

# ANAYASANIN HAK TEMELLİ YORUMU VE ANAYASA YARGISI

**Prof. Dr. Mehmet Turhan**  
Başkent Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi



## Özet

Anayasa yargısının demokratik meşruluğu tartışmalıdır. Anayasa yargısının meşru olduğu görüşü yasaların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesine dayanmaktadır; ancak bir yasanın anayasa aykırı olup olmadığı yorum yoluyla anlaşılabilir. Anayasa mahkemelerinin yorumunun ise yasama organların yorumundan daha bilimsel olduğu iddia edilemez. Bu görüşe göre her ikisi de doğru da olabilir yanlış da. Bu yazıda bu görüş eleştirilmekte ve eğer Anayasa özgürlükleri temel alan bir yolla yorumlanırsa anayasa yargısının demokrasinin ayrılmaz bir parçası haline geleceği belirtilmektedir. Özgürlükleri temel alan yorumdan önce yorumun dürüstlük ilkesine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu savlarla birlikte anayasa mahkemelerinin siyasete müdahalelerine neden olan iptal davalarının ve anayasa aykırılıkla doğrudan bağlantısı olmayan diğer yetkilerinin ve görevlerinin kaldırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bunlar yerine hak ve özgürlükleri zedelenen bireylerin doğrudan anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmelerinin sağlanması gerektiği iddia edilmiştir. Amaç anayasa mahkemelerinin hak ve özgürlükler dışında aktivist tutumdan vazgeçip kendi kendilerini sınırlama gibi bir tutuma girmelerini sağlamaktır.

**Anahtar Kelimeler:** anayasa yargısı, anayasa yargısının meşruluğu, anayasa mahkemeleri, dürüst yorum, hak temelli yorum, demokrasi, aktivizm, kendi kendini sınırlama.

## *Right-Based Interpretation of the Constitution and Judicial Review*

### Abstract

The democratic legitimacy of the judicial review (constitutional review of the legislation) is controversial. Legitimacy of the judicial review is based on the principle of the supremacy of the Constitution, i.e. the laws cannot be contrary to the constitution. However whether the law is contrary to the Constitution can only be understood by interpreting the constitution. Those who are against the judicial review assert that no one can claim that the interpretation of the constitutional court is more scientific than the interpretation of the legislative organ. Both of them can be right or wrong. The article criticizes the above argument, and argues that if the interpretation of the constitution is made by the right-based approach then constitutional review will be indispensable for the democratic system. On the other hand, the interpretation should also be made according to the principle of integrity. With these arguments the article asserts that the right to apply for annulment action to the constitutional courts and the other powers which are not directly related to the power of the judicial review should be abolished. Instead of these powers individuals claiming to be the victim of a violation of the rights set forth in the constitution should be able to apply to the constitutional court directly. The aim is to discourage the judges of the constitutional court from activist behaviors. Instead of activism we must try to install the attitude of the judicial self-restraint.

**Keywords:** judicial review, constitutional courts, legitimacy of the judicial review, integrity of the constitution, right-based interpretation, democracy, activism, judicial self-restraint.

## Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı\*

Günümüzün anayasacılığı sınırlı devleti gerçekleştirmekten çok bireylerin hak ve özgürlüklerini korumaya doğru kaymıştır (Loughlin, 2000: 197). Norberto Bobbio yaşadığımız dönemi “haklar çağı” (Bobbio, 1996) olarak nitelendirmektedir. İkinci Dünya Savaşından sonra insan haklarının uluslararası düzeye geçişinde büyük bir atılıma tanık olunmuştur. Bu çağdaş haklar devrimi sosyal iktidarın siyasal iktidar üzerindeki başarısı, toplumun daha bireyci anlayışı ve hak-sahibi bireyler temelinde siyasal düzenin oluşmasıyla bağlantılıdır.

Hak söyleminin bugünkü konumu devletle vatandaş arasındaki siyasal ilişki anlayışımızın radikal değişiminden kaynaklanır. Egemenin hakları ve vatandaşların ödevleri biçimindeki geleneksel siyasal düşünce günümüzde tersine çevrilmiştir. Artık vurgu vatandaşın daha doğrusu kişilerin ve hatta zaman zaman hayvanlar da dahil olmak üzere haklarına ve devletin yükümlülüklerine yapılmaktadır. Söz konusu değişim uygulamada devlet otoritesinin oluşumunda önemli bir etkiye sahiptir. Bir başka deyişle, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin pozitif hukuka geçmesi kamu hukukunun yapısının yeniden düzenlenmesine neden olmuştur (Loughlin, 2004: 114). Günümüzde kamu hukuku anlayışı uygulamada ve öğretilerde vatandaşların devlete karşı sahip olduğu hak ve özgürlüklere kaymıştır.<sup>1</sup> Hak ve özgürlüklerin günümüzde kazandığı bu önem, bu özgürlüklerin ve hakların yorumlanması sorununu da beraberinde getirmektedir. Çağdaş demokrasilerde anayasaların özgürlükçü bir bakış açısıyla yorumlanması gerekir.

\* Yazıyı okuyup eleştiren değerli meslektaşım Yrd. Doç. Dr. Nur Uluşahin’e teşekkür ederim.

<sup>1</sup> Bu nedenle ülkemizde “Genel Kamu Hukuku” adlı dersin bazı fakültelerde “insan hakları”na veya “kamu özgürlüklerine” dönüştürülmesi yadırganmamalıdır.

Anayasa yargısının demokratik meşruluğu tartışmalıdır. Anayasa yargısının meşru olduğu yolundaki görüş yasaların anayasa aykırı olamayacağı ilkesine dayanmaktadır; ancak bu ilkenin anayasa yargısının meşruluğunu açıklayamayacağı belirtilmiştir. Bir yasanın anayasa aykırı olup olmadığı kendiliğinden anlaşılabilir bir şey değildir. Bunu anlayabilmek için yorum yapmak gerekir. Anayasa yargısının olduğu yerde bu yorum anayasa mahkemeleri tarafından yapılır. Anayasa yargısının demokratik açıdan meşru olmadığını savunanlar anayasa mahkemelerinin yorumlarının yasama organının yorumlarından daha doğru olacağını kanıtlanamayacağını iddia etmektedirler. Bu görüşe göre her iki yorum da yanlış veya doğru olabilir; çünkü anayasanın yorumu “bilme” işlemi değil bir “irade” işlemidir. Demokrasilerde de irade gerektiren alanlarda karar verme yetkisi demokrasi gereği halkın temsilcilerine aittir (Gözler, 2006: 131-166).

Bu yazıda bu görüşün tam anlamıyla gerçeği yansıtmadığı; çünkü anayasa yargısının uğraş alanının insan hakları veya temel hak ve özgürlükler açısından saptanması durumunda, demokrasilerde son derece yararlı bir işleve sahip olabileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

Anayasa yargısı demokrasilerin çoğunda varolan bir kurumdur ve bu nedenle anayasa yargıçları ellerindeki anayasayı daha açık bir söyleyişle bu anayasanın kurduğu demokrasiyi korumak zorundadırlar. O halde ilk olarak, 1982 Anayasasının getirdiği demokrasi anlayışını açıklamak gerekir. Bu demokrasi anlayışı içinde acaba Anayasa Mahkemesinin yeri nedir? Bu yer Mahkemenin işleyişini ne ölçüde etkilemektedir?

## **1982 ANAYASASININ DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE ANAYASA MAHKEMESİ**

Eski Cumhurbaşkanı Celal Bayar 1924 Anayasası ile 1961 Anayasasını karşılaştırırken şunları söylemekteydi:

“1961 Anayasası, 1924 Atatürk Anayasası’ndan hangi noktalarda ayrılır? Kanaatimce, en önemli ayrılık, ‘ulusal egemenliğin’ ‘kimin tarafından’ ve ‘nasıl’ kullanılacağı noktasındaki ayrılıktır. Atatürk Anayasası’na göre: “Hakimiyet, kayıtsız şartsız milletindir. Türkiye Büyük Millet Meclisi milletin yegane ve hakiki mümessili olup Millet namına hakkı hakimiyeti istimal eder.”

1961 Anayasası’nda ‘hakimiyet kayıtsız şartsız millete’ bırakılmıştır. Ama kullanılış biçimi değiştirilmiştir. Yeni Anayasa’ya göre ‘millet egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır.’

Demek oluyor ki, 1961 Anayasası, ulusal egemenliğin kullanılmasına, yeni ortaklar getirmektedir. Vatandaş oyunun kuracağı Millet Meclisi'nin bu egemenliği iyi kullanabileceği noktasında şüphe vardır. Ulusal egemenliğin kullanılmasını güvenle yerine getirmek için müesseseler ihdas edilmiştir. Senato, Anayasa Mahkemesi, Milli Güvenlik Kurulu, muhtar üniversite, muhtar TRT, planlama vb.

İnce araştırmalara girmeden kabaca söylemek gerekirse, ulusal egemenliğin 'kanun yapma gücü' Senato, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanlığı'nın Anayasa muhafızlığı görevi ile daraltılmakta, frenlenmekte, barajlanmaktadır. Bu daraltma, frenleme ve barajlama, vatandaş oyuna karşı duyulan, fakat açıklanmayan güvensizliği gösterir (İlıcak, 2007: 451-452)."

Celal Bayar devletin gerçek sahibi olan ulusun, 1961 Anayasası ile yeni ortaklara sahip olduğunu ve bunun da bin yıllık devlet geleneğimize uygun olduğunu ileri sürmüştür. Bu yeni ortaklar ORDU ve AYDINLAR olmaktadır. Ordu Milli Güvenlik Kurulu ile aydınlar da üniversite, TRT, Anayasa Mahkemesi ile devlet ortaklığına girmektedir. Böylece Celal Bayar'a göre Osmanlı Devleti'nin Saray, Medrese ve Ordudan oluşan üçlü yönetim sistemine dönmüş bulunmaktadır (İlıcak, 2007: 452). Hiç kuşkusuz 1982 Anayasası için de bu söylenenlerin geçerli olduğu ileri sürülebilir.

1921 ve 1924 Anayasaları çeşitli yetersizliklerine rağmen, en azından kuramsal planda yasamanın üstünlüğünü getiren ve parlamenter meşruiyeti yerleştiren anayasalardır. Ancak uygulamada bu dönemde de yürütmenin üstünlüğü görüldüğü gibi, asker ve sivil bürokratlar Cumhuriyet Halk Partisi kanalıyla siyasal sisteme bütünüyle hakim olabilmişlerdir. 1924 Anayasasının tek parti dönemindeki uygulamasında Anayasanın öngördüğü sistemden çok farklı bir sistem ortaya çıkmıştır. Bu sistemde Cumhurbaşkanı Anayasanın kendine verdiği yetkilerin çok ötesinde yetkilere sahip olabilmıştır. Cumhurbaşkanı siyasal sistemin işleyişinde hemen her zaman başbakanı da önemli bir aktör görünümündedir. Anayasaya göre asıl yetkili olması gereken parlamento ise hükümet tarafından alınan kararları onaylayarak bu kararları meşrulaştıran bir kurum görüntüsü sergilemiştir (Koçak, 2004: 123-125).

1961 Anayasasıyla birlikte anayasal düzeyde de yasamanın üstünlüğü ilkesini zayıflatan adımlar atılmıştır. 1982 Anayasası ise tam anlamıyla yürütmenin üstünlüğünü veya *icra meşruiyeti* getirmiştir. Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren fiili bir durum olarak süren güçlü yürütme ve güçlü devlet dinamiği, ilk olarak 1961 Anayasasında parti hükümeti karşısında güçlü askeri bürokrasi biçiminde ve daha sonra da 1982 Anayasasında hem parti hükümeti karşısında daha da güçlü bir askeri bürokrasi ve yasama-yürütme

karşısında güçlü ve denetimsiz bir Cumhurbaşkanı olarak ortaya çıkmıştır. Üstelik 1921 ve 1924 Anayasaları devletin yapısını sivilleşirmeye yönelik hükümler getirmişken, 1961 ve 1982 Anayasaları devlet yapısını militarize etmiştir. Taha Parla'nın sözleriyle, "1961 koruyucu ve geliştirici özgürlükler rejimiyle, sivil yargının bağımsızlığına ve yargısal denetime dayanan hukuk devleti anlayışıyla, kesinlikle 1982'den üstün bir Anayasa. Ama kabul etmek gerekir ki, devlet yapısını militarize eden, askeri bürokrasiyi 'yürütmenin içinde yürütme', askeri yargıyı 'yargı içinde yargı' yapan yanlarıyla 1982'nin prototipini oluşturan da o"dur (Parla, 2002: 143) .

Türkiye'de hükümet ve devlet iktidarlarının birbirlerinden ayrıştırılması ve bunların neredeyse karşılıklı zıt güçler olarak tanımlanması olgusu da ilk kez 1961 Anayasasıyla ortaya çıkmıştır. Bir siyasal partinin hükümet olabileceği; ama devlet iktidarına sahip olamayacağını belirtmesi devlet iktidarının demokratik yollar dışında belirlenen bir sahiplik alanına ait olduğunu göstermektedir. Devletin sahipleri asker ve sivil bürokratlar (yargı bu bürokrasiye dahildir) ve bunların ideolojik etki alanında kalan kesimlerden oluşmaktadır (İnsel, 2007: 19). 1961 ve 1982 Anayasalarının temel sorunu çoğunluk oyunu alan iktidarın elini kolunu bağlamak ve devlet iktidarına sahip olabilmelerini güçleştirmek olmuştur. Ordunun her an yönetime müdahalesini kurumsallaştıran Milli Güvenlik Kurulu da 1961 Anayasasının getirdiği bir kurumdur. 1982 Anayasası askeri yönetime katmada daha da ileri gitmiştir; bu nedenle bu Anayasanın Türkiye'de yarı-askeri bir demokrasi kurduğu dahi söylenebilir.

Steven A. Cook'a göre Mısır, Cezayir ve Türkiye'yi kuran askerler ülkelerinde modernleşmeyi gerçekleştirmeye çalışmışlardır. Bütün çağdaşlaşma veya modernleşme yanlısı kişilerin dünya görüşü bilimsel düşünceye büyük değer verdiğinden, ister istemez modernleşme yanlısı olan kişiler otoriter düşüncelere yakındır ve bu nedenle bu ülkeleri kuranlar çağdaşlaşmayı sağlayabilmek için demokratik değil otoriter rejimler kurmuşlardır. Steven A. Cook bu ülkelerin siyasal sistemleri hakkında şunları söylemektedir:

"Ancak Mısır, Cezayir ve Türkiye'deki rejimler askeri diktatörlüklerle karıştırılmamalıdır. Bu ülkeler asker-egemen devletler olarak nitelendirilmelidir. Ordu mensupları sivil ortaklarıyla birlikte toplumun geri kalanlarının aleyhine olmak üzere stratejik olarak kendilerine avantajlar sağlayan siyasal sistemler yaratmışlardır. Çoğulcu *görüntüye* izin veren ve aynı zamanda siyasal denetim ve gözetim mekanizmalarını içeren siyasal kurumların gelişimine nezaret eden subaylar kendi siyasal düzenlerinin devamını garanti altına almaya çalışmışlardır. Zaman içinde askerler kendi siyasal sistemlerini karakterize eden meşrulaştırıcı kurumlarla temsili yapılar ve demokratik kurumların görüntülerinin

arkasına saklanmaya çalışmışlardır. Bununla birlikte kriz dönemlerinde askeri seçkinler bu görünümünden sıyrılma eğilimi gösterirler ve kendilerini iktidarın toplandığı yer olarak açıklarlar. Böylece siyasal düzenin otoriter özünü güçlendirirler (Cook, 2007: 15).”

Steven A. Cook Türkiye’de Ordunun resmi olmayan iktidarını şöyle açıklamaktadır:

“Türk Askeri Örgütlenmesinin gayri resmi iktidarı Türkiye’nin sivil liderlerine Türk siyasetinin yazılı olmayan şu kuralını hemen öğretir: Politikacılar kendilerinin ve yandaşlarının Ordunun ve devlet seçkinleri içindeki yandaşlarının öfkesine neden olabilecek herhangi bir şey yapmamak zorundadırlar (Cook, 2007: 104).”

Böyle bir sistemde anayasa yargısı acaba neden kabul edilmektedir? Tom Ginsburg anayasa yargısının kabulünü şöyle açıklamaktadır: Anayasa yargısı anayasa tasarımcılarının bir tür siyasal sigorta biçimi benimseme konusundaki istemlerini yansıtmaktadır. Yasama arenasında, yani seçimlerde kaybedenlerin anayasa mahkemesine istemlerini getirebilmelerini sağlayarak anayasa yargısı anayasa yapımının maliyetini düşürmekte ve başka türlü elde edilemeyecek anayasal pazarlıkların da sonuçlandırılmalarını sağlamaktadır. Demokratikleşme seçim sonuçlarının belirsizleşmesini çoğalttıkça siyasal sigorta için istemler de çoğalır. Her ne kadar diğer kurumlarla da bu azınlıklar korunabilirse de, anayasa yargısı bu konuda özellikle odak bir kurum konumuna gelmiştir. Yeni kabul edilmiş anayasalarda anayasa yargısının yaygın olarak kabulü bu görüşe göre siyasal sigorta kuramına başvurularak açıklamaktadır (Ginsburg, 2003: 33).

Bu kuram açısından Türkiye’yi incelediğimizde şunlar belirtilebilir: Türk siyasetindeki temel bölünme çizgisinin merkezi askeri ve bürokratik seçkinlerle çevresel güçler arasındaki bir merkez-çevre çatışmasına dayandığı yolunda Türk siyasal bilimcileri arasında büyük ölçüde bir görüş birliği bulunmaktadır. 1924 Anayasası döneminde tek parti mekanizması nedeniyle askeri-bürokratik seçkinler anayasa yargısının ve yargı bağımsızlığının yokluğundan şikayetçi olmamışlardır. Tam tersine bu durum onlara kendi siyasal tercihlerini gerekçeleştirilmede büyük bir avantaj sağlamıştır. 1950 seçimleriyle çevresel güçlerin iktidara gelmesi durumu tersine çevirmiştir. 1950’den sonra askeri ve bürokratik seçkinlerin temsilcisi olan Cumhuriyet Halk Partisi anayasa yargısı ve yargı bağımsızlığı konusunda istemlerde bulunmaya başlamıştır. Bütünüyle askeri-bürokratik seçkinlerin ve onların temsilcisi konumunda olan CHP’nin egemenliğinde olan 1960-61 Kurucu Meclisi hemen hemen hiç tartışmadan

anayasa yargısını ve yargı bağımsızlığını kabul etmiştir.<sup>2</sup> Yine tümüyle asker ve sivil bürokratların yaptığı bir anayasa olan 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine dokunmamış tam tersine devletçi seçkinlerin temel siyasal değerlerini koruyacak bir organ olarak düşünülmüştür. Yine 1982 Anayasasına devletçi seçkinlerin ideolojisi olan “Atatürkçü düşünce sistemi” de Anayasanın hem başlangıcına hem de çeşitli hükümlerine yerleştirilmiştir. Artık Anayasanın resmi bir ideolojisi vardır. Anayasa Mahkemesinden beklenen de bu ideolojiyi korumaktır. Anayasa Mahkemesi gerek 1961 Anayasası gerek 1982 Anayasası döneminde genel olarak askeri ve sivil bürokratik seçkinlerin değer ve beklentileriyle uyumlu kararlar vermiştir. Bu açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin anayasa yargısına yaklaşımı hak temeline dayanan değil, resmi ideoloji temeline dayanan bir yaklaşım olmuştur. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi resmi ideolojinin muhafızlığını yapan bir kurum görüntüsü sergilemektedir (Özbudun, 2005: 340-342) .

Ülkemizde demokratik siyaset üzerindeki vesayetinin kalkması başlığı altında söylenebilecek çok şey vardır. Ancak biz bu yazıda bu vesayeti Anayasa Mahkemesinin siyaset üzerindeki vesayeti açısından ele almaktayız. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi seçimle gelen iktidarın elini kolunu bağlayan önemli bir kurum konumunu kazandığını belirtmiştik. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu acaba nasıl değiştirilebilir? Anayasa Mahkemesinin elinde güçlü bir silah vardır. Bu silah Anayasanın yorumlanmasıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi özgürlükleri temel alarak Anayasayı okuyabilirse, demokrasi üzerinde bir vesayet makamı değil, demokrasiyi güçlendiren bir kurum olacaktır. Kuşkusuz Anayasanın özgürlükçü yorumunun yapılabilmesi ise liberal bir ortamın varlığına bağlıdır.

## **DÜRÜST YORUM İLKESİ ve ANAYASA MAHKEMESİNİN 367 KARARI**

Hukukta yorum yargıçların istedikleri sonuca ulaşmak amacıyla kullanabilecekleri bir araç olamaz. Anayasalar her türlü yoruma açık metinler değildir. Yorumun objektif ve dürüstlük ilkesine uygun olarak yapılması gerekir. “Doğru” veya “dürüst” yorumun çeşitli boyutları söz konusudur. Her şeyden önce mahkemenin vereceği kararın bir uzlaşma, bir strateji veya siyasal uyuşma sonucunda değil, bir kurala, bir ilkeye dayanılarak alınması gerekir. Yine doğru yorumun yapılabilmesi için belirli bir özgürlüğün temel olduğunu iddia eden yargıç bunu anayasal düzenlemenin temel yapısı ile birlikte daha

2 1961 Anayasasında yer alan Anayasa Mahkemesi 1962 yılında faaliyete başlamıştır.

önceki kararlarla uyumlu olduğunu göstermeli ve yorum yaparken herhangi bir ilkeyi benimsediğinde diğer davalarda da bu ilkeye aynı ağırlığı tanınmalıdır (Dworkin, 1996: 83) .

Yargıçların dürüstlük ilkesine uygun davranması bütün kararların önceden kestirilebileceği anlamına gelmez. Ronald Dworkin bu konuda şunları belirtmektedir:

“Mahkemelerdeki bütün yargıçlarımız doğruluk ve dürüstlük konusuna ne denli dikkat etseler de bir örnek yargısal kararlar ortaya çıkamayacağı gibi, sizi nefret ettiklerinizden koruyacak veya onaylayacağınız kararların çıkmasını da garanti edemez. Bunu hiçbir şey sağlayamaz. Dürüstlükten amaç bir örnek kararlar yaratmak değil bu ilkeyi vurgulamaktır. Bir cetvel tarafından değil, bir ideal tarafından yönetiliyoruz ... (Dworkin, 1996: 83).”

O halde yinelemek gerekirse yorum konusunda ilk olarak bilinmesi gereken husus şudur: Hukukta yorum dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmalıdır. Hukuk uygulamasında ve doktrininde dürüst yorum farkları her zaman görülebilir; ama yapılan yorumun dürüst yorum olması gerekir. Yani belli siyasal amaçlar doğrultusunda hukuk kurallarının çarpıtması gayreti içine girilmemelidir. Ülkemizde zaman zaman dürüst yorum ilkesine siyasal amaçlarla uyulmadığı görülmektedir. Bu konuda verilebilecek iyi bir örnek, Tayip Erdoğan'ın veya Adalet ve Kalkınma Partisinin saptayacağı bir başka kişinin cumhurbaşkanı olmasını engelleme amacıyla, yani siyasal bir amaçla, Anayasanın 102. maddesinin yorumlanması oluşturmaktadır.

Anayasanın cumhurbaşkanının seçimiyle ilgili 102. maddesini yorumlayan eski Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci turunun yapılabilmesi ve diğer turlara geçilebilmesi için TBMM'deki ilk oturumda en az 367 milletvekilinin bulunması gerektiği yolunda bir görüş ileri sürmüştü ve 367'nin altında bir katılımla cumhurbaşkanı seçilmesinin "hukuka karşı hile" anlamına geleceğini, hukuk devletinin bunu önlemek için var olduğunu belirtmiştir.<sup>3</sup>

3 Sabih Kanadoğlu'nun görüşüne eski Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Güven Dinçer, "Toplantıya katılan kişi sayısının asla karar sayısından az olamayacağını" ve "Anayasa'nın ruhu da bunu gerektirir" diyerek destek vermiştir. YÖK Başkanı Prof. Dr. Erdoğan Teziç de, 367 oy kullanılmazsa, seçim turlarının iptal edileceğini söylemiştir. Ayrıca Prof. Dr. Süheyl Batum ve Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu 367 kişilik nitelikli çoğunluğa ulaşılamazsa seçim turlarının başlayamayacağını ileri sürmüşlerdir.



Oysa TBMM'nin karar alma yöntemiyle ilgili kural Anayasa'nın 96. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa, Meclis toplam üye sayısının üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar alır. Ancak karar yeter sayısı hiçbir halde Meclisin toplam üye sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. Demek ki, bu genel kurala yine ancak Anayasanın kendisi bir istisna getirebilir. Anayasa birçok maddesinde (m. 87, 94, 99/5, 100/3, 105/3, 111/3, 175) karar yeter sayısı ile ilgili olarak istisnalara yer vermiş olmasına rağmen, Anayasa'nın toplantı yeter sayısına istisna getiren "başkaca bir hükmü" bulunmamaktadır. Bu durumda bu genel kurala herhangi bir istisna getirilmesine hukuken olanak yoktur; çünkü, "istisna" kuraldan ayrılmayı gerektiren özel bir durumdur, dolayısıyla da açık seçik olmalıdır. 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. Eğer anayasa koyucunun amacı bu olsaydı, karar yeter sayısı için gösterdiği açıklığı toplantı yeter sayısı için de gösterirdi. Ayrıca istisnanın kapsamının genişletilmesi onun mantığına da aykırıdır. Çünkü, istisnanın "istisna" olarak kalması için, açıkça belirtilen durumlar olmadıkça genel kurala uyulması gerekir (Erdoğan (a), 2007; Parla, 2007: 94).<sup>4</sup>

Cumhuriyet Halk Partisi Ana muhalefet partisi olarak cumhurbaşkanlığı seçimlerinde uygulanmamış olan 367 koşulundan hareketle ilk tur oylamayı geçersiz kılmak amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Bu başvurudan kısa bir süre sonra Adalet ve Kalkınma Partisinin desteklediği cumhurbaşkanı adayını Abdullah Gül'ün seçilmesini önlemek için, 27 Nisan gecesi Genelkurmay İnternet sitesinde *muhtıra-benzeri (e-muhtıra)* bir bildiri yayımlamıştır. Ordu bu bildiriye laiklik konusunda taraf olduğunu ve gerekli görürse laikliği korumak amacıyla müdahalede bulunabileceğini üstü kapalı bir biçimde ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde gördüğü (Uluşahin, 2007: 19-22)<sup>5</sup> 27.4.2007 günü, 96. birleşiminde alınan 11.

4 Bir norma onun açık sözüne ters anlamlar yakıştırmak ise yorum değildir. Bu ilke Latince şöyle ifade edilebilir: *A verbis legis non est recedendum. Abundans cautela non nocet.* Kısaca, söz konusu 96. ve 102. maddelerin açıklığı karşısında, bunlardan Anayasanın açıkça belirtmediği bir "toplantı yeter sayısı" *istisnası* türetilemez.

5 Şunu belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin bu başvuruyu ilk inceleme aşamasında reddetmesi gerekirdi. Çünkü Anayasa Mahkemesinin parlamento kararlarını denetleme yetkisi, kural olarak yoktur. Anayasa Mahkemesi, parlamento kararlarını ancak eylemli bir içtüzük değişikliği ya da bir yeni içtüzük ihdası niteliğinde gördüğü takdirde denetleyebilmektedir. Bu olayda içtüzüğün konuyla ilgili 121. maddesi, Anayasa'nın 102. maddesine atıfta bulunmaktan başka bir şey

Cumhurbaşkanı'nın seçiminde gözetilmesi gereken toplantı yeter sayısı ile ilgili kararını, 1.5.2007 günlü, E. 2007/45, K. 2007/54 sayılı kararlarla iptal etmiştir ve karar 27 Haziran 2007 günlü *Resmi Gazetede* yayımlanmıştır.<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesine göre:

“Cumhurbaşkanının seçimi sürecinde ilk iki oylamada uzlaşmanın sağlanması, 102. maddenin birinci fıkrasındaki ‘Cumhurbaşkanı, Türkiye

yapmamaktadır. Anayasanın 102. maddesinde de toplantı yetersayısı hakkında bir hüküm bulunmadığına göre, eylemli bir içtüzük değişikliği veya yeni bir içtüzük hükmü ihdası da söz konusu değildir. Anayasa Mahkemesi Cumhuriyet Halk Partisi milletvekili Kemal Anadol'un açtığı usul tartışması sonunda gerek olmadığı halde TBMM Başkanı Bülent Arınç'ın oylama konusunda başkanlık tutumunu genel kurula oylatması ve kabul ettirmesini ‘İçtüzük değişikliği niteliğinde’ bir Meclis kararı olarak görmüştür. Ancak Haşim Kılıç'ın karşıoy yazısında belirttiği gibi bu karar TBMM İçtüzüğü'nün 121. maddesine uygun bir karar olabileceği gibi bu maddeye aykırı bir karar da olabilir. Ancak bu kararın hiçbir biçimde İçtüzüğü değiştiren bir karar olduğu ileri sürülemez Aksi halde İçtüzüğe aykırı her durumun bir içtüzük değişikliği nitelenmesi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkün olacaktır. Oysa parlamento kararları Anayasa'da yazılı istisnalar dışında Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir. Bakınız: Haşim Kılıç'ın Karşıoy Yazısı: E. 2007/45, K. 2007/54, k.t., 1.5.2007, *Resmi Gazete*, 27 Haziran 2007, Sayı: 26565, s. 10. Ancak Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu'nun görüşünün bu konuda daha net ve aydınlatıcı olduğu söylenebilir: “Anayasa'nın 95. maddesinin birinci fıkrasında, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür.’ denilmektedir. Yine Anayasa'nın 95. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürüteceği belirtilmiş, TBMM İçtüzüğü'nün 181. maddesinde de İçtüzük değişikliği yapılmasında izlenecek özel yöntem gösterilmiştir. Bu yöntem dışında ancak İçtüzükte veya Anayasa'da hüküm bulunmaması nedeniyle ve hemen çözüm bekleyen bir sorunun halli amacıyla alınan ve yeni bir hüküm getiren Meclis kararlarının içeriği itibarıyla ihdası bir İçtüzük değişikliği olarak kabulü mümkünse de İçtüzükte veya Anayasa'da hüküm bulunması ve Meclis kararı ile bu hükme uyulmamış olması hali İçtüzük değişikliği değil, İçtüzüğe ya da Anayasa'ya aykırı Meclis kararı olur ve İçtüzük değişikliği anlamına gelmez. Aksi düşünce Anayasa'ya aykırı olarak düzenlenen yasaların eylemli Anayasa değişikliği olarak nitelendirilmesine de olanak sağlar.” Bakınız Tülay Tuğcu'nun karşıoy yazısı: E. 2007/45, K. 2007/54, k.t., 1.5.2007, *Resmi Gazete*, 27 Haziran 2007, Sayı: 26565, s. 8.

6 Anayasa Mahkemesinin bu kararı demokrasinin önünü açan bir karar olmayıp; tam tersine demokrasinin işlemlerini güçleştirecek bir karar olmuştur. Bu kararın siyasal sonucu bundan böyle Anayasa değiştirilmediği sürece Türkiye'de cumhurbaşkanının seçilmesinin zorlaşmış olmasıdır. Yani 367 koşulu kaldığı sürece, eğer bir parti Mecliste çok büyük bir çoğunluğa sahip değilse, muhalefetin kabul etmeyeceği bir kimsenin cumhurbaşkanı seçilebilmesi mümkün değildir.

Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ... ile seçilir.’ kuralının toplantı yeter sayısını da kapsamıyla 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.”<sup>7</sup>

Oysa karşı oyda belirtildiği gibi Anayasanın 102. maddesinin birinci fıkrasından bir toplantı yeter sayısı üretmek mümkün değildir. Haşim Kılıç’ın sözleriyle, “Fıkrada ‘üçte iki’, ‘gizli oy’ ve ‘seçim’ sözcükleri geçtiğine göre, bunun toplantı nisabı için öngörüldüğünü söylemek yorumda isabetsizlik değil, Anayasa’yı yorum yoluyla dolaylı yoldan değiştirmek anlamını taşır.”<sup>8</sup> Her nedense Anayasa Mahkemesi 102. madde dışında Anayasanın genel kurula istisna getiren diğer maddeleri bakımından bu söylenenlerin geçerli olmadığını da belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi hiçbir ilkeye dayanmadan Anayasayı yeniden yazmıştır. Anayasanın 102. maddesine göre, Cumhurbaşkanının seçilebilmesi için Meclis Genel Kurulunun toplantı yeter sayısının en az 367 olması gerektiği biçimindeki yorumun siyasal amaçlarla yapıldığını ve “dürüstlük ilkesine” aldırılmadan yapılan bir yorum olduğunu söyleyebiliriz.

Cumhurbaşkanlığı seçiminin bu denli sorunlar yaratmasının nedeni standart parlamenter cumhuriyetlerin aksine, 1982 Anayasasının cumhurbaşkanına yasama, yürütme ve yargı faaliyetleri alanlarında önemli yetkiler vermesidir. Cumhurbaşkanının atamalarla ilgili önemli yetkileri vardır. Cumhurbaşkanı üniversite rektörlerini, Yüksek Öğretim Kurumu başkan ve üyelerini, Anayasa Mahkemesi yargıçlarını ve Danıştay üyelerinin dörtte birini ve başka bazı yüksek dereceli yargıçları seçme yetkisine sahiptir. Bu nedenle de cumhurbaşkanlığı seçimi ülkemizde önemli görülmektedir. Devletin sahipleri veya ulus egemenliğinin ortakları konumunda bulunan ordu, aydınlar ve sivil bürokrasi

7 E. 2007/45, K. 2007/54, k.t., 1.5.2007, *Resmi Gazete*, 27 Haziran 2007, Sayı: 26565, s. 6.

8 Haşim Kılıç’ın Karşıoy Yazısı. Bakınız: E. 2007/45, K. 2007/54, k.t., 1.5.2007, *Resmi Gazete*, 27 Haziran 2007, Sayı: 26565, s. 11.

kendine ters düşecek bir kişinin cumhurbaşkanlığını önlemek istemektedir. Ülkemizde cumhurbaşkanlığına atfedilen özellikler ve bu makamdan beklenenler parlamenter sisteminin mantığıyla çelişmektedir. Normal parlamenter bir cumhuriyette cumhurbaşkanlığı sadece sembolik bir makamdır, ulusun ve ülkenin birliğini ve beraberliğini temsil eder (Uluşahin (b), 2007).<sup>9</sup>

### **YORUMDA “YASAKÇI ZİHNİYET”**

Ülkemizde Anayasanın 2. maddesinde yer alan “Türkiye Cumhuriyeti ... demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” ifadesinde söz edilen ilkelerin nasıl yorumlanacağı tartışılması bu temel ilkelere saldırı olarak ele alınmakta ve bu konuda yasakçı bir zihniyet savunulmaktadır. Özellikle “laiklik” ilkesinin tartışılmasına bu ilkenin resmi yorumu dışında izin verilmeğe çalışılmaktadır. Resmi yorumun dışına çıkanlar ise şeriat yanlıları olarak takdim edilmektedirler. “Demokrasi” ilkesi de hemen her zaman laiklikle birlikte ele alınarak çok sınırlı veya çok dar bir biçimde yorumlanmaktadır.

Oysa toplumsal yaşam durağan olmadığından Anayasadaki temel ilkeleri değişen koşullar çerçevesinde kapsam, anlam, sınır ve amaç bakımlarından yeniden belirleme zorunluluğunun ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir. Temel ilkelerin yorumlanmasında yasakçı ve tekelci bir zihniyet savunulacak

9 Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Serruh Kaleli Ek Gerekçesinde Şunları Belirtmektedir. “Cumhurbaşkanı, Bizzat Egemen Devleti Temsil Etmekle Birlikte Egemenlik Hakkının Kullanımına Da Katılır Ki, Demokratik Rejimin İşleyişinde Denge Ve Denetim Görevini Yerine Getirsin. Bu Konumdaki Cumhurbaşkanının Seçiminin İse Çoğulcu-Uzlaşmacı Demokrasideki Kural Ve Kuramlara Uygun Olması, Anayasanın Temel İdeolojisi Ve Felsefesinin Bir Gereğidir.” Bakınız: E. 2007/45, K. 2007/54, K.T., 1.5.2007, *Resmi Gazete*, 27 Haziran 2007, Sayı: 26565, S. 13. Ne Yazık Ki, Sayın Üye Denge Ve Denetim Mekanizmalarıyla Parlamenter Sistemdeki Devletin Başında Bulunan Monarkın Veya Cumhurbaşkanının Konumunu Anlamamıştır. Parlamenter Sistemde Devletin Başındaki Kişinin Denge Ve Denetim Gibi Bir Görevi Olamaz. Parlamenter Sistemlerde Devletin Başındaki Kişinin Bakanlar Kurulunun Tersine Davranması Düşünülemez. Bu “Kral Hata Yapmaz” (The King Can Do No Wrong) Olarak İfade Edilebilir. Burada “Kral Hata Yapmaz” Demek, “Kral Hata Yapacak Bir Harekette Bulunamaz” Demektir. Bir Başka Deyişle, Kral Kabine Ne İsterse Onu Yapar Da Ondan Hata Yapamaz. Hatayı Ancak Kabine Yapabilir. Yani Kral Tek Başına Hiçbir Şey Yapamaz.

olsaydı, Amerika Birleşik Devletleri'nde eşitliğin kadınları ve siyahları kapsamadığı biçimde yorumlanması gerekirdi. Yine çoğu Avrupa ülkesi anayasalarında yer alan yasa önündeki eşitlik ilkesi günümüzde “pozitif ayrımcılığı” reddetmediği biçiminde kabul edilmiştir. Ayrıca şunun da belirtilmesi gerekir ki, anayasa mahkemelerinin bu ilkeleri yorumlayan kararları tartışma dışında tutulması gereken görüşler olarak kabul edilemez. Bu konuda iki şeyi birbirinden ayırmak gerekir: Kuşkusuz bir hukuk devletinde herkes mahkeme kararlarına uymak zorundadır; ama bu, bu kararların eleştirilemez olduğu anlamına gelemmez.

Türkiye’de olan ise M. Şükrü Hanioglu’nun belirttiği gibi kamusal yorum alanında bir tekel oluşturulmakta ve bu yorumun kavramın aslı olduğu savunulmakta ve bunu eleştirenler bu kavrama karşı olmakla suçlanmaktadır (Hanioglu, 2007 (I)). Örneğin, laiklik kavramının kamu görevlisinin sokakta türban takmasının sakıncalı bulunması ya da mezuniyet törenlerine başörtülü velilerin kamusal alana dini sembolle girme teşebbüsünde bulunduğu nedeniyle izin verilmemesi biçimindeki anlaşılışı eleştirildiğinde, bu eleştirileri yapanların “laiklik karşıtı” oldukları ve devletin din kurallarıyla yönetimini savundukları söylenebilmektedir. Oysa bu tür uygulamalara karşı olmak ve eleştirmek ve bu konularda tartışma başlatmak tek başına bu ilkeye karşı olmak anlamına gelmez. Hanioglu’nun belirttiği gibi “(B)u tür eleştirilerin rejim düşmanlığı, temel ilke karşıtlığı ile eş tutulduğu toplumlar ise ne demokratik ne de hukuk devleti olmayan totaliter yapılardır (Hanioglu, 2007 (I)).” Toplumumuzda laiklik ilkesi konusunda yaratılmış olan siyasal zıtlasma ve kamplaşma tartışmayı çok daha güçleştirmektedir. Oysa bu denli kamplaşmanın olmadığı “sosyal devlet” gibi ilkeler üzerinde yapılan tartışmalar daha sağlıklı sonuçlar verebilmektedir.

Devlet ideolojisi temelinde bu ilkeleri savunduklarını sananlar bu kavramlar etrafında kamplaşmalar yaratmakta, farklılıkları, eleştirileri rejim düşmanlığıyla özdeşleştirerek siyasette rejim tartışmalarını ortaya çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu kamplaşmaya devlet ideolojisi temelinde verdiği kararlarla katkılar sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında laiklik konusunda şunları söylemekteydi: “Türk devrimi temelinde oturan ve bu yapıda laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıyırılmasına olanak tanımamıştır.”<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesinin bu us yürütme biçimini “cumhuriyet” kavramı konusunda da yapılmaktadır. Ve zaman zaman bazı çevrelerde cumhuriyetin korunması uğruna demokrasinin kurban

10 E. 1989/1, K. 1989/12, k.t., 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. 158.

edilebileceği dahi savunulabilmektedir (Hanioğlu, 2007(II)) . Bu tür yorumların topluma (“devlet ideolojisi” olarak) dayatılmasına ve demokrasi ve özgürlüklerin laiklik ve cumhuriyet ilkelerine kıyırılmasına olanak verilmemelidir.

## **ANAYASANIN ÖZGÜRLÜKÇÜ YORUMU**

Profesör Ronald Dworkin vatandaşların “eşit ilgi ve saygı” sahip olmaları temeline dayanan bir liberalizm kuramı geliştirmiştir. Vatandaşlar birbirleri karşısında ahlaki haklara ve ödevlere sahiptirler. Devlet karşısında da vatandaşların ahlaki hakları vardır. Dworkin bunlara siyasal haklar demektir. Bu görüşlerden hareketle Dworkin iki cesur öneride bulunmaktadır. İlki eğer bir kişinin bir şeye hakkı varsa, kolektif yarar gerektirse dahi o kişiyi bu haktan yoksun kılmak yanlış olacaktır. Bu kolektif iyilikten kaynaklanan kamusal siyasa savlarının “hakların kozları olarak” ele alınmasıyla bir kenara itilmesi demektir (Dworkin, 1977: 266, 269). İkincisi Dworkin’e göre bu ahlaki veya siyasal haklar pozitif hukukça tanınmalıdır ve kişiler mahkemeler veya benzer yargısal merciler yoluyla bu haklarını yaşama geçirebilmelidirler (Dworkin, 1985: 9, 11) .

Ahlaki ve siyasal hakların tanınması hukuk devleti veya hukukun üstünlüğü anlayışımızı değiştirmiştir. Artık hukuk devleti dendiğinde sadece bağımsız yargının bir dizi teknik devleti hukuk kurallarına bağlı tutması anlaşılmamaktadır. Hak anlayışı mahkemelerin kişilerin sahip oldukları ahlaki ve siyasal haklarını tanımasını ve tam olarak bu hakların uygulanmasını gerektirir. Kişilerin hak ve özgürlüklerini sağlayamayan devlet hukuk devleti olarak kabul edilemez. Hak anlayışı ahlaki veya siyasal ve hukuksal söylem arasındaki farklılığı belirsizleştirmekte, hukuk devletini siyasal bir ideal olmaktan çıkararak temelsel nitelikte bir hukuksal ilke durumuna getirmektedir (Loughlin, 2000: 213) .

Profesör Ronald Dworkin’e göre, hukuk felsefesi özünde siyasal ve özellikle hukuksal tartışmaya normatif bir katkı sağlamaktadır. Etik, siyaset ve hukuk kuramı amaç veya ödev-temelli değil, hak-temelli olmalıdır; yani hakları ödevlerden ve kolektif amaçlardan üstün tutulmalı ve bu yolla herkesin eşit ilgi ve saygı görme hakkına saygı göstermelidir. Herkesin eşit ilgi ve saygı görme hakkı değerli veya değersiz yaşam biçimleri hakkında devletin yansız kalmasını gerektirir. Dworkin’e göre bu ilkeler pozitif hukukun bir parçasıdır.

Hukuk ve ahlak kuramlarında Dworkin’in hak-temelli, ödev-temelli ve amaç-temelli üçlü ayrımını daha iyi anlayabilmek için hemen hemen dünyanın bütün anayasalarında yer alan işkence yasağını verebiliriz. Hepimiz işkenceye karşıyızdır. Eğer bizim bu işkenceye karşı olmamız işkence kurbanının ıstırabını temel alıyorsa yaklaşımımız hak-temelli olacaktır. Eğer biz işkencenin

işkence yapmaı küçülttüğüne inanıyorsak, işkence yasağına yaklaşımımızın ödev-temelli olduğu söylenecektir. Eğer biz işkenceyi sadece işkencenin dışında kalanların menfaatlerini de etkilediğinde kabul edilemez bulursak, bu yaklaşımımızın ise yararlı bir amaç taşıdığı veya amaç-temelli olduğu söylenecektir. Yineleyelim Ronald Dworkin'in 'haklar tezi' hakların genel yarar düşüncelerinden önce geldiği anlamına gelmektedir (Wacks, 2005, 273) ve yazara göre vatandaşların devlete karşı ahlaki hakları olduğu son derece açıktır.<sup>11</sup>

Hak temelli yaklaşımın daha iyi anlaşılabilmesi için ülkemizden mayo reklamları tartışmasını verebiliriz. Türkiye'nin önde gelen mayo firmaları Kom, Nelson, Ay-Yıldız ve Zeki Triko, İstanbul'daki reklam panolarına mayolu mankenlerin fotoğraflarından oluşan afişlerini astırmak istemiş; ancak panoları kiralayan reklam ajansları, "Belediye bu tür afişlerin asılmasını istemiyor" diyerek mayocuları geri çevirince ülkemizde bu konuda tartışma çıkmıştır. Tartışma "yaşam biçimi" ve "laiklik" temelinde yapılmıştır. Mayo reklamı tartışması gerçekte "yaşam biçimi" konusundaki tartışmanın ne denli yanlış ortaya konduğunu bize göstermektedir. Bikini ile denize girme özgürlüğü ülkemizde laiklik kavramı kullanılarak korunmaya çalışılmaktadır. Oysa mayo ile denize girme özgürlüğü hak temelli bir yaklaşımla da korunabilir. Bikini giymek kuşkusuz bir haktır. Bu hakka sahip olmakla, bu hakkı inanç farklılıklarından kaynaklanan baskı ve zorlamalardan korumak için laiklik ilkesine başvurmak birbirinden farklı şeylerdir; çünkü bikini giymek laik yaşam biçimi değildir. Bikini giymeyenler veya bikini giymeyi doğru bulmayanlar da laik bir yaşam biçimine sahip olabilirler. Laiklik ilkesine dayanılarak bikini ile denize girme özgürlüğü savunulurken, bu özgürlüğe dinsel gerekçelerle sınırlama getirilmesine engel olunmaktadır. Mayo reklamında işin aslında sergilenen kadın bedeni olduğu ve buna itirazın dinsel nedenlerle değil de, insan onuru ve kadının kişiliğini vurgulayarak feministlerden geldiğinde bikini giyme özgürlüğünün laiklik ilkesiyle korunması mümkün olamayacaktır. Yine mayo reklamlarını laiklik adına savunduğumuz zaman bu reklamlara genel toplumsal ahlak adına veya feministler gibi insan onuruna başvurarak karşı çıkanları laiklik düşmanı olarak kabul etmek nasıl mümkün olabilir? Demek ki, farklı yaşam biçimlerini laiklik ilkesine başvurmadan özgürlükleri genişleterek ve hak temelli yaklaşımla çok daha iyi ve herkese karşı koruyabiliriz. Ayrıca çağımızda hakların koruma alanlarının gittikçe genişlediğine de tanık

11 Ahlaki hakları olanların her zaman hukuki haklara sahip oldukları söylenemez. Örneğin hisseden hayvanların ahlaki sūjeye sahip oldukları ve bu nedenle de ahlaki hakları bulunduğu söylenebilirse de bu hayvanların her zaman hukuk tarafından tanınan hakları olmayabilir.

olunmaktadır (Loughlin, 2000: 204). Laiklik ilkesi temel alınarak koruma sağlandığında, bu yasaklarla bir koruma olacaktır. Ayrıca bu durum laiklik ilkesine gereğinden fazla bir yük getirmek de demektir (Türköne, 2007).

Pornografik yayın izleme konusu hak temelli yaklaşımı daha da iyi açıklayacaktır; çünkü hemen hemen herkes pornografinin hiçbir yararının olmadığını, aksine kişiye ve topluma çeşitli zararlar verebileceğini kabul etmektedir. Bir başka deyişle, pornografinin herhangi bir yararının olabileceğini savunabilmek ve bu yolla pornografiyi bir hak olarak kabul edebilmek hemen hemen imkansızdır. Ama eğer biz pornografik yayın izlemeyi ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak düşünüp ifade özgürlüğü çatısı altında bir hak olarak kabul edecek olursak, bu hakkı da bu konudaki düşüncelerimiz ne olursa olsun korumak zorundayız.

Ronald Dworkin'e göre hak sözcüğünün değişik bağlamlarda değişik anlamları vardır. Çoğunlukla bir kişinin bir şeye hakkı vardır dediğimizde bu şeyi yapmasına karışmamızın yanlış olacağını veya en azından bu müdahalenin bazı özel nedenlerle haklılaştırılmasını anlamaktayız. Bu sizin paranızı kumar oynayarak harcamaya hakkınız vardır; ama paranızı daha yararlı bir şekilde kullanmanız daha iyi olabilir dediğimde, hak kavramını bu güçlü anlamında kullanmaktayım. Yani her ne kadar sizin kumarda para harcamanızı doğru bulmuyorsam da, size bu konuda başkalarının karışmasının yanlış olacağını düşünmekteyim (Dworkin, 1977: 188).

O halde bir kimsenin bir şeye hakkı olmasıyla yaptığı işin doğru olma anlamında haklı olması arasında fark vardır. Gerçekleşmesi durumunda yanlış bir şey olacak olmasına rağmen, o kişinin bu yanlış şeyi yapma hakkı vardır. Bu hakkın güçlü anlaşılışdır. Yine yapılması doğru olacak bir şey olmasına karşın, kişinin onu yapabilme hakkı olmayabilir (Dworkin, 1977: 188). Anayasa tarafından bazı ahlaki haklar anayasal haklara dönüştürülmüştür (Dworkin, 1977: 190). Bütün