



Anayasa Yargısının Demokratik İşlevi Üzerine*

İnci ÇOBAN İNCE†

Öz

Anayasa yargısı anayasacılık hareketlerinin bir sonucu olarak, anayasanın üstünlüğünün korunması ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması amacıyla oluşturulmuştur. Bu amaçtan hareketle esas misyonu kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Böylelikle anayasaya uygunluğun yargısal denetimi neticesinde temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak anayasa yargısının bu misyonu özelinde demokratik meşruluk tartışmaları vardır. Bu tartışmaların temelinde yatan görüş ise, seçilerek görev yapan meclislerin yapmış olduğu kanunların, yargı organı tarafından iptal edilebilme olasılığıdır. Türkiye’de de doktrinde tartışılan bu durum anayasa yargısının demokratik meşruluğunun değerlendirilmesi açısından öne çıkmaktadır. Bu çalışmanın amacı da bu değerlendirmeyi karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde yaparak literatüre katkı sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasanın Üstünlüğü, Temel Hak ve Hürriyetler, Anayasa Yargısı.

On the Democratic Function of the Constitutional Judiciary

Abstract

The constitutional judiciary was established as a result of constitutionalist movements, with the aim of protecting the supremacy of the constitution and securing fundamental rights and freedoms. Based on this purpose, its main mission is to supervise the constitutionality of laws. Thus, as a result of the judicial review of constitutionality, it is tried to ensure that fundamental rights and freedoms are secured. However, there are debates about democratic legitimacy regarding this mission of the constitutional judiciary. The view

* Bu çalışma 2012 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde sunulan ve kabul edilen “Anayasa Mahkemelerinin Demokratik İşlevi ve Türk Anayasa Mahkemesi” başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

† Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, inci.ince@karatekin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0688-501X.

Atıf yapmak için / To cite this article: Çoban İnce, İ. (2023). Anayasa Yargısının Demokratik İşlevi Üzerine. *Akademik İzdüşüm*, 8(1): 312-330.

underlying these debates is the possibility that the laws made by elected assemblies can be annulled by the judiciary. This situation, which is also discussed in the doctrine in Turkey, stands out in terms of evaluating the democratic legitimacy of the constitutional judiciary. The aim of this study is to contribute to the literature by making this evaluation within the framework of comparative law.

Keywords: Supremacy of the Constitution, Fundamental Rights and Freedoms, Constitutional Judgment.

1. GİRİŞ

Anayasa yargısının ortaya çıkışı ile anayasanın üstünlüğü ilkesi arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisi olarak adlandırılan ve mevcut normların bir hiyerarşi şeklinde konumlandığı bu piramitte anayasa en üstte yer almaktadır. Bu şekilde anayasanın piramidin en üstünde konumlanması anayasanın üstünlüğü ilkesi olarak adlandırılır. Bu piramidin pratiğe yansımaları ise anayasanın, altında yer alan normlar için bağlayıcı olmasına dayanmaktadır. Dolayısıyla anayasanın üstünlüğü ile anayasanın bağlayıcılığı birbirini yeniden üreten ve birlikte düşünülmesi gereken ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira anayasanın üstünlüğünün benimsenmiş olduğu bir anayasal düzende anayasanın altında yer alan normlar anayasaya aykırı olamayacağından anayasa bu normlar için bağlayıcıdır. Söz gelimi kanunlar, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği anayasaya aykırı olamazlar. Dolayısıyla da anayasa, kanunlar ve de yasama organları için bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa yargısının misyonu ise şudur; normlar hiyerarşisinin mantığına uygun olarak denetim işlevini üstlenmek. Daha açık bir ifade ile anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmek; anayasaya uygun olmadığı kanısı ile kanunları iptal edebilmek. İşte tam da bu nokta, anayasa yargısı ile ilgili demokratik meşruluk tartışmalarının odağını oluşturmaktadır. Zira yasama organlarının yapmış olduğu kanunların yargı organı tarafından iptal edilebilir olması anayasa mahkemelerinin demokrasi ile ilişkisini hem açıklayıcı hem de sorgulayıcı çift yönlü bir literatür ortaya çıkarmıştır.

Bu çalışmada anayasa yargısının demokratik işlevleri üzerinde durulacak ve anayasa mahkemelerinin demokratik meşruluğu değerlendirilecektir. Bu amaçla yerli ve yabancı

literatür taraması çalışmanın kaynağını ve yöntemini oluşturmaktadır.

