekliliğine ve bu yetkinin Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği denetimin bünyesinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Ancak kararda yer verilen gerekçelerin, bir yargı organının pozitif dayanağı olmayan böylesine önemli sonuçlar doğuran bir yetkiyi, kendi argümantasyonu ile kabul ederek kullanmaya başlaması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi eleştirilere maruz kalmıştır.⁸⁴

Kararla ilgili olarak Gözler; kamu hukukunda boşluk olmadığını, verilmemiş bir yetki olamayacağını, bu nedenle de Anayasa ya da kanun bir konuda bir hüküm getirmiyorsa, bundan boşluk olduğu sonucu çıkarılamayacağını belirtmektedir. Bundan dolayı Anayasa bir yetkiyi Anayasa Mahkemesine vermemişse, bu Anayasada o konuda bir boşluk olduğu anlamına gelmez; tam tersine Anayasa

⁸⁴HAKYEMEZ, a.g.e., s. 88-89

Mahkemesinin yetkisiz olduğu anlamına gelir. Medeni Kanundaki hüküm, bu Kanunun uygulanması konusundaki boşlukları doldurmak için Medeni Kanun hakimini yetkilendirebilir, ama Anayasa Mahkemesi üyelerini yetkilendiremez.⁸⁵

Özbudun ise asli kurucu iktidarın Mahkemeye yürürlüğü durdurma yetkisini vermek gibi bir amacının olmadığını şu şekilde savunmaktadır: ‘...gerek değişik 1961 gerek 1982 Anayasalarında, Anayasaya aykırı bulunan kanunun, iptal anında değil, iptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı anda yürürlükten kalkması; hatta Anayasa Mahkemesinin, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere ayrıca kararlaştırabilmesi, Anayasa koyucunun, kamu düzeni düşüncesiyle, Anayasaya aykırılığı saptanmış bir kanunun bile bir süre daha yürürlükte kalabilmesine imkan vermiş olduğunu göstermektedir. Bu durumda Anayasa koyucunun, Anayasaya aykırılığı henüz hükme bağlanmamış bir kanunun yürürlüğünün durdurulması yetkisini Anayasa Mahkemesine vermek istememiş olduğu sonucuna varılabilir.’⁸⁶

İlyas Doğan ise, yürürlüğü durdurma yetkisinin hukuk devleti ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin etkin biçimde korunmasında önemli bir araç olarak düşünülebileceğini; bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verdiği konuların özgürlüklerden ziyade, genellikle özelleştirme, ekonomi ve benzeri idari konulardan öteye gidemediğini ve bu kararlar dikkate alındığında yürürlüğü durdurma kurumunun, adeta Anayasa Mahkemesi ile siyasal iktidarın çekişmesinde kullanılan bir araç biçiminde algılanabildiğini belirtmektedir.⁸⁷ Anayasa Mahkemesinin 1993 yılından önceki üç kararında sürekli biçimde bu yetkiyi kendisinde görmemesine rağmen, bu konuda Anayasa ve kuruluş Kanununda hiçbir değişiklik yapılmadığı da dikkate alındığında, 1993 tarihli

⁸⁵GÖZLER, a.g.e., s. 974. Aynı yönde bkz.: ODYAKMAZ, Zehra (1995), ‘Yürürlüğü Durdurma’ Anayasa Yargısı, S.12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.159, Ankara.; ÖZAY, İlhan (2002), Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, s335, İstanbul; BİLGİN, Pertev (1995), ‘Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması’, Anayasa Yargısı, S.12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 178, Ankara.

⁸⁶ÖZBUDUN, a.g.e., s. 422.

⁸⁷DOĞAN, İlyas (2002), Alman ve Türk Anayasa Hukukunda Yürürlüğü Durdurma, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, s.304, İstanbul.

kararıyla bu yetkiyi kabul etmesi de Doğan'ın işaret ettiği bu ihtimali kuvvetlendirmektedir. Nitekim yürürlüğü durdurma yetkisinin içtihatla kabulü, siyasal organlara karşı yargı organını önemli ölçüde güçlendirmiştir.⁸⁸ Gerçekten Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisini kullanma taleplerini reddettiği önceki kararları temel hak ve özgürlüklerle ilgili kararlardı. 1993 tarihli karar ise siyasal iktidarın doğrudan hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan bir düzenlemesi⁸⁹ ile ilgilidir. Bu durum bile Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizminin özgürlüklerle ilgili alanda değil, siyasal iktidarların takdirleri ile ilgili alanda olduğu görüşünü desteklemektedir.⁹⁰

⁸⁸YILDIZ, Mustafa (1998), Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, Beta Yayınları, s.174, İstanbul.

⁸⁹509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirket Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

⁹⁰HAKYEMEZ, a.g.e., s. 97.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. AKTİVİST TUTUMUN YANSIMALARI (ETKİ-TEPKİ DALGASI)

3.1. YASAMA ORGANININ TEPKİSİ

Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu hiç şüphesiz en başta yasama organının tasarruf alanına bir müdahale teşkil etmekte ve bu nedenle her aktivist tutum yasama organının tepkisine neden olmaktadır. Bu etki-tepki dalgası içerisinde yasama erki yargı erkinin engellemelerine tali kurucu iktidar olma niteliğiyle cevap vermekte ve anayasaya aykırılık kararlarına gene anayasayı değiştirmek suretiyle karşılık verme yolunu tercih etmektedir.

Yasama organı Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumuna her seferinde başka bir düzenleme ile tepki göstermektedir. Her seferinde sürekli olarak tekrarlanan bu etki-tepki dalgasını daha iyi anlayabilmek için bu düzenlemelerden birkaç örnek vermek kanımızca faydalı olacaktır.

3.1.1. Anayasa Değişikliklerinin Denetimi

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesini anayasa değişikliklerinin esas bakımından da denetlenebileceğine dair 16.06.1970 tarihli kararı¹ yasama erkinin tepkisini çekmiş ve bu nedenle 1971 yılında yapılan değişiklik ile Anayasanın 147. maddesi; 'Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.' biçiminde değiştirilmiştir.

¹E. No: 1970/1, K. No: 1970/31, k.t.16.06.1970, AMKD. S. 8, s. 282-333.

1971'den sonraki süreçte ise, şekil şartlarına uygunluğun Anayasa Mahkemesi'nce son derece geniş yorumlanması nedeniyle bu sefer 1982 Anayasası'nı yaratan asli kurucu iktidar devreye girmiş ve şekil bakımından denetimin ne anlama geldiğini açıkça ortaya koymak suretiyle Anayasa Mahkemesi'ni sınırlama yoluna gitmeyi tercih etmiştir.

Asli kurucu iktidar Anayasanın 148. maddesini 'Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler... Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır.' şeklinde hüküm altına almakla esasen Anayasa Mahkemesi'ni anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda frenlemeyi amaçlamıştır.

1982 Anayasasının bu açık düzenlemesine rağmen Anayasa Mahkemesinin 2008 ve 2010 tarihli kararlarıyla² şekil adıyla esas bakımından denetim yapma arzusu yasama organının sınırlarını iyice zorlayarak, yasama organını Anayasa Mahkemesi'nin yapısında değişiklik yapma noktasına getirmiştir. Yasama erkinin bu tepkisine ise ileride özel olarak yer verilecektir.

3.1.2. 367 Kararı

Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının seçiminde toplantı yeter sayısının 367 olduğu yönündeki kararıyla³ Cumhurbaşkanının AKP iktidarı tarafından seçilmesini engellemiş ve yasama erkinin sert tepkisini çeken karar sonrası, iktidar Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine yönelik anayasa değişikliği içerisine girmiştir. 21 Ekim 2007 tarihli halkoylaması ile kabul edilen anayasa değişikliği neticesinde toplantı yeter sayısı ve Cumhurbaşkanlığı seçiminde yeni düzenlemeler kabul edilmiştir.

²Bkz. II. Bölüm s.35.

³E. No: 2007/45, K. No: 2007/54, k.t.: 01.05.2007

Anayasanın toplantı yeter sayısını düzenleyen 96. madde de ‘Anayasada başkaca bir hüküm yoksa Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır...’ifadesi yerine ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlemlerinde üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır...’ ifadesi kabul edilmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesinin 367 yorumu yasama erki tarafından tamamen işlevsiz ve anlamsız hale getirilmiştir.

Tali kurucu iktidar 367 kararı sonrasında sadece toplantı yeter sayısı üzerinde değişiklik yaparak krizi aşma yoluna gitmemiş, aynı zamanda Cumhurbaşkanının seçim şekil ve sürecini tamamen değiştirmeyi tercih etmiştir. Yapılan anayasa değişikliği neticesinde Cumhurbaşkanının seçimini düzenleyen 101. madde şu şekildedir:

‘Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir.

Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.

Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir...’

3.1.3. Türban Kararları

Anayasa Mahkemesinin 1989⁴ ve 1990⁵ tarihli yükseköğretim kurumlarında türban takılmasına yasak getiren kararları ile bu konudaki tartışma son bulmayarak günümüze kadar devam etmiştir ve halen daha devam etmektedir.

⁴E.1989/1, K.1989/12, k.t.07.03.1993

⁵E.1990/36, K.1991/8, k.t .09.04.1991

Aslında yasalarda varolmayan ve sadece Anayasa Mahkemesi kararı neticesinde ortaya çıkan bu yasaklı duruma son vermek isteyen yasama erki 411 gibi oldukça yüksek bir oyla Anayasa değişikliği yoluna giderek Anayasanın 42. maddesine *'Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir.'* şeklinde bir ek fıkra getirmek suretiyle ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

Bu değişiklik daha önce ayrıntılarıyla anlatıldığı üzere Anayasa Mahkemesinin şekil adıyla esas bakımından denetim yapması neticesinde iptal edilmiş⁶ olsa da, yasama erkinin kendi tasarruflarına yönelik müdahalelere aradan yıllar geçse de cevap verme eğiliminde olduğunun açık bir örneğini teşkil etmektedir.

3.1.4. Özelleştirme

Özellikle 1980 sonrasında özelleştirme rüzgarı kendisini hissettirmiş ve bu rüzgardan Türkiye'de etkilenmiştir. Hızlı ve etkin bir özelleştirme sağlayabilmek amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 05.05.1994 tarihinde 3987 sayılı *'Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetkin Verilmesine Dair Kanun'* çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise bu yetki kanununu ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan kanun hükmünde kararnameleri, Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesi ve Anayasanın 91. maddesi uyarınca kanun ile düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁷

Doktrinde Anayasa Mahkemesinin bu kararı eleştirilere neden olmuş ve özelleştirme ile mülkiyet hakkı arasında kurulmaya çalışılan ilişkinin zoraki bir ilişki olduğu ifade edilmiştir.⁸ Nitekim Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkının

⁶E. No: 2008/16, K. No: 2008/116, k.t. 05.06.2008.

⁷E. No: 1994/49, K. No: 1994/45, k.t.07.07.1994

⁸SAVAŞ,Vural Fuat (1998), *'Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme'*, Anayasa Yargısı, S. 15, Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.82, Ankara.

sınırlandırılmasında kanun şartının aranmasının kamu mülkiyeti açısından da geçerli olması zorlama bir yorumu gerektirmektedir.⁹ Hakyemez'e göre de; Anayasa Mahkemesinin özelleştirmede 'kanun' koşulunu aramakla aslında özelleştirmeye sıcak bakmamasından hareketle bu süreci engellemeyi hedeflediğini akla getirmektedir.¹⁰

Anayasa Mahkemesi 1994 tarihli kararıyla özelleştirmeye yönelik Anayasal bir engel bulunmamağtaysa da içtihadı bir engel yaratılmasına neden olmuştur.¹¹ Anayasa Mahkemesi içtihadının genellikle özelleştirmeyi zorlaştırıcı tarzda olmasında, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasanın başlangıç kısmını özelleştirme konusunda doğrudan ölçü norm olarak kullanmasının açık etkisi vardır. Bu durum görevi anayasaya uygunluk denetimi yapmakta olan Anayasa Mahkemesini, özelleştirme konusunda, yerindelik denetimi yapar konuma getirmektedir. Oysa Anayasanın başlangıç kısmı, doğrudan uygulanabilir pozitif hukuk kuralları içermekten uzak, son derece geniş kapsamlı ve belirsiz kavramları bünyesinde barındıran bir metin niteliğindedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin salt başlangıçtan hareketle özelleştirmeye yönelik düzenlemeleri iptal etmesi hukukun zorlanmasına neden olmaktadır.¹²

Anayasa Mahkemesi ayrıca, 3996 sayılı Kanunun "*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında imtiyaz teşkil etmeyecek nitelikte bir sözleşme yapılır. Bu sözleşme özel hukuk hükümlerine tabidir.*" hükmünü taşıyan 5. maddesi ile, "*4 üncü maddede belirtilen Bakanlar Kurulu kararına göre gerçekleştirilecek yatırımlar 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi değildir. Bu Kanuna göre yapılacak yatırım ve hizmetler hakkında 10 Haziran 1926 tarihli Menafii Umumiyyeye Müteallik İmtiyazat Hakkında*

⁹RUHİ, M. Emin (2005), 'Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuki Boyutu' AÜHFD, C.IX,S.3-4, s.265,Ankara.

¹⁰HAKYEMEZ, age., s.141.

¹¹SAVAŞ, a.g.m., s. 98.

¹²ÖZBUDUN, Ergun (2006), '*Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika*', Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, Türk Alman Kamu Hukukçuları Forumu Yayını, s.265, İmaj Yayınevi, Ankara.

Kanun ile 25.6.1932 tarihli ve 2025 sayılı Kanun hükümleri uygulanmaz.” hükmünü taşıyan 14. maddesinin iptaline¹³ karar verirken özetle şunları söylemiştir:

“...bir sözleşmenin “idarî sözleşme” sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gereklidir...Bir hizmetin kamu hizmeti olup olmadığı saptanırken, niteliğine bakmak gerekir. Nitelik yönünden kamusal olan bir hizmetin özel kesimce yürütülmesi, onun niteliğini etkilemez...5. madde kapsamında bulunan ve “özel hukuk hükümlerine” bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin “idarî sözleşmeler” olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılması zorunludur...

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak kabûl edilmektedir. Kamu hizmetinin, uzun süreli bir “idarî sözleşme” uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine İMTİYAZ denir. Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri” olarak tanımlanmaktadır...

Bu açıklamalar karşısında 3996 sayılı Yasa ile düzenlenen yap-işlet-devret yönteminin kamu hizmeti imtiyazından, 2. maddede öngörülen yatırım ve hizmetlerin yaptırılmasına, işletilmesine ve devredilmesine ilişkin sözleşmelerin de kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden başka bir şey olmadığı görülür. Gerçekten, Yasa ile getirilen yöntem, imtiyazın tüm öğelerini içermektedir. Yatırım bedeli, riski de kendisine ait olmak üzere sermaye şirketi tarafından konulacak ve idare ile aralarında en çok 49 yıl süreli bir idarî sözleşme yapılacaktır. Yönetimin hizmet konusunda gözetim, denetim, yaptırım uygulama ve yararlanacaklardan alınacak bedeli belirleme yetkileri vardır. Yasa'nın 9. maddesine göre sözleşmenin sona ermesiyle sermaye şirketi veya yabancı şirket tarafından yapılan yatırım ve hizmetler borçtan ve yükümlülükten arınmış olarak idareye geçecektir. Öte yandan Yasa'nın 2.

¹³E. 1994/71, K. 1995/23, kt. 28.06.1995, AMKD. S. 32, C.1, s.159-166.

maddesindeki “görevlendirme” sözcüğünün, yapılan sözleşmeleri imtiyaz sözleşmesi kapsamı dışına çıkarıp Danıştay öndenetiminden geçirilmesini önlemek için kullanıldığı anlaşılmaktadır...

Anayasa yargısı alanında bir hizmetin “kamu hizmeti”, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir.”

Anayasa Mahkemesi 3996 sayılı Kanununun 11. maddesinde yer alan, “Bu Kanunun 4 üncü maddesine istinaden yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu Kararında belirlenen esas ve usuller uyarınca akdedilen sözleşmeler” ifadesinin iptaline karar verdiği 1997 tarihli kararında da Yap İşlet Devret sözleşmelerinin, idari sözleşme niteliğinde olduğunu açıkça ortaya koymuştur.¹⁴

Anayasa Mahkemesi, kararlarında bir hizmetin “kamu hizmeti”, bir sözleşmenin de “imtiyaz sözleşmesi” olup olmadığını yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanacağını, dolayısıyla sözleşmenin tabi olacağı hukuki rejimin, sözleşmenin niteliğine göre bizzat Mahkeme tarafından belirleneceğini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu yorumu, kendi denetimine tabi normların nitelendirilmesi konusunda doğrudur. Örneğin Mahkeme, yasama organının çıkardığı bir normu “parlamento kararı” olarak nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, bu normun kendi denetimine tabi (kanun – meclis içtüzüğü gibi) bir norm olup olmadığının kararını kendisi verecektir.

Ancak Anayasa Yargısına hakim bu yapının, İdare Hukukunda da varıldığını savunma imkanı bulunmamaktadır. İdare hukukunun genel teorisinde, bir sözleşmenin nitelendirmesinin kanunla yapılabileceği tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, yasa koyucu, çıkardığı bir kanunla, bu kanun kapsamındaki sözleşmelerin idari nitelikte ya da özel hukuk sözleşmesi niteliğinde

¹⁴E. 1996/63, K. 1997/40, kt. 26.03.1997; AMKD. S. 37, C. 1, s. 107-109.

olduğunu tespit edebilecek ve artık sözleşme yasa koyucunun belirlediği rejime tabi olarak uygulama alanı bulacaktır.¹⁵

Anayasa Mahkemesinin Yap-İşlet-Devret modeli çerçevesinde yapılacak sözleşmeleri idari sözleşme niteliğinde görerek, bu sözleşmeler için idari yargı yolunu zorunlu kılması, yasa koyucunun tepkisine yol açmış ve Tali Anayasa Koyucu 1999'da Anayasanın 47, 125 ve 155. maddelerinde değişiklik yaparak Yap-İşlet-Devret modeli kapsamındaki sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlenmesinin yolunu açmış ve aynı yıl 3996 sayılı kanunun 5. maddesine koyduğu hükümlerle, bu çerçevede yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmeleri şeklinde düzenleneceğini hüküm altına almıştır.

Gözler, Anayasa Mahkemesinin bu tutumu ile ortaya çıkan durumu, *“Bu çekişmede kaybeden taraf yargı organları olmuştur. Üstelik gereğinden fazla da kaybetmişlerdir. Kamu hizmetlerinin özel kişiler tarafından gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin illaki imtiyaz sözleşmesi şeklinde yapılmasında ısrar eden Anayasa Mahkemesinin bu yersiz tavrı yüzünden, bir kamu tüzel kişisi ile özel kişi arasında bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin yapılan ve idari sözleşme kriterlerine göre normalde bir idari sözleşme olması gereken sözleşmelerde özel hukuk sözleşmesi haline getirilebilecektir.”*¹⁶ diyerek oldukça açık bir şekilde ortaya koymuştur.

Özetle Anayasa Mahkemesinin özelleştirme konusundaki içtihadi engellemelerine tepki gene tali kurucu iktidardan gelmiş ve 13.08. 1999 tarihli Anayasa değişikliği ile özelleştirme açıkça anayasal hüküm altına alınmıştır. Nitekim 1999 değişikliği ile Anayasanın 47. maddesine “Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütölen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabilceği ve devredilebileceği kanunla belirlenir” ifadesini taşıyan 4. fıkra hükmü eklenmiştir. Bunun yanı sıra yapılan değişiklikle Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasına “Kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî ve milletlerarası tahkim yoluyla çözölmesi öngörölebilir.

¹⁵GÖZLER, Kemal (2003), *İdare Hukuku, C. II*, Ekin Kitabevi, s.407, Bursa.

¹⁶GÖZLER, age., s. 408.

Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.” hükmü eklenmiştir. Bunun sonucunda Yap-İşlet-Devret kapsamında yapılacak olan sözleşmeler de, idari rejim dışarısına çıkarılarak, özel hukuk sözleşmeleri olarak düzenlenebilecektir.

3.1.5. Siyasi Parti Kapatmalar

Siyasi parti kapatma kararları genel olarak Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun açık örneği niteliğini taşımıştır. Anayasa Mahkemesini siyasi parti kapatma kararları karşısında tali kurucu iktidar 1995’te kapatmada odak haline gelme kriterini öngörürken, 2001 yılında da bu konuda son derece önemli değişikliklere gitmiştir.

Anayasanın 68. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.” Ancak bilindiği üzere demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olan bu partilerin hukuki varlıkları Anayasa Mahkemesinin verdiği kapatma kararlarıyla sona erdirilebilmektedir.¹⁷ Elbette ki demokratik amaçlar dışına çıkarak, laik Türkiye Cumhuriyeti için bir tehdit ve tehlike unsuru haline gelen siyasi partilerin gerektiğinde kapatılması kaçınılmaz niteliktedir. Ancak burada sorun demokrasinin ve çoğulculuğun teminatı niteliğindeki siyasi partilerin, salt ideolojik fikirler nedeniyle, ispatlanmamış önyargılarla ortadan kaldırılıp kaldırılmadığıdır.

1995 tarihli Anayasa değişikliği sonrası artık, siyasi partilerin ancak Anayasanın 69. maddesinde belirtilen nedenlerle kapatılmaları mümkündür. Buna göre bir siyasi parti ancak şu üç nedene dayanılarak kapatılabilecektir:

- Bir siyasal partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin 4. fıkrası hükümlerine aykırı bulunması (m.69/6),
- Bir siyasal partinin 68. maddenin 4. fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerin işlendiği bir odak haline gelmesi (m.69/7),

¹⁷Bir siyasi partinin hukuki varlığının sona ermesinin diğer bir nedeni ise, partinin bizzat kendisinin hukuki varlığını sona erdirmesi yani fesih yoluna gitmesidir.

- Bir siyasal partinin yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması (m.69/10).¹⁸

Ayrıca bu üç neden dışında yine 69. maddeye göre, temelli kapatılan bir partinin yeniden kurulması mümkün değildir.

Aykırı hareket edilmesi halinde kapatma nedeni oluşturacak olan Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrası ise şöyledir: “ *Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.*”

1995 değişikliğinden sonra şu hususu açıkça ortaya koymak gerekir ki artık, Anayasada sayılan bu nedenler dışında yasayla yeni kapatma nedenleri yaratmak mümkün değildir.¹⁹ Bununla birlikte 2001 Anayasa değişikliği ile 69. maddeye eklenen yeni bir fıkra, yukarıda saydığımız üç nedenin ilk ikisi için kapatma dışı bir yaptırım seçeneği daha getirilmiştir. Buna göre; “...temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasal partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilebilir.” Buradan çıkan sonuca göre devlet yardımı almayan bir partinin kapatılması istemiyle bir dava açıldığında Mahkemenin elindeki tek yetki ya istemi red etmek ya da o partiyi kapatmaktır. Bu sebeple devlet yardımı almayan partiler için söz konusu fıkranın getirdiği bir ek güvence yoktur. Yine de bu fıkra, siyasal partilerin kapatılmaları konusundaki sorunları gidermemekte ise de bir ölçüde parti kapatmalarına engel olabilecek niteliktedir.

¹⁸Bir siyasal partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden yardım almasının kapatma nedeni sayılması eleştirilere neden olmaktadır. Kanımızca da bu kapatma nedeni, demokratik toplum düzeni ile bağdaşmamaktadır. Anayasamıza göre demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasal partiler için yabancı gerçek ve tüzel kişilerden yardım alınmasının, bu kaynağın ne şekilde kullanıldığına bakılmaksızın tek başına kapatma nedeni sayılmasını anlamak mümkün değildir. Bu tür bir durumun varlığı halinde Anayasa Mahkemesi'nin elinde kapatma dışı bir yaptırım uygulama şansının olmaması, bu yasağın diğer kapatma nedenlerinden daha ağır sonuç doğurmasına neden olmakta ve yasağa yöneltilen eleştirilerin artmasına yol açmaktadır.

¹⁹SAĞLAM, Fazıl (1999), *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta Yayınları, s.108, İstanbul. (Ayrıca, 1999'da Anayasa'nın bu düzenlemesine uygun bir şekilde SPK.'nın 101. maddesinde değişiklik yapılmıştır.)

Anayasanın 69. maddesinde yer alan Siyasi partilerin ticari faaliyetlerde bulunmaları yasağına ek olarak, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda siyasi partilerle ilgili olarak çeşitli yasaklamalar yer almış olsa da, 1995 Anayasa değişikliğinden sonra Anayasada sınırlı olarak belirtilmiş kapatma nedenleri dışında bir nedenle siyasi partilerin kapatılmaları mümkün değildir. Bu yasaklamalara aykırılığın yaptırımını mutlaka kapatma dışı başka yaptırımlar olmak durumundadır. Bu durum TBMM Anayasa Komisyonu Raporunda da açıkça ifade edilmiştir.²⁰

“...Komisyonumuz, siyasi partilerin yeni kaleme aldığı 68 inci maddede yer alan ilkelere uyması gerektiğini metne açıklıkla koymak suretiyle, partilerin temelli kapatılmasını sadece bu ilkelere uyulmaması halinde öngörmüş ve diğer hallerde öngörmemiştir...”

1995 Anayasa değişikliğinin Siyasi Partilerin kapatılması konusunda getirdiği önemli bir değişiklik de kapatma için “odak hali” kriterinin aranmasıdır. Anayasaya göre; *“Bir siyasi partinin 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir.”*

Böylece Anayasa Koyucu parti tüzüğü ve programının 68/4'e aykırılığı ile diğer eylemlerin 68/4'e aykırılığı arasında ayırım yapmakta ve bu eylemlere dayanılarak kapatma kararı verilmesi için odak hali olma şartını aramaktadır. Anayasa koyucu “ancak” sözcüğünün de vurguladığı gibi, siyasi partilerin Anayasaya aykırı eylemleri nedeniyle kapatılmalarını daha önceki sisteme göre zorlaştırmıştır. Anayasa, “odak hali”ni tanımlamadan, “odak haline gelmek”ten ne anlaşılması gerektiğini açıklamadan, konuyu Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakmıştır.²¹

Daha sonra yasa koyucu odak halinden ne anlaşılması gerektiğini SPK'nun 103. maddesinin ikinci fıkrası ile tanımlamış ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu noktada Mahkemenin, odak halinin tanımlanmasının

²⁰TBMM'nin 14.06.1995 tarihli 123. Birleşim tutanağı, S.861, s.33, TBMMTD. Dönem 19, C.88

²¹ÖDEN, Merih (2006), *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Yetkin Yayınları, s.56-58, Ankara.

Anayasa tarafından münhasıran Anayasa Mahkemesine bırakıldığı görüşüne sahip olduğu sonucuna varılmaktadır.²²

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı ve beraberinde Fazilet Partisinin kapatılma kararı, Anayasa Koyucuyu odak halini Anayasada yer alacak şekilde tanımlama sonucuna götürmüş ve 2001 Anayasa değişikliği ile odak hali 69. maddenin 6. fıkrasında ek cümle olarak tanımlanmıştır. Buna göre; “...Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre ve genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”

Buna göre iki durumun varlığı halinde bir siyasi parti eylemleriyle odak haline gelmiş sayılacaktır:

1) 68/4’ e aykırı nitelikteki fiiller o parti üyelerince yoğun bir şekilde işlenecek ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsenecek.

2) 68/4’e aykırı bu fiiller doğrudan doğruya yukarıda sayılan parti organlarınca kararlılık içerisinde işlenecek.

Bu iki durumdan birinin varlığının Anayasa Mahkemesince tespiti halinde, o siyasi parti Anayasaya aykırı eylemlerin odağı haline gelmiş kabul edilerek Anayasa Mahkemesince kapatma kararı verilebilecektir.

Ayrıca 2001 değişikliği ile siyasi parti kapatma davalarında kapatma kararı verilebilmesi için beşte üç çoğunluk öngörülmüştür. Bir başka deyişle, 2001 öncesinde 11 üyeli Anayasa Mahkemesinin 6 üyesinin oyu kapatma kararı için yeterliyken artık kapatma kararı için en az 7 üyenin bu yönde oy kullanması gerekmektedir. Özetle, tali kurucu iktidar Fazilet Partisinin kapatılması kararına karşı

²²GÖNENÇ Levent-ERGÜL Ozan (2002), “Yaşayan Anayasa: 2001 yılı Anayasa Gelişmeleri” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.50, S. 2002/1, Ankara.

tepkisini, Anayasanın 69. maddesinde değişikliğe gitmek suretiyle siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırmak şeklinde göstermiştir.

3.2. ANAYASA MAHKEMESİNE ETKİSİ

Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumunun yarattığı etkiyle oluşan tepki alanı hiç şüphesiz Anayasa Mahkemesi'nin var olan yapısı üzerinde de kendisini göstermektedir. Ancak tepkinin ortaya somut olarak çıkması bugüne kadar mümkün olmamış sadece düşünce bazında kalmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu nedeniyle yapısının değiştirilmesi düşüncesiyle bir takım çalışmalar²³ başlatılmış ise de ciddi ve arkasında durulan bir değişiklik girişimi ancak 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bilindiğı üzere söz konusu Anayasa Değişikliği ise, 12.09.2010 tarihinde halk tarafından oylanacak ve ancak halkın evet oyu vermesi ile kabul edilerek yürürlüğe girebilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin yapısını değiştirmeye bu kadar yaklaşmışken halkın Anayasa değişikliğine hayır demesi halinde ise, kanımızca yakın zamanda tekrar böyle bir yapı değişikliği girişimi beklemek pek kolay olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun Mahkemenin yeniden yapılandırılması konusundaki etkisini anlayabilmek için Mahkemenin varolan oluşumu ile görev ve yetkilerini hatırlamak gerekmektedir.

3.2.1. Mahkemenin Var Olan Yapısı

3.2.1.1. Mahkemenin Oluşumu:

Anayasanın 149. maddesinde, "Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri kanunla; mahkemenin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki

²³Bu çalışmalar arasında, 2004 tarihli Anayasa Mahkemesi'nin Önerisi, bkz. KILIÇ, Haşim (2004), *Türk Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması*' Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 21, s80-94, Ankara. Prof.Dr. Ergün Özbudun başkanlığındaki bilimsel komisyon hazırlanan 2007 tarihli Yeni Anayasa Önerisi, Türkiye Barolar Birliğinin hazırlattığı 2001 ve 2007 tarihli Yeni Anayasa Önerileri gösterilebilir.

işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.”²⁴ denilmiş olmasına rağmen, Anayasa 146. maddesinde mahkemenin kuruluşunu, 147. maddesinde üyeliğinin teminatını, 148. maddesinde Mahkemenin görev ve yetkilerini ve 149. maddesinde çalışma ve yargılama usulünü belirlemektedir. Bunu izleyen maddeler iptal davası ve itiraz yolunu açıklamakta ve 153. maddesi Anayasa Mahkemesinin kararlarının niteliğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimi, görevleri ve bu Yüksek Mahkemenin yapacağı denetimin esasları bizzat ve bir anlamda ayrıntılı denebilecek şekilde Anayasa tarafından hüküm altına alınmıştır.²⁵

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu düzenleyen 146. madde ise şöyledir:

‘Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur.

Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer.

Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesine asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az onbeş yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az onbeş yıl fiilen çalışmış veya en az onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır.

Anayasa Mahkemesi, asıl üyeleri arasından gizli oyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve bir Başkanvekili seçer. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri, aslî görevleri dışında resmî veya özel hiçbir görev alamazlar.’

²⁴2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun 10.11.1983’te kabul edilmiş, buna dayanılarak hazırlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 03.12.1983 tarih ve 19300 sayılı R.G.’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁵AYHAN, Önder (2001), ‘Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkemeler’, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, s.712, Ankara.

Görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yapısında diğer yüksek mahkemelerce ve Yükseköğretim Kurulunun belirlediği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçim yapılmakta ve ayrıca Cumhurbaşkanı avukatlar ve üst kademe üyeleri arasından doğrudan doğruya atama yapmaktadır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesinin tüm üyeleri Cumhurbaşkanınca seçilmekte, Anayasa Mahkemesi Başkanı ise Mahkemenin kendi üyelerince belirlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde Avrupa ülkelerinde temelde iki sistem bulunmaktadır. İlki üyelerin tamamının yasama ve yargı organları tarafından seçilmesini öngören seçim sistemi; diğeri ise üyelerin bir bölümünün seçim sistemi ile belirlenmesi, bir bölümünün belirli makamlarca atanması anlamına gelen karma sistemdir. Karma sistemin uygulanma alanı ise daha geniştir.²⁶

1961 Anayasası'nın öngördüğü sistem ise, karma sistemdir. Mahkemenin on beş asıl üyesinin on üçü yasama ve yargı organları tarafından atanmaktadır. Bu nedenle 1961 Anayasası sistemi üyelerin belirlenmesi bakımından Avrupa modeline uygundur.

Üye seçiminde son sözü söyleme yetkisinin yalnızca Cumhurbaşkanı'na ait olması hem anayasa yargısı konusunda Avrupa modeline hem de cumhurbaşkanının parlamenter sistemdeki konumuna aykırı düşmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi üyelerinin ilgili organlarca doğrudan seçilmesi ve yasama organına da bu hakkın tanınması doğru olur. Dolayısıyla Avrupa modelindeki genel eğilim doğrultusunda Türkiye'de Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde yeniden karma sisteme dönülmesi düşünülebilir.²⁷

Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesine üye seçiminde bu denli etkin olması eleştirilere sahne olmaktadır. Yasama organının da seçim sürecine katılması önerilmektedir. Ancak doktrinde bu konuda görüş birliği bulunduğunu söylemek de

²⁶KANADOĞLU, Korkut (2004), *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınları, s.70, İstanbul.

²⁷ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1997), *'Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi'*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 14, s.230, Ankara.

doğru değildir.. Yargı organlarına üye seçimi konusunda zaten çok fazla yetki verildiği, bu nedenle seçim açısından Cumhurbaşkanına verilen yetkilerle ilgili bir sorun olmadığı da ileri sürülmektedir.²⁸ Anayasa hakimlerinin sadece yüksek mahkeme yeleri tarafından seçilmesi nerisi de makul görülmemektedir. Ancak anayasa mahkemesi hakimlerinin bütünüyle diğer yüksek mahkemelerin genel kurullarında bulunan hakimler tarafından kendi yeleri arasından seçilmesi nerisi ile amaçlananın hakim bağımsızlığı ve güvencesi olduğu düşünülmektedir.²⁹

Anayasa Mahkemesi yelerinin Mahkemenin meşruluğu açısından yasama organları tarafından seğilmelerinin yeterli olmayacağı, bu uygulamaların siyasi kaygılar nedeniyle eleştiri alacağı da belirtilmekte; demokratik meşruluğu sağlayacak asıl noktanın, üyelerin, demokrasiye uygun tarzda oluşturulmuş devlet organlarınca seçilmesi olduğu da savunulmaktadır.³⁰

Anayasa Mahkemesi yelerinin kim tarafından belirlenecek olmasının yanı sıra, bu üyelerin nitelikleri de önem arz etmektedir. şüphesiz anayasa mahkemelerinin görevleri nitelik itibariyle diğer yüksek mahkemelerden farklıdır ve bu mahkemelerin aynı zamanda siyasi bir fonksiyon ifa ettiği kabul edilmektedir.³¹ Bu nedenle bütün mahkeme üyelerinin hukukçu olması zorunlu değildir. Ancak mevcut düzenleme çerçevesinde, Danıştay, Sayıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, yüksek ğretim kurumları ve st kademe yöneticileri arasından seçilecek üyelerin hukukçu formasyonuna sahip olmayan kişilerden oluşması ihtimali vardır. Anayasa Mahkemesinde hukukçu olmayan üyelerin artması, bu mahkemenin yargısal fonksiyonunu olumsuz yönde etkileyebilir.³² st kademe yöneticileri arasından üye seçimine ise son verilmesi düşünülebilir.³³

²⁸GZLER, Kemal (2001), Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma, Ekin kitabevi, s.74, Bursa.

²⁹HEKİMOĐLU, M. Merdan (2004), Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuki Boyutu, Detay Yayıncılık, s.90, Ankara.

³⁰KANADOĐLU, a.g.e., s.68.

³¹GREN, Zafer (1997), Anayasa Hukukuna Giriş, DEÜHF. Yayınları, s.250, İzmir.

³²KABOĐLU, İbrahim ., Anayasa Yargısı, İmge Yayınları, s.54, Ankara.

³³ATAR, Yavuz (2008), '*Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması*', Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.25,s.103, Ankara.

Avrupa Anayasa Mahkemeleriyle kıyaslandığında Türk Anayasa Mahkemesinin oldukça az sayıda akademisyen üyeye sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, Özbudun Komisyonu anayasa taslağında önerildiği şekilde, belli sayıdaki üyenin anayasa hukuku, kamu hukuku veya siyaset bilimi alanlarında çalışan öğretim üyeleri arasından seçilmesi düşünülebilir.³⁴

Kemal Başlar'a göre ise, İdeal bir anayasa mahkemesi profilinde üçlü bir yapı öne çıkmaktadır. İlki "bağımsızlığı" temsil eden ve "uygulamayı" bilen üyelerin üçte birini oluşturacak yargıç sınıfı. İkincisi "teoriyi" bilen ve anayasal denetimi yapacak teorisyenlerden oluşan üniversite profesörleri. Üçüncüsü ise, "siyasal kimliği ön plana çıkan" ideolojik boyutu olan, heyette yapılacak tartışmalara farklı bakış açıları getirecek, bilgi birikim olan, vizyon sahibi ve Meclis tarafından seçilecek bürokrat ve avukatlardır.³⁵

Anayasa Mahkemeleri üyeleri ile başka bir konuda üyelerin görev süresidir. Anayasanın 147. maddesine göre; '*Anayasa Mahkemesi üyeleri 65 yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar.*' Bu durumda kırk yaşında Anayasa Mahkemesine seçilen bir üye 25 yıl boyunca Anayasa Mahkemesi bünyesinde görev yapabilecektir. Bu sürenin uzun olduğu eleştirileri yapılmakta ve görev süresinin 7-9 yıl gibi makul sürelerle çekilmesi gerektiği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi üyeliğinin belli süre ile sınırlandırılması gerçekten de faydalı olabilir. Zira anayasa hakimliği bir meslek memurluğu olmaktan çok, belli bir süre ile sınırlı olarak yerine getirilen onursal bir görev sayılmalıdır. Görev süresi bakımından herhangi bir sınırlamanın öngörülmemiş olması Anayasa Mahkemesi üyelerini toplumda yaşanan gelişmelerden koparabilir.³⁶

³⁴ATAR, a.g.m., s.103.

³⁵BAŞLAR, Kemal, '*Anayasa Mahkemesi Üyeliği*' www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc ,(04.04.2010)

³⁶KILIÇ, a.g.m., s. 90.

3.2.1.2. Mahkemenin Görev ve Yetkileri

Anayasa Mahkemesinin başta anayasaya uygunluk denetimi olmak üzere, siyasi parti kapatma davalarına bakmak ve Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak gibi temelde üç esas görev ve yetkisi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. madde şu şekildedir:

'Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

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

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar...'

Dikkat edilecek olursa Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetleneceği ve şekil bakımından denetimden de ne anlaşılması gerektiği açık olarak belirtilmektedir. Buna rağmen yukarıda izah edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi ilk üç maddeye tesir eder nitelikte gördüğü anayasa değişikliklerini şekil adıyla iptal etme yoluna gitmektedir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadını bırakması demokratik düzenin gereği olarak zorunlu niteliktedir. Bu sorunu herhangi bir pozitif hukuk kuralı

yaratarak ortadan kaldırmak, Anayasa Mahkemesi benimsediği içtihadından vazgeçmedikçe pek kolay gözükmemektedir.

Siyasi Parti kapatmalarla ilgili olarak ise, 2001 tarihli Anayasa Değişikleri demokratik düzen bakımından son derece yararlı olmuştur. Örneğin AKP hakkında açılan kapatma davasında Anayasa Mahkemesi temelli kapatma kararı yerine, iktidar partisi aleyhine kısmen devlet yardımından yoksun bırakma kararı verebilmiştir. Ancak bu noktada Anayasa Mahkemesinden değil, doğrudan Anayasa'nın 69. maddesinden kaynaklı sorunlar bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, devlet yardımı almayan bir parti hakkında ne şekilde karar verecektir? Anayasanın 69. maddesi devlet yardımı alan ve almayan partiler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin hareket alanının farklılık göstermesine neden olmaktadır. Bu bakımdan 69. madde yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır.

1982 Anayasası yürütmenin ve yargının tepesinde yer alan kişileri görevle ilgili suçlarından dolayı yargılama yetkisini Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir. Yüce Divan maddi ve şekli ceza hükümlerinin uygulandığı bir Ceza Mahkemesidir. Özellikle Anayasa Mahkemesi üyelerinin geldikleri merciler ve seçim şekilleri göz önüne alındığında Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesinin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi bir ölçüde mümkün bulunsa bile, Yüce Divan sıfatıyla ceza yargılaması yapabilmesi oldukça zordur. Böyle bir sistemin, ceza ve ceza yargılama hukukunun amacına ulaşmasına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.³⁷

Bu nedenle Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesinde değil, Yargıtay'da olması hukuk devleti ilkesinin gereği olarak zaruridir.³⁸

Anayasa Mahkemesi, daha önce açıklandığı üzere 1993 yılından bu yana norm denetiminde yürürlüğü durdurma vermektedir. İçtihat yoluyla kullanılan bu yetkinin Anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle bir anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesine belli şartlar altında yürürlüğü durdurma yetkisi

³⁷ÖZTÜRK, Bahri (1995), *'Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi'*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.12, s.64, Ankara.

³⁸ÖZTÜRK, a.g.m., s. 107.

tanınmalıdır.³⁹ Bu yönde bir öneri Özbudun Komisyonunun anayasa çalışmasında bulunmaktadır. Bu öneriye göre, “Anayasa Mahkemesi, iptal davasına konu olan hükmün uygulanması halinde telafisi imkânsız bir zararın doğması ve Anayasaya açıkça aykırı görülmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda talep üzerine gerekçeli olarak kuralın yürürlüğünü katılanların üçte ikisinin çoğunluğu ile durdurabilir. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğünü durdurduğu kuralla ilgili nihai kararı en geç altmış gün içinde Resmî Gazetede yayınlanır. Aksi takdirde, yürürlüğü durdurma kararı hükümsüz hale gelir.”

3.2.2. 12 Eylül 2010 Tarihli Referandum ile Getirilmek İstenen Yeni Yapı

Son zamanlarda verilen 2007 tarihli 367 kararı ve 2008 tarihli türban yasağını kaldırmaya yönelik anayasa değişikliği hakkındaki iptal kararı, Anayasa Mahkemesinin meşruluğunun yeniden şiddetli bir şekilde tartışılmasına neden olmuştur. Yasama erkinin gerçekleştirmek istediği yasal düzenlemelerin ve kendi siyasi seçimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından engellenmesi karşısında, tarihi süreç içindeki etki-tepki düzeni bozulmamış ve Anayasa Mahkemesinin son zamanlardaki aktivist tutumuna, Mahkemenin yapısını değiştirme girişimiyle karşılık vermiştir.

07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu’nu düzenleyen 146. maddesi şu şekildedir:

‘Anayasa Mahkemesi onyediy üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk

³⁹ ATAR, a.g.m., s.113.

sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, kırkbeş yaşın doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcılarının adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve iki başkanvekili seçilir. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri aslî görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi bu yeni düzenlemenin 4. fıkrasında yer alan, 'bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir' ifadesi ile 'de her bir baro başkanı ancak bir aday

⁴⁰5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyetinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde: 16, 13.05.2010 tarihli R.G.

için oy kullanabilir ve' ifadesini anayasanın değişmez hükümleri çerçevesinde değerlendirerek iptal ettiğinden⁴¹ referanduma sunulacak olan anayasa metninde bu hükümler yer almayacaktır.

Görüleceği üzere yeni sistemde Anayasa Mahkemesi toplam 17 üyeden oluşmakta ve 17 üyeden üçü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce seçilmektedir. Kanımızca bu şekilde yasama organına Anayasa Mahkemesine üye seçiminde yetki tanımak Anayasa Mahkemesinin meşruluğu bakımından faydalı olmuştur. Ancak halen daha Mahkemenin geriye kalan 14 üyesini Cumhurbaşkanı seçmektedir. Yürütmenin sorumsuz kanadının 17 üyeden 14'ünü belirlemesi ve hatta bunlardan 4'ünü doğrudan doğruya belirliyor olması kanımızca pek yerinde bir düzenleme olmamıştır. Bu açıdan kanımızca üye seçim usulünde yıllardan beri beklenen dengeli ve demokratik sistem halen daha mevcut değildir.

Anayasa Mahkemesi raportörlerinin en az 5 yıl bu görevi yerine getirmiş olmaları şartıyla, Mahkemeye üye olarak atanabilmelerini ve üst kademe yöneticileri ile avukatların üye olabilmeleri için fiili hizmet sürelerinin 15 ten 20 yıla çıkartılmasını olumlu bir gelişme olarak kabul etmek gerekir.

Yeni düzenleme ile Anayasanın 147. maddesinde de değişikliğe gidilerek, *"Anayasa Mahkemesi üyeleri oniki yıl için seçilirler. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan üyelerin başka bir görevde çalışmaları ve özlük işleri kanunla düzenlenir."* hükmü getirilmiştir.⁴² Bu şekilde Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev sürelerinin sınırlandırılması Mahkemenin var olan yapısının hızlı ve sürekli olarak değişmesi ve toplumsal değişime daha kolay ayak uydurabilmesi bakımından kanımızca olumlu olmuştur.

5982 sayılı kanununun 18. ve 19. maddeleri ile Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri ile çalışma şekil ve usullerin değişikliğe gidilmiştir. Anayasa

⁴¹E.2010/49, K.2010/87, k.t.07.07.2010; 01.08.2010 tarihli R.G.

⁴²5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyetinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde: 17, 13.05.2010 tarihli R.G.

Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 148. maddeye getirilen ek hükümler şunlardır:

‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna “ve bireysel başvuruları karara bağlar” ibaresi, üçüncü fıkrasındaki “Cumhurbaşkanı,” sözcüğünden sonra gelmek üzere “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,” ibaresi eklenmiş, beşinci fıkrası “Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.” şeklinde değiştirilmiş, maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar ve üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere “Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.” şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir.

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”⁴³

Madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere Yüce Divan yargılaması eskiden olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında kalmış ve hatta Yüce Divan’da yargılanacak olanların sayısı arttırılmıştır. Bundan böyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanları görevle ilgili suçlar için Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi üyelerince yargılanacaktır. Kanımızca aslen bir ceza yargılaması olan Yüce Divan görevinin Anayasa Mahkemesinden alınarak Yargıtay’a verilmesi gerekirken, bu şekilde Anayasa Mahkemesi üyelerince haklarında ceza hükmü verilebilecek olan kişi sayısının arttırılması yerinde bir düzenleme olmamıştır.

⁴³5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyetinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde: 18, 13.05.2010 tarihli R.G

Yeni düzenleme ile son derece önemli bir değişiklik yapılmakta ve bireysel başvuru yolu öngörülmektedir. Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlükleri yasama, yürütme veya yargı organlarının işlemleri tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabilir.⁴⁴

Bireysel başvuru yolu başta Almanya olmak üzere Avusturya'da, İspanya'da, Macaristan'da, Polonya'da, Çek Cumhuriyeti'nde, Slovak Cumhuriyeti'nde, İsviçre'de, Belçika'da, Meksika'da, Brezilya'da, Arjantin'de, diğer Latin Amerika ülkelerinde, Doğu Avrupa ülkelerinin çoğunda ve Güney Kore'de uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere, bireysel başvuru Kıta Avrupası ve Latin Amerika hukuklarının bir kurumu konumundadır. Anglo-Amerikan hukukunda teknik anlamda bireysel başvuru kurumu olmasa da, writ of certiorari, writ of mandamus veya writ of prohibition adı verilen kanun yolları bireysel başvuruyla benzer işlemlere sahiptirler.⁴⁵

Yeni düzenleme ile, anayasa yargısı sistemimize bireysel başvuru yolunun getirilmesi, kamu güçlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvenceye alınan temel hak ihlallerini önlemek için öngörülen bir hukuki yol olacaktır. Bu açıdan bireysel başvuru hakkının tanınması demokratik hukuk devleti bakımından son derece önemli bir gelişmedir.

Ancak bireysel başvuru yolunun tanınması önemli olmakla birlikte, bu düzenleme şekli son derece eksik ve sakıncalı nitelikte olmuştur. Tali kurucu iktidar, bireysel başvurunun temel şartlarını hüküm altına almayarak, bu şartların kanunla belirlenmesini öngörmüştür. Kanımızca bireysel başvuru gibi önemli bir kurumun madde içinde ek bir fıkra olarak değil, başlı başına bir Anayasa maddesi şeklinde düzenlenmesi; başvuru şartlarının ve bireysel başvurunun haklı bulunması

⁴⁴KILINÇ, Bahadır (2008), *'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Aşısından Uygulanabilirliği'*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 25, s.23, Ankara.

⁴⁵KILINÇ, a.g.m., s. 23. Bireysel başvuru yolunun Almanya'daki uygulaması için bkz. WINFRIED, Hassemer (2004) *'Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar, (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)'*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.21, s.164-178, Ankara; Avusturya için bkz. HELBERT, Haller (2004), *'Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar, (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)'*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.21, s.179-193, Ankara.

halinde bunun hüküm ve sonuçlarının ve kötüniyetli başvurulara karşı uygulanabilecek yaptırımların çerçevesinin çizilmesi gerektirir. Oysa tali kurucu iktidar hızla ve özensiz bir şekilde hareket etmiş ve bu denli önemli bir kurumu ek bir kaç cümleyle anayasa yargısına dahil etme yoluna gitmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin inanılmaz derecede artacağı tahmin edilen iş yükü karşısında nasıl işler kılınacağı ise başlı başına bir sorundur. Sonuçta ortaya; ne şekilde uygulanacağı, ne şekilde hukuk sistemi içerisinde varlık bulacağı belli olmayan bir kurum çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin yeniden şekillendirilmesine rağmen, yürürlüğü durdurma yetkisinin halen anayasal bir hüküm altına alınmamış olması da değişikliğin ne denli aceleyle geldiğinin ya da özenden uzak bir şekilde yapıldığının açık kanıtı niteliğindedir.

Yeni düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen 149. maddesini de tamamen değiştirmektedir. Yeni düzenlemeye göre; *'Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanır. Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır. Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.*

Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.

Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir ve siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler."⁴⁶

12 Eylül 2010 tarihinde yapılacak olan halkoylaması neticesinde yapılmak istenen Anayasa değişikliklerinin kabul görmesi halinde; Anayasa Mahkemesi'nin bu yeni yapısının, bireysel başvuru yolu karşısında ne kadar işler nitelikte olacağını bize zaman gösterecektir. Ancak şurası kesindir ki, tali kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilmek istenen bu anayasa değişikliği sadece Anayasa Mahkemesinin son zamanlarda artan aktivist tutumuna karşı bir tepkidir. Yapılmak istenen anayasa değişikliğinin birden gündeme getirilmesi ve gündeme geldiği tarihten hemen sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden halkoyunu dahi göze alarak çıkartılması etki-tepki konusundaki düşüncemizi desteklemektedir. Ayrıca dikkat edilecek olursa, yeni düzenleme ile siyasi parti kapatma kararlarının yanı sıra devlet yardımından yoksun bırakma kararı içinde nitelikli çoğunluk öngörülmekte ve önceden siyasi parti kapatma kararı ve anayasa değişikliğinin şekil bakımından iptali için beşte üç çoğunluk aranırken artık üçte iki çoğunluk aranmaktadır. Siyasi parti kapatmalarda ve anayasa değişikliklerinin denetiminde bu şekilde daha fazla bir sayı öngörülmesi de yasama erkinin, Anayasa Mahkemesi kararlarına tepkisinin ve Mahkeme'yi sınırlama isteğinin kanıtı niteliğindedir.

⁴⁶5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyetinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Madde: 19, 13.05.2010 tarihli R.G

SONUÇ

Vatandaşların sadece yürütme erkine karşı değil, yasama erkine karşı da korunması gerektiği fikriyle ortaya çıkan Anayasa Mahkemeleri özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşarak hukuk devletinin temel unsularından biri haline gelmiştir. Anayasa Mahkemeleri, temel hak ve hürriyetlerin gerçek anlamda korunmasını sağlayarak yürütmenin yanı sıra yasama erkinin de sınırlanmasına, böylelikle anayasa ile amaçlanan sınırlı iktidarın yaratılmasına hizmet etmektedirler.

Anayasa yargısının temelini normlar arasındaki astlık üstlük ilişkisi ve anayasanın en üstün norm olarak kabulü oluşturur. Bu üstünlüğün bir anlam kazanabilmesi, ancak kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ile mümkün olabilir. Bu doğrultuda, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi normlar hiyerarşisinin mantıklı bir sonucudur. Sınırlı iktidarın yaratılması suretiyle temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınabilmesi ve kuvvetler ayrığı kuramının hayata geçirilebilmesi içinde Anayasa Mahkemelerinin varlığı önem arz etmektedir.

Birçok ülkede anayasa yargısı kabul edilmiş olmakla birlikte, bu yargılama sisteminin demokratik meşruiyeti hala tartışılan bir sorundur. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkemenin “anayasanın üstünlüğü” ilkesine dayanarak başlattığı anayasallık denetimi, Anayasanın böyle bir yetkiyi Mahkemeye vermediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Anayasa yargısının meşruiyeti Avrupa ülkelerinde de tartışılan bir konudur. Ancak bu ülkelerde anayasa yargısı ve mahkemelerin yetkileri doğrudan anayasalar ile düzenlenmiş bulunduğundan, tartışmanın zemini hukuki meşruiyetten ziyade demokratik meşruiyete kaymış bulunmaktadır.

Anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin bulunmadığı fikri de savunulmakla birlikte, esasen özellikle temel hak ve hürriyetlerin korunabilmesi bakımından anayasa yargısının meşruluğu fikri ön plana çıkmaktadır. Aslında,

anayasa yargısı, insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak gibi bir kaygının ürünü değildir. Anayasa yargısının kurulmasındaki amaç anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirebilmektedir. Özellikle anayasa yargısının yayıldığı ilk dalga boyunca bu kurum tam olarak bu teknik amaca hizmet etmesi için kurulmuştur. Ancak II. Dünya Savaşına kadar bu amacından çokça sapmayan anayasa mahkemeleri, savaş ile birlikte doruk noktaya ulaşan temel hak ve özgürlüklerin ihlali karşısında, en sağlam çözüm olarak ortaya çıkmaya başlamıştır.

Günümüzde anayasa yargısının demokratik meşruiyeti temel hak ve hürriyetlerin yargı erki tarafından yasama organına göre daha etkin bir şekilde korunacağı düşüncesine dayanmaktadır. Öyleyse, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti, temel hak ve hürriyetler yargı erkince korunduğu oranda güçlenecek, kısıtlandığı oranda ise zayıflayacaktır. Hal böyle olunca, yargının özgürlükçü ya da totaliter tutumuna göre, demokratik meşruiyet tartışması da şekillenecektir.

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

Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm konusunda başarılı bir sınav verdiğini, hukuk denetimi ile sınırlı kalabildiğini söylemek hiç de kolay değildir. Özellikle Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili 2007 yılında verdiği 367 kararı ve Anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili olarak verdiği 2008 ve 2010 tarihli kararları Mahkemenin son dönemde büyük ve haklı nitelikte tepkiler almasına neden olmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak aktivist bir tutum sergilediğini söylerken, Mahkemenin işinin de hiç de kolay olmadığını kabul etmek gerekir. Nitekim, anayasa yargıcı, anayasa hükümlerinin lafzı ile bağlı kaldığı takdirde bazen yapacağı denetim etkisizleşebilmekte; anayasa kurallarına "kurucu" bir yorumla

işlerlik kazandırmak istediğinde ise "hükümet etme" suçlaması ile karşı karşıya kalabilmektedir. Bu noktada anayasa yargıçları, bu iki durumdan hangisini benimserse benimsesin, sonuçta anayasanın üstünlüğünü sağlama noktasında kendilerine biçilen rolde, ne tutumlarını tamamen keyfi biçimde sırf kendi adalet anlayışlarına göre belirleyebilirler, ne de hiçbir hukuksal sınırın bulunmadığı yargısal denetim yapabilirler.

Türk Anayasa Mahkemesi ise, bir çok konuda hukukilik denetiminden ziyade yerindelik denetimi yapma eğilimi göstermiş ve zorlama yorumlar ile yasama erki karşısında aktivist bir tutum sergilemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin aktivist tutumu hiç şüphesiz en başta yasama organının tasarruf alanına bir müdahale teşkil etmekte ve bu nedenle her aktivist tutum yasama organının tepkisine neden olmaktadır. Bu etki-tepki dalgası içerisinde yasama erki yargı erkinin engellemelerine tali kurucu iktidar olma niteliğiyle cevap vermekte ve anayasaya aykırılık kararlarına gene anayasayı değiştirmek suretiyle karşılık verme yolunu tercih etmektedir. Türk Anayasa Mahkemesinin varlık bulunduğu 1961'den beri bu durum defalarca tekrarlanmış, iptal kararlarına karşı yasama erki anayasal bazda değişikliklerle tepkisini göstermiştir.

2007 tarihli 367 kararı ve 2008 tarihli türban yasağını kaldırmaya yönelik anayasa değişikliği hakkındaki iptal kararı ise, Anayasa Mahkemesinin meşruluğunun yeniden şiddetli bir şekilde tartışılmasına neden olmuştur. Yasama erkinin gerçekleştirmek istediği yasal düzenlemelerin ve kendi siyasi seçimlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından engellenmesi karşısında, tarihi süreç içindeki etki-tepki düzeni bozulmamış ve Anayasa Mahkemesinin son zamanlardaki aktivist tutumuna, Mahkemenin yapısını değiştirme girişimiyle karşılık vermiştir.

Sonuç olarak, Türk Anayasa Mahkemesi kendisine göre bir koruyuculuk anlayışı içinde yasama erkine karşı bir güvensizlik ile hareket etmiş ve özellikle sürekli bir aktivist tutum sergilemekten çekinmemiştir. Ancak halkın temsilcisi konumunda bulunan yasama erki de bu aktivist tutum karşısında pasif kalmayı düşünmeyerek, Anayasa Mahkemesince ortaya konan tüm engellemelere kendi tasarruf gücünü kullanarak cevap vermiştir. Türk Anayasa Mahkemesinin son

yıllarda artan aktivist tutumuna karşı ise, Mahkemenin mevcut yapısını değiştirmeye çalışarak tepkisini göstermiştir. Görüleceği üzere, etki-tepki dalgası içerisinde genel olarak zarar gören ve yıpranan ve bu anlamda demokratik meşruiyeti sürekli tartışma konusu olan Türk Anayasa Mahkemesi olmuştur.

KAYNAKÇA

- [1] ABRAHAM, H.J.(1980) *The Judicial Process*, Oxford University Press, Oxford.
- [2] AKIN, İ.F.(1980) *Kamu Hukuku*, İ.Ü.H.F. Yayınları No: 600, İstanbul.
- [3] AKYOL, T. 'Yetki Gaspı', *Milliyet*, 23.10.2008.
- [4] ALİEFENDİOĞLU, Y.(1997) 'Yeni Bir Anayasa Yargısı ve Anayasa Mahkemesi', *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 14, Ankara.
- [5] ALİEFENDİOĞLU, Y.(1984)"*Türk Anayasa Yargısında Denetim Yolu*", *Danıştay Dergisi*, Y.14.
- [6] ALTINTAŞ, M.(2002) *YÖK ve Hukuk*, Eğitim Sen Yayınları, Ankara.
- [7] ARSEL, İ.(1958)*Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme*, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara.
- [8] ARSLAN, Z.(2005) *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- [9] ARSLAN, Z."Gerekçeli 367 kararının düşündükleri", *Zaman*, 28.06. 2007.
- [10] ATAR,Y.(2008) 'Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması', *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.25, Ankara, 2008.
- [11] ATAR,Y. 'Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması', www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/yavuz_atar.pdf (12.07.2009) (Anayasa Mahkemesi'nin 46. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Tebliğ).
- [12] ATAR,Y. '*Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak*', *Star*, Açık Görüş, 23.06.2008.
- [13] AYHAN, Ö.(2001) '*Anayasa Mahkemesi ve Yüksek Mahkemeler*', Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara.
- [14] BALTA, T.B.(1961) "*Türkiye'de Anayasa Yargısı*", A.Ü.H.F.D., c. XVIII, S.1-4, Ankara.

- [15] BAŞLAR, K. 'Anayasa Mahkemesi Üyeliği' www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc , (04.04.2010).
- [16] BATUM, S.(1993) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul.
- [17] BREWER A.,CARIAS, A.R.(1989) *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Pres, Great Britain.
- [18] BİLA, F. Teziç: Türban Hükmü Hile Olur', *Milliyet*, 25.01.2008.
- [19] BİLGİN, P.(1995) 'Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması', *Anayasa Yargısı*, S.12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- [20] CAN, O.(2005) *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- [21] ÇAĞLAR, B.(1991) 'Anayasa Hukuku ve Anayasa'nın Anayasa'nın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler' *Anayasa Yargısı* 8, AMK. Yayınları, Ankara.
- [22] ÇAĞLAR, B.(1989) *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul.
- [23] ÇAĞLAR, B.(1985) 'Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları', *Anayasa Yargısı* II, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- [24] DOĞAN, İ.(2002) *Alman ve Türk Anayasa Hukukunda Yürürlüğü Durdurma*, İstanbul Büyük Şehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul, 2002.
- [25] ERDOĞAN, M.(2007) *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Orion Yayınevi, Ankara.
- [26] ERDOĞAN, M.(2003) *Anayasal Demokrasi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara.
- [27] ERDOĞAN, M.'Anayasa Yargısının Gayri Meşruluğu Üzerine', *Açık Görüş*, *Star*, 03.03.2008.
- [28] ERDOĞAN, M." 367 Fanteziden başka bir şey değil", *Zaman*, 27.04.2007.
- [29] ERGÜL, O.(2007) *Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, *Adalet Yayınları*, Ankara.
- [30] EKŞİ, O. 'Anlamayana Anlatırlar', *Hürriyet*, 23.10.2008.
- [31] FEYZİOĞLU, T.(1951) *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, A.Ü.S.B.F. Yayınları, NO:19-1, Ankara.

- [32] GEMALMAZ, M.S.(2005) *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- [33] GÖNENÇ, L., ERGÜL,O.(2002) "Yaşayan Anayasa: 2001 yılı Anayasa Gelişmeleri" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* s. 50.
- [34] GÖREN, Z.(1997) *Anayasa Hukukuna Giriş*, DEÜHF. Yayınları, İzmir.
- [35] GÖREN, Z.(1999) *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, D.E.Ü. Yayınları, İzmir.
- [36] GÖZE, A.(1982) *Siyasal Düşünceler Tarihi*, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul.
- [37] GÖZLER, K.(2006) 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu', Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.61, S.3, Ankara, 2006.
- [38] GÖZLER, K.(2007) "Cumhurbaşkanının Seçimi Konusunda Bir Açıklama", *Türkiye Günlüğü*, S.: 89.
- [39] GÖZLER, K.(2000) *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitapevi, Bursa.
- [40] GÖZLER, K.(2003) *İdare Hukuku, C. II*, Ekin Kitabevi, Bursa.
- [41] GÖZLER, K.(2003) *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin kitabevi, Bursa, 2001.
- [42] GÜVEN, S.(2006) *Türk Anayasa Mahkemesi ve Laiklik*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- [43] HAKYEMEZ, Y.Ş.(2009) *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [44] HAMILTON, A. et. al.(1961)*The Federalist Papers*, Mentor Books, New York.
- [45] HEKİMOĞLU, M.(2004) *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuki Boyutu*, Detay Yayıncılık, Ankara.
- [46] KABOĞLU, İ.Ö.(1997) *Anayasa Yargısı*, İmge Yayınları.
- [47] KANADOĞLU, K.(2004) *Anayasa Mahkemesi*, Beta Yayınları, İstanbul.
- [48] KANADOĞLU, S."Cumhurbaşkanlığı Seçimi: AKP Oylan Yetmez", *Cumhuriyet*, 27.12.2006.

- [49] KILINÇ, B.(2008) *'Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği'*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 25, Ankara.
- [50] KILIÇ, H.(2004) *'Türk Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması'* Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, S. 21, Ankara.
- [51] KIRATLI, M.(1966) *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, Ankara Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Yayınları, No: 212194, Ankara.
- [52] KÜÇÜK, A.(2005) *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar*, Asil yayın dağıtım, Ankara.
- [53] MACHACEK, R.(1993) *'Temel Hak Temini ile Politika Arasındaki Gerilimli Alanda Anayasa Yargısı'*, Anayasa Yargısı 9, AMK. Yayınları, Ankara.
- [54] METİN, Y.(2008) *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayıncılık, Ankara.
- [55] MCWHINNEY, E.(1981) *Constitution-making: Principles, Process, Practice*, University of Toronto Pres, Canada.
- [56] MONTESQUIEU(2004), *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. (Fehmi Baldaş), Seçkin yayınları, Ankara.
- [57] ODYAKMAZ, Z.(1995) *'Yürürlüğü Durdurma'* Anayasa Yargısı, S.12, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- [58] OKANDAN, R.G.(1968) *Umumi Amme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları)*, İ.Ü.H.F. Yayınları No: 295, İstanbul.
- [59] ONAR, E.(2003) *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara.
- [60] ÖDEN, M.(2003) *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [61] ÖZAY, İ.(2002) *Günışığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul.
- [62] ÖZBUDUN, E.(2002) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [63] ÖZBUDUN, E.(2003) *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara.
- [64] ÖZBUDUN, E.(2005) *'Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluğu'*, Demokrasi ve Yargı, Eds.E. Ergül,O., Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.

- [65] ÖZBUDUN, E.(2006) '*Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika*', Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı, Türk Alman Kamu Hukukçuları Forumu Yayını, İmaj Yayınevi, Ankara.
- [66] ÖZBUDUN, E.(2007) '*Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*', Ankara Üniversitesi SBF. Dergisi, S.62-3, Ankara.
- [67] ÖZBUDUN, E. 'Cumhurbaşkanı Seçimi ve Anayasa', *Zaman*, 17.01.2007
- [68] ÖZİPEK ,B.B.(2008) Zühtü Arslan ile yapılan röportaj; Anlayış, Temmuz.
- [69] ÖZTÜRK, B.(1995)'*Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi*', Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C.12, Ankara.
- [70] RUHİ, M.E.(2005) '*Türkiye'de Özelleştirmenin Hukuki Boyutu*' AÜHFD, C.IX,S.3-4, Ankara.
- [71] RUSSELL, B.(1983) *Batı Felsefesi Tarihi*, (çev. M. Sancar), Say Yayınları, İstanbul, 1983.
- [72] SAĞLAM, F.(1999) *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları* ,Beta Yayınları, İstanbul.
- [73] SAĞLAM, F "Cumhurbaşkanlığı Seçimiyle İlgili Tartışmalar", *Cumhuriyet Gazetesi*,9 Ocak 2007.
- [74] SAVAŞ, V.F.(1998) '*Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme*', Anayasa Yargısı, S. 15, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- [75] SOYASLAN, D.(1994) '*Kanun Hükmünde Kararnameler*',Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 11, Ankara.
- [76] STONE, A.(1990) '*The Birth and Development of Abstract Review: Constitutional Courts and policymaking in Western Europe*', Policy Studies Journal, Vol. 19, Num. 1, Fall.
- [77] TANÖR ,B.(1998) *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, Cogito, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- [78] TANÖR ,B.(1994) *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu* ,İstanbul, BDS yayınları.
- [79] TANÖR ,B., YÜZBAŞIOĞLU, N.(2004) *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul.
- [80] TEZİÇ, E.(2003) *Anayasa Hukuku*, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- [81] TUNÇ, H.(1998) *Makaleler*, Konya.

- [82] TURHAN, M.(2005) *Anayasal Devlet*, Natural Yayınları 4. Baskı, Ankara.
- [83] TURHAN, M.(2006) '*Anayasa Yargısının İşlevi ve Meşruluğu*', Anayasa Yargısı İncelemeleri 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- [84] TÜZMEN, R. '*Anayasa Mahkemesinin Kararı: Egemenlik ve Hukuk Devleti*', *Milliyet*, 28.10.2008.
- [85] YAYLA, A.(2001) "*Fazilet Partisi'nin Kapatılması ve Türkiye'nin Cari Sistemi'nin Çıkmazlar*" Liberal Düşünce, Yıl: 6, S. 23.
- [86] YAYLA, Y.(1979) '*Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü*', Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İÜHF. Yayınları, İstanbul.
- [87] YOLCU, S. '*Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu*' <http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/demokrasi5.pdf> s.7, (15.07.2009).
- [88] YILDIZ, M.(1998) *Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı*, Beta Yayınları, İstanbul.
- [89] YÜZBAŞIOĞLU, N.(2007) "*Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*" Sempozyumu'nda sunduğu tebliğ, Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı, TBB Yayınları, Ankara.
- [90] YÜZBAŞIOĞLU, N.(1996). *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*, Beta Yayınları, İstanbul.

EKLER

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyadı, Adı : ERŞAN, Hüseyin İlker
Uyruğu : T.C.
Doğum Yeri ve Tarihi : Konya, 18 Temmuz 1981
Medeni Hali : Bekar
Telefon : 532 397 34 23
e-mail : ersan@troikalaw.com

EĞİTİM

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı	2010
Lisans	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2006
Lise	T.E.D.Ankara Koleji	1999

YABANCI DİLLER

İngilizce

HOBİLER

Müzik, tenis, basketbol, kayak, yüzme.