2. ANAYASA YARGISININ ORTAYA ÇIKIŞI

Anayasacılık hareketleri anayasa yargısının doğuşunun temelidir. 17. ve 18. yüzyıllarda düşünürler tarafından ortaya konmuş hem insan hakları hem de kuvvetler ayrılığı temelinde yükselen düşünceler yazılı anayasaların oluşumunu sağlamıştır. Özellikle insanların doğal haklarına vurgu yapan ve bu hakların devredilemez özelliğini açıklayan J. Locke; kuvvetler ayrılığı kuramını savunan Montesquieu; her bir yurttaşın egemenliğin parçası olması gerektiğini söyleyen Jean- Jacques Rousseau bu dönemin önemli düşünürleri olarak sayılabilir (Kışlalı, 2006: 87-88). Dolayısıyla kişilerin sahip olduğu veya sahip olması gerektiği insan haklarının dile getirilmesi ve bununla birlikte kuvvetler ayrılığı ilkesinin teorik temelini ortaya konması ilk yazılı anayasalar olan 1787 Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası ile 1791 Fransız Anayasası'nın düşünsel temelini oluşturmuştur. Zira 1787 ABD Anayasası kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerine inşa edilmiştir (Tanilli, 2007: 351-352). Bu açıdan ABD Anayasası'nın temel özelliği yasama, yürütme ve yargının birbirinden ayrı olmasıdır (Turhan, 1989: 32). Benzer şekilde Fransa'da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde anayasa için yurttaş hakları ile kuvvetler ayrılığı ilkesi arasındaki bağın önemi vurgulanmış (Tanilli, 2007: 351), özellikle yargı kuvvetinin ayrılığı 1791 Anayasası'nda da yer almıştır (Allison, 2007: 77).

Yaşanan bu gelişmeler ve özellikle anayasaları inşa eden düşünceler anayasa yargısını ortaya çıkaran süreçte oldukça önemlidir. Nitekim bu süreçte ortaya konan iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve hürriyetlerin korunması noktasındaki düşünceler ile birlikte anayasaların oluşturulması anayasaya uygunluğun denetimini de beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla denilebilir ki, tüm bu anayasacılık hareketleri ve özellikle yazılı anayasaların kabulü ile anayasa yargısı doğmuştur.

Yazılı anayasalar ile anayasa yargısı arasında böyle bir ilişki bulunmakla birlikte, kanunların üstün bir norma aykırı olmaması gerektiğine yönelik ilk karar 1612 yılında İngiltere'de

Dr. Bonham Vak'ası olarak bilinen 1612 tarihli davada yargıç Edward Coke tarafından verilmiştir. Zira Coke, kanunların üstün hukuk olarak Common Law'a (Ortak Hukuk) uygun olması gerektiğini kabul etmiştir (Çağlar, 1986: 137; Tunç, 1997: 30; Onar, 2006: 2). Yargıç Coke tarafından verilen bu kararın önemi, mahkemelerin Common Law'a aykırı olduğuna kanaat getirdikleri kanunları geçersiz sayabilmelerini ve hakimlerin Common Law'ın üstünlüğünün teminatı olmalarını ortaya koyan bir görüşü yansıttığından ileri gelmektedir (Tunç, 1997: 30).

Coke tarafından ortaya konan bu görüş doğal hukuk düşüncesi ile birleşmiş ve ABD'de Hakim Marshall tarafından *Marbury v. Madison* davasında verilen kararda etkili olmuştur (Çağlar, 1986: 137). Hakim Marshall 1803 tarihli bu kararın gerekçesinde öncelikle anayasanın mahiyetinin açıklanması gerektiğini vurgulamıştır. Zira Marshall'a göre, anayasa ya değiştirilip usulü kanunlardan zor olan üstün bir normdur ya da yasama organının dilediği zaman değiştirebildiği bir kanuna eşittir. Eğer bu seçeneklerden ilki kabul edilecekse anayasaya aykırı bir kanun, kanun değildir. İkinci seçenek kabul edilecekse, anayasaların iktidarı sınırlandırması pratikte mümkün olmayan bir çaba olarak kalacaktır. Bu iki seçeneği ortaya koyduktan sonra Marshall, mahkemeler anayasanın üstünlüğü temelinde karar vereceklerse anayasa ile kanunlar arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, kararın kanuna göre değil anayasaya göre verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hakim Marshall'ın ortaya koymuş olduğu bu görüş ABD'de anayasaya uygunluk denetiminin önünü açmıştır (Feyzioğlu, 1951: 166-171). Zira Hakim Marshall'ın kararı şu mantığın işlemesi noktasında örnek olmuştur: Bir hukuk kuralı kendisinden üstün olan başka bir hukuk kuralı karşısında gücünü kaybeder. Anayasa da kanunlardan üstün konumdadır. O zaman kanunlar anayasa karşısında güçlerini kaybederler (Tunaya, 1980: 465).

Hakim Marshall'ın bu kararı demokratik bir hukuk düzeni içinde anayasa yargısının kaçınılmazlığı ilkesine temel oluşturmuştur (İba ve Kılıç, 2019: 29). Bu sayede Amerika'da başlayan ve süreç içinde bütün yargıçların anayasaya uygunluk denetimi yapabildiği Amerikan modeli anayasa yargısı ile

birlikte, anayasaya uygunluk denetimi noktasında özel olarak kurulan mahkemelerin denetim işlevini üstlendiği Avrupa modeli anayasa yargısı gelişmiştir. Bu yargı modelinin Avrupa'da ilk örneği 29 Şubat 1920 tarihinde Çekoslovakya'da kurulmuştur. Sonrasında ise, Avusturya'da Yüksek Anayasa Divanı kurulmuş ve anayasa yargısının ilk çağdaş örneği oluşmuştur (Kaboğlu, 2007: 15-18). Sonraki süreçte Avrupa modeli anayasa yargısına uygun bir şekilde mahkemeler kurulmuş ve anayasaya uygunluk denetimi başlamıştır. Bu denetim türü özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ivme kazanmıştır. Bu dönemde 1947 İtalyan, 1949 Alman Anayasaları Anayasa Mahkemelerini kurmuşlardır (Gözler, 2004: 23). Anayasa yargısının temel hak ve hürriyetler ile olan ilişkisi göz önüne alındığında İkinci Dünya Savaşı sonrası İtalya ve Almanya'nın anayasal sistemlerine Anayasaya Mahkemelerini dahil etmeleri bir tesadüf değildir. Zira söz konusu savaş döneminde bu iki devletin hak ihlalleri aşikardır.

Türkiye açısından değerlendirildiğinde, Türkiye Avrupa modeli anayasa yargısını benimsemiş bir ülkedir. Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuştur ve 1982 Anayasası ile de benimsenmiştir. 1961 Anayasası'ndan günümüze uzanan süreçte Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı, üyelere aranan nitelikler, görev süresi gibi Mahkemenin yapısına ilişkin bazı özelliklerde bazı farklılıklar görülse de Anayasa Mahkemesi'nin temel misyonu olan kanunlar üzerindeki denetim yetkisi süregelmiştir.

3. ANAYASA YARGISININ DEMOKRATİK İŞLEVLERİ

Anayasa yargısının öne çıkan ilk işlevi anayasanın üstünlüğünü sağlamaktır. Zira anayasanın varlık nedeni kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyerek anayasaya uygunluğu sağlamak ve böylelikle anayasanın üstünlüğünü biçimsel açıdan korumaktır (Hakyemez, 2007: 530). Anayasa üstünlüğünün teminat altına alınmadığı bir sistemde, anayasanın kanunlardan üstünlüğünü sağlamak ve parlamentoyu hukukla bağlı kılmamanın zorlaştığı örnekler ortaya çıkabilir (Teziç, 2009: 184). Temel hak ve hürriyetler güvencesiz kalabilir. İkinci Dünya Savaşı öncesi Almanya ve İtalya'da

yaşananlar bu durumun somut örnekleridir (Hakyemez, 2007: 529).

Anayasa Mahkemeleri kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyerek iki işlevi birden yerine getirmiş olur. İlki yasama organı asli yetkisi olan kanun yapma yetkisini kullanırken anayasanın veya daha kapsayıcı bir ifade ile hukukun çizdiği sınırlar içinde kalır. Bu sınırların dışında yapılan bir kanun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Bununla bağlantılı olarak ikinci işlevi de temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır. Yasama organının anayasal sınırlar içinde kalmasının pratikteki sonucu temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasına onulmaz etkisi olabilecek düzenlemeleri yapmaktan kendini men etmesidir. Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerin sadece anayasada yer alan sınırlama sebepleri ile sınırlandırılabilmesi, olağan üstü hallerde dahi dokunulamayacak temel hak ve hürriyetlerin anayasada yer alması ile birlikte anayasa yargısının denetim işlevi birlikte değerlendirildiğinde temel hak ve hürriyetler adına daha güvenceli bir model ortaya çıkacağını söylemek mümkündür.

Temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması noktasındaki işlevi anayasa yargısının en önemli işlevlerinden birisidir. Anayasa Mahkemeleri insan haklarına yaptıkları vurgu ile insan haklarının iktidarlar karşısında dikkate alınmasını amaçlamaktadır. İnsan haklarını koruyucu yasalar, Anayasa Mahkemelerinin denetim işlevi ile birlikte sembolik metinler olarak kalmaz. Dolayısıyla Anayasa Mahkemelerinin denetimi demokrasiye uygunluk denetiminin yanı sıra iktidarın yasal sınırlar içinde kalmasına ve temel hak ve hürriyetlere saygılı davranmasında etkili olur (Horowitz, 2006: 126). Daha net bir ifade ile, Anayasa Mahkemesinin varlık sebebi siyasal iktidar karşısında bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almaktır (Arslan, 2000: 292). Anayasa Mahkemeleri bu misyonlarını yerine getirirken temel hak ve hürriyetler açısından “güvence ölçütleri” olarak nitelendirilen demokratik toplum düzeninin gerekleri, hakkın özü, ölçülülük gibi ilkeleri göz önünde bulundurmaktadır (Kaboğlu, 2002: 179). Bu güvence ölçütleri arasında sayılan ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması noktasında ortaya çıkan orantılılık ilkesi, Almanya’da geçmişte yaşanan ihlallerin de bir sonucu olarak,

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin payı ile birlikte geliştirilmiştir (Rumpf, 1993: 32). Söz konusu Mahkeme "orantılılık ilkesi"ni hukuk devletinin bir sonucu olarak değerlendirmektedir (Kaboğlu, 1991: 303). Söz gelimi Mahkeme'nin vermiş olduğu 1985 tarihli Lüth Kararı temel hakların korunması ile hukukun işlerliği arasındaki ilişkiye vurgu yapması açısından bir örnektir (Çağlar, 1989: 138). İspanyol Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında da, temel hakların sınırlandırılması noktasında ölçülülük ilkesine vurgu yapılmış olduğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının referans alınacağına yönelik ifadelerin yer aldığı görülmektedir. İsviçre Federal Anayasa Mahkemesi de ölçülülük ilkesini kararlarına yansıtmakta; bu ilke ile hukuk arasında ilişki kurmaktadır (Metin, 2002: 152-154, 184). Öte yandan söz konusu Mahkeme vermiş olduğu kararlarda ifade hürriyetine önemle vurgu yapmış; bu hürriyeti siyasi hakların kullanılma şartı olarak değerlendirmiş, demokratik devletin temeli olarak ferdi hürriyetler kataloğunda ayrıcalıklı bir yere sahip olduğunu belirtmiştir. Kişi dokunulmazlığı ile ilgili olarak da, Mahkeme'nin bu hürriyeti hukuk devletinin vazgeçilmez bir unsuru olarak gördüğünü ortaya koyan kararı bulunmaktadır (Çağlar, 1989: 140).

Türk Anayasa Mahkemesi özelinde bir değerlendirme yapıldığında ise anayasada belirtilen ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturan ilkelere vurgu yaptığı kararların var olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde vermiş olduğu kararlara örnek vermek gerekirse;

...Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz... (E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986).

hükmü ile Mahkeme hem temel hak ve özgürlüklerin özünün dokunulmazlığına hem de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması noktasında uyulması gereken bir ölçüt olarak

demokratik toplum düzenine vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu başka bir kararda;

...İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik" sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk-gereklilik", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır... (E. 1988/50, k. 1989/27,K.T. 23.06.1989)

hükmü ile temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı olarak ölçülülük ilkesine ve ölçülülük ilkesinin alt ilkelerine değinmiştir.

Anayasa Mahkemelerinin temel hak ve hürriyetler bağlamında yapmış oldukları vurgu ile bağlantılı olarak demokrasi anlayışı da üzerinde durulması gereken bir noktadır. Zira demokratik bir yönetimin en önemli özelliklerinden birisi temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvence altına almasıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemelerinin en önemli demokratik işlevi temel hak ve hürriyetler noktasındaki misyonudur. Bununla bağlantılı olarak çoğulcu bir demokrasi anlayışı içinde toplumları oluşturan tüm kesimler açısından güvence oluşturan bir demokrasi anlayışının oluşması mümkün olabilir. Bunu desteklerken bir şekilde yargı denetimi, demokrasilerde yukarı seyreden bir ivme ile yaygınlaşmaktadır (Horowitz, 2006: 125).

4. ANAYASA YARGISININ DEMOKRATİK MEŞRULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa yargısının demokratik meşruluğuna yönelik tartışmalar ve bu tartışmaların odağına ilişkin ortaya konan görüşler özellikle Anayasa Mahkemelerinin vermiş oldukları kararların yasama organının iradesi üzerinde bir sınırlama olarak görülüp görülmeyeceği temelinde şekillenmektedir. Burada üzerinde durulan iki nokta vardır; birincisi yasama

organının asli fonksiyonu kanun yapmaktır. Dolayısıyla yasama organının yapmış olduğu bir kanunun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilmesi yasama organının iradesini sınırlandırmak ve yasama organının asli fonksiyonunu yerine getirmekten men etmek olarak görülmektedir. İkincisi ise, halk tarafından seçilmiş yasama organı ile atanma usulü oluşan bir yargı organının karşılaştırılmasıdır. Daha net bir ifade ile, seçilerek oluşmuş bir yasama organı iradesinin, atanarak göreve gelmiş üyeler / yargıçlar tarafından iptal edilebilmesi “seçilmişler” ile “atanmışlar” ayrımını ve bu ayrım üzerinden de demokratik meşruluk tartışmalarını üretmektedir.

Anayasa Mahkemelerinin demokratik meşruluğuna yönelik tartışmaların odağında değerlendirme yapacak olursak; söz konusu mahkemenin yasama organının tasarruflarını denetleyebilme yetkisinin çoğunluk karşıtı siyaset olarak algılandığı ve seçilerek göreve gelmiş yasama organının kararlarının atanmış yargıçlar tarafından iptal edilebilmesinin demokrasinin çoğunluğu yönetme hakkı ilkesine aykırı olarak görüldüğü bir görüşün var olduğundan bahsedebiliriz (Erdoğan, 2010: 85). Kelsen’e göre bir kanunu iptal etmek ile yeni bir norm koymak arasında fark yoktur. Bu yetki ile Anayasa Mahkemeleri yasama yetkisini kullanan bir organa dönüşerek “negatif kanun koyucu” olmaktadır (Özbudun, 2005: 346). Bu görüşün karşısında yer alan Soysal (1997: 259), Anayasa Mahkemesi’nin yapmış olduğu denetimin başka bir organının yerine geçmek olarak algılanmaması gerektiğini vurgulayarak, söz konusu mahkemenin görevinin iktidar tarafından çıkarılan yasaların anayasaya uygun hale getirmek olduğunu belirtmiştir. 1982 Anayasanın 153. maddesinin 2. fıkrası da Anayasa Mahkemesi’nin kanun koyucu gibi hareket edemeyeceğini ve yeni bir uygulamaya yol açamayacağını hüküm altına almıştır.

Anayasa yargısının kanunları iptal edebilme yetkisi kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde de değerlendirilmektedir. Bu ilke gereği kuvvetlerin farklı organlarda toplandığı ve her bir organın yetki ve görevinin anayasal sınırlar içerisinde belirli olduğu anayasal düzenlerde anayasa yargısının kanunları iptal edebilme yetkisinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilmektedir (Gören, 2008: 17). Esasında bu görüş anayasa yargısının “negatif kanun koyucu” olarak

nitelendirilmesi ile birbirini tamamlar niteliktedir. Zira bu görüşün özü anayasa yargıçları yasama organlarının kararlarını iptal ettiklerinde yasama organının yerine geçmiş olurlar. Dolayısıyla da yasama organının asli yetkisi olan kanun yapma yetkisi yargı organına geçmiş olur. Bu da kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmaz. Ancak belirttiğimiz gibi anayasa yargısının hareket alanını hukukla sınırlı gören karşı görüş, anayasa yargısının salt anayasanın kendisine sunmuş olduğu yetkiyi kullandığını belirtmektedir. Bununla birlikte Gören (2008: 7-8), hem hukuk devleti ilkesine hem de anayasanın üstünlüğüne vurgu yaparak “anayasanın üstünlüğü, ancak özel bir bekçisi varsa sağlanabilir” demekte; hukuk devleti ve demokrasi ilkelerinin anayasa yargısı ile tamamlandığını belirtmektedir.

Öte yandan meclis üyeleri seçimle belirlenir ve asli yetkisi kanun yapmaktır. Anayasa Mahkemesi atanma usulü ile belirlenir, kararları kesin ve bağlayıcıdır. Bu noktadan hareketle yasama organının çıkarmış olduğu bir kanunun meşruluğu halk tarafından sorgulanmaya başlanırsa, halk bunun müeyyidesini seçimler vasıtasıyla verebilecektir. Ancak aynı durum Anayasa Mahkemesi için geçerli değildir. Zira söz konusu Mahkeme'nin vermiş olduğu bir karar halk tarafından meşru olarak görülmezse halkın müeyyide uygulaması söz konusu değildir (Gözler, 2006: 133-135). Anayasa Mahkemesi'nin bu durumuna bazı yazarlar verdiği kararların siyasal boyutunu da eklemektedir. Böyle bir durumda Mahkeme hükümdar veya diktatör olarak nitelendirilmektedir (Doehring, 2002: 234). Bu noktadan hareketle daha net bir şekilde ifade etmek gerekir ki, anayasa yargısının siyasal hayata yön verebilecek kararları neticesinde “Yargıçlar Hükümeti”ne yol açma ihtimali temel kaygıyı oluşturmaktadır. Zira Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1890-1937 yılları arasında yargıçlar yönetimine yol açtığı ifade edilmektedir (Teziç, 2009: 195). Kabul etmek gerekir ki, anayasa yargısının vermiş olduğu kararların siyasal etkileri olabilmektedir. Çünkü anayasa yargısının vermiş olduğu kararların büyük kısmı siyasal özellikler taşıyan konularla ilgilidir (Gören, 2008: 5). Anayasa yargısının bu özelliği kendisini diğer yargı kollarından ayırıcı bir nitelik taşımaktadır. Kamuoyunda “367 Kararı” olarak anılan 2007 yılında Cumhurbaşkanı seçimi sırasında vermiş olduğu karar halen Anayasa Mahkemesi'nin bu özelliği çerçevesinde

tartışılmaktadır. Bu kararın özü şu şekilde ifade edilebilir; Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanının ilk turda seçilebilmesi için gerekli olan karar yeter sayısının aynı zamanda toplantı yeter sayısı olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu vurgu ile de, Cumhurbaşkanlığı seçimi noktasında yapılan ilk tur oylamanın iptaline karar vermiştir. Bu kararın gerekçesini de yapılan ilk tur oylamada toplantı yeter sayısının, karar yeter sayısı olan 367'ye ulaşamamış olmasına bağlamıştır (E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 1.5.2007). Türkiye açısından Anayasa Mahkemesi'nin tartışma yaratan kararları içinde belki de en öne çıkan kararı "367 Kararı"dır.

Bir başka nokta da, Anayasa Mahkemesi'nin yapmak durumunda olduğu yorumdur. Bazı yazarlara göre anayasaya uygunluk denetimi yorum yapılmaksızın gerçekleşemez (Gözler, 2006: 137, Hekimoğlu: 328). Zira anayasa normu metnin taşıdığı anlamı ifade etmekte olup, bu anlam kişiden kişiye farklı şekilde yorumlanabilmektedir (Gözler, 2006: 136). Esas olan anayasa yargıçlarının tarafsız ve önyargılarının uzağında konuya yaklaşmasıdır. Ancak bu durumun gerçekleşmediği örnekler yaşanmıştır (Aliefendioğlu, 1996: 174). Söz gelimi Türk Anayasa Mahkemesi 832 Sayılı Sayıştay Kanununun 45. maddesini 17 Ekim 1972 tarihinde anayasaya uygun olarak değerlendirmiş, ardından ise 6 Mart 1973 tarihinde vermiş olduğu başka bir karar ile söz konusu maddenin anayasaya aykırı olduğu kanaati ile iptal etmiştir. Yine 648 Sayılı Siyasi Partiler Kanununun 74. maddesini önce 18 ve 19 Şubat 1969 tarihinde anayasaya uygun bulmuş, ardından 2 Şubat 1971 tarihinde söz konusu maddeyi anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. 23 Mart 1976 tarihinde anayasaya uygun olduğuna yönelik karar verdiği 1961 Anayasasının 38. maddesini değiştiren 1488 sayılı kanunun ilgili hükmünü, 12 Ekim 1976 tarihinde anayasaya aykırılık kararı ile iptal etmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin aynı konuda birbiri ile çelişen karar verdiği olmuştur. Aynı konuda zıt kararlar vermiş olduğu zaman dilimi göz önüne alındığında Mahkeme'nin bir veya iki üyesinin değişmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla da Mahkeme üyeliklerinde meydana gelen değişiklik ortaya farklı yorumlar çıkarmıştır. Bir anlamda söz konusu birbiri ile zıt yorumların anayasa değişikliği

yapılmamış olmasına rağmen anayasayı da değiştirmiş olduğu belirtilmektedir (Gözler, 2006: 150-151).

Anayasa yargısı organlarının anayasaya uygunluk denetimi yaparken yorum metodunu kullanacağı çoğunlukla kabul görmektedir. Bir kanun veya kanun hükmünün anayasaya aykırılığı kanaatine bu sayede varılabilir ve söz konusu kanun veya kanun hükmü iptal edilebilir. Burada ortaya farklı bir durum daha çıkabilmektedir. O da yorumlu ret kararlarıdır. Yorumlu ret kararı Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun hükmünü iptal etmediği ve bunu geliştirdiği bir yoruma dayanarak yaptığı kararlardır. Daha net bir ifade ile anayasa yargısı organları, iptal başvurusuna konu olan kanunun başvuru sahibinin ortaya koymuş olduğu anlam açısından anayasaya aykırı olduğunu kabul etmekte, ancak kanuna anayasaya uygun bir anlam vermektedir. Kanunun, geliştirilen bu yorum neticesine göre anlaşılması şartı ile de iptal başvurularına ret kararı vermektedir (İba ve Kılıç, 2019: 216). "Anayasaya uygun yorum" olarak da adlandırılan ve bazı Anayasa Mahkemelerinin zaman zaman vermiş oldukları bu kararlar, yasama organının daha sonraki süreçte vereceği kararlara yönelik bir direktif olarak algılanmakta ve bu sayede söz konusu kararların Anayasa Mahkemelerini "negatif kanun koyucu" olmanın ötesinde "pozitif kanun koyucu" durumuna taşıdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Özbudun, 2017: 417). Yorumlu ret kararlarına ABD'de Mossman v. Higginson kararı, Grenada County Supervisors vs. Brogden kararı, United States v. Coombs kararı örnek olarak gösterilebilir (Yüksel, 2012: 22-24. Bu konu ile ilgili detaylı karar incelemeleri için bkz. Yüksel, 2012). Türkiye'de ise, Anayasa Mahkemesi'nin 1991 yılında verdiği karar yorumlu ret kararları ile ilgili doktrinin temel örneğini oluşturmaktadır. Nitekim Yükseköğretim Kanununda değişiklik öngören 3511 sayılı kanunun 2. fıkrasında yer alan hükmün[‡] Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine kanun koyucu 3670 sayılı kanun ile yeni bir düzenleme[§] yapma

‡ "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"

§ "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."

yoluna gitmiştir. Anayasa Mahkemesi bu defa iptal kararı vermemiş, ancak yorumlu ret kararı ile Yükseköğretim kurumlarında başörtüsünün serbest bırakıldığı yönünde oluşabilecek görüşlerin önünü vermiş olduğu kararın gerekçesinde kesmiştir** (E.1990/36, K. 1991/8, K.T. 9.4.1991).

Görülmektedir ki; anayasa yargısının bir yanda demokrasi ile temel hak ve hürriyetler için önemi yer alırken, bir yandan da kanunları denetleyerek iptal edebilme yetkisinin yasama organının iradesini sınırlandırdığını düşündürmektedir. Özellikle üzerinde konsensüs sağlanamamış bazı kararlar, anayasa yargısının meşruluğunun sorgulanmasına neden olmaktadır.

5. SONUÇ

Anayasanın üstünlüğünün pratikte sağlanması adına yargısal denetim aracı olarak anayasa yargısı anayasacılık hareketlerinin bir sonucu olarak doğmuştur. Bu doğuşun önemli bir adımı ABD’de Marbury v. Madison davasında verilen karardır. Bu karar ile birlikte Amerikan modeli anayasa yargısı olarak adlandırılan ve ABD’de hakimlerin anayasaya uygunluk denetimi yapabildikleri model gelişmiştir. Ardından anayasaya uygunluk denetimini noktasında ayrı bir mahkemenin görev üstlendiği Avrupa modali anayasa yargısı modeli daha oluşmuştur. Türkiye’de Avrupa modeli anayasa yargısını benimsemiş bir ülkedir.

Anayasa yargısının doğuşunun temeli anayasaların kabul edilmesidir. İktidarın sınırlandırılması, temel hak ve hürriyetlerin korunması, kuvvetler ayrılığı gibi ilkeler temelinde şekillenmiş olan anayasalar anayasa yargısına giden yolda en önemli basamak olmuştur. Zira kabul edilen anayasaların üstünlüğüne duyulan hukuki inanç, bu üstünlüğün korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiş ve anayasa mahkemeleri bu sayede yaygınlaşmıştır. Yargısal denetimin eksik kaldığı bir

⁴ “... Nitekim 3670 sayılı Yasa’da, Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbestisi, "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile" sınırlanırken bu zorunluluğun kastedildiğinde şüphe yoktur. Bu nedenle Kanun Koyucunun amacının Yükseköğretim Kurumlarında dinsel nitelikteki kılık kıyafeti serbest bırakmak olduğunu savunmak, 3670 sayılı Yasa'nın sözü ve amacıyla çelişir...

sistemde anayasanın üstünlüğü ilkesinin pratikte gerçekleşmesi de güçtür.

Anayasa yargısının üstlenmiş olduğu misyon temelde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Bu misyon ile hem iktidarı hukuk sınırları içinde tutmakta hem de bunun bir neticesi olarak temel hak ve hürriyetlere güvenceli bir sistem oluşturmaktadır. Her ne kadar siyasi alanla da ilgili olsa, anayasa yargısının yapmış olduğu denetim hukuki bir denetimdir; öyle de olmalıdır. Bu noktada Anayasa Mahkemeleri elbette yorum yapacaktır. Ancak gerek yaptığı yorumlar, gerekse verdiği kararlar hukuk sınırları içinde olmalıdır. Dolayısıyla kararlarının hukuk sınırları içinde olduğunun genel kabul görmesi neticesinde demokratik meşruluğu sorgulanmayacaktır. Anayasa yargısı iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından önemlidir. Kararlarının hukuki boyutu üzerinde geniş ölçekte uzlaşa demokratik meşruluğunu pekiştirecektir.

Etik Beyanı: *Bu çalışmanın tüm hazırlanma süreçlerinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan eder. Aksi bir durumun tespiti halinde Akademik İzdüşüm Dergisinin hiçbir sorumluluğu olmayıp, tüm sorumluluk çalışmanın yazarlarına aittir.*

Destek ve Teşekkür: *Bu araştırmanın hazırlanmasında herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.*

Katkı Oranı Beyanı: *Araştırmanın tüm süreci makalenin beyan edilen tek yazarı tarafından gerçekleştirilmiştir.*

Çatışma Beyanı: *Araştırmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.*

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Allison, J.W.F. (2007). *The English Historical Constitution, Continuity, Change and European Effects*, United Kingdom: Cambridge University Press.

- Arslan, Z. (200). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler. *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, 274-293.
- Arslan, Z. (2005). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Çağlar, B. (1986). Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi. *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:3, 137- 187.
- Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi*, İstanbul: BFS Yayınları.
- Doehring, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*. (Çev. Ahmet Mumcu). Ankara: İnkılap Kitabevi.
- Erdoğan, M. (2010). Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Feyzioğlu, Turhan. (1951) Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, *A.Ü.S.B.F. Yayını*, Ankara.
- Gören, Z. (2008). Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(14), 1- 24.
- Gözler, K. (2004). *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.
- Gözler, K. (2006). Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu. *AÜSBF Dergisi*, 61(3). 131- 166.
- Hakyemez, Y. Ş. (2007). Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması. *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:24, 525-568.
- Hekimoğlu, M. M. (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık.
- Horowitz, D. L. (2006). *Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers*. *Journal of Democracy*.
- İba, Ş. & Kılıç, A. (2019). *Anayasa Yargısı Dersleri*. Ankara: Turhan Kitabevi.

- Kaboğlu, İ. Ö. (1991). Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım). *Anayasa Mahkemesi Dergisi*. Cilt: 8,291- 322.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*. Ankara: İmge Kitabevi.
- Kaboğlu, İ. Ö. (2007). *Anayasa Yargısı Avrupa Modeli ve Türkiye*. Ankara: İmge Kitabevi.
- Metin, Y. (2002). *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Onar, E. (2006). *Türkiye’de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi Alanında Öncüler. Anayasa Yargısı İncelemeleri – 1*. (Ed. M. Turhan ve H. Tülen). Ankara: AYM Yayınları.
- Özbudun, E. (2005). *Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu. Demokrasi ve Yargı*. (Ed. Ozan Ergül), Ankara: TBB Yayınları. 336- 352.
- Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Rumpf, C. (1993). Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği. *Anayasa Yargısı Dergisi*, No:10,28- 48.
- Soysal, M. (1997). *100 Soruda Anayasanın Anlamı*. İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- Tanilli, S. (2007). *Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş*. İstanbul: Alkım Yayınevi.
- Teziç, E. (2009). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Basım.
- Tunaya, T. Z. (1980). *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı Denetiminin Kapsamı ve Organları*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Turhan, M. (1989). *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Yüksel, İ. (2012). *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi.

ON THE DEMOCRATIC FUNCTION OF THE CONSTITUTIONAL JUDICIARY

Extended Summary

Constitutional justice is a result of the principle of supremacy of the constitution. The constitution is at the top of the hierarchy of norms. In this pyramid where the existing norms are positioned as a hierarchy, the fact that the constitution is at the top is called the principle of constitutional supremacy. The practical reflection of this pyramid is based on the fact that the constitution is binding for the norms under it. Therefore, the supremacy of the constitution and the bindingness of the constitution appear as principles that reproduce each other and should be considered together. Because in a constitutional order where the supremacy of the constitution is adopted, the norms under the constitution cannot be unconstitutional, so the constitution is binding for these norms. For example, laws cannot be unconstitutional due to the principle of supremacy of the constitution. The function of the constitutional judiciary at this point is to supervise the constitutionality of laws. Constitutional Courts fulfill two functions by supervising the constitutionality of laws. First, the legislature, while exercising its law-making power, remains within the confines of the constitution. A law made outside these limits can be annulled by the Constitutional Court. The second function is the protection of fundamental rights and freedoms. The practical result of the legislature staying within constitutional limits is that it prohibits itself from making unconstitutional arrangements for fundamental rights and freedoms. In connection with this, the understanding of democracy is also a point that should be emphasized. Because one of the most important features of a democratic government is the constitutional guarantee of fundamental rights and freedoms. Therefore, the most important democratic function of the Constitutional Courts is their mission in terms of fundamental rights and freedoms. In connection with this, it may be possible to form an understanding of democracy that provides assurance for all segments of society within a pluralistic understanding of democracy.

Therefore, the reason for the existence of the constitutional judiciary is the limitation of power and the protection of fundamental rights and freedoms. These aims were expressed by the thinkers, especially in the 17th and 18th centuries, within the framework of the views that formed the basis of the constitutions, such as the existence of inalienable rights and the importance of the separation of powers. It is possible to see the effects of these views in the 1789 US and 1791 Constitutions, which are the first written constitutions.

In the emergence of constitutional justice, firstly in England, Dr. The decision by Judge Edward Coke in the 1612 case known as the Bonham Case, followed by Judge Marshall in the United States in 1803 in Marbury v. The decision in the Madison case was effective. In particular, the decision given by Judge Marshall paved the way for the judges to conduct a constitutional review in the USA, and provided the formation of the American model constitutional judiciary. Then, the European modal constitutional justice model was formed, in which a separate court took on the task of checking the constitutionality. It is possible to see the first examples of this model in Czechoslovakia and Austria. However, at this point, it should be noted that the violations of rights during the Second World War were the reason why post-war Germany and Italy primarily adopted the constitutional jurisdiction.

Turkey is also a country that has adopted the European model of constitutional jurisdiction. The Constitutional Court was established in Turkey with the 1961 Constitution. The 1982 Constitution also adopted the Constitutional Court.

The most important criticism of the democratic legitimacy of the constitutional judiciary is that elected legislatures can annul the laws they have made. Some decisions that cannot be agreed upon in the doctrine also reinforce the debates on democratic legitimacy. In particular, it is an important point to focus on making decisions through interpretation. Because, to give an example from the Turkish Constitutional Court, there are examples where decisions made on the same subject change when one or two of its members change. On the other hand, although a long time has passed, such as the "367 Decision", there are still controversial decisions. Decisions of the

constitutional court may be related to the political sphere. However, its control is legal control. Therefore, as a result of the general acceptance that its decisions are within the limits of law, its democratic legitimacy will not be questioned. At this point, constitutional jurisdiction is important in terms of limiting power and protecting fundamental rights and freedoms. A broad consensus on the legal dimension of its decisions will reinforce its democratic legitimacy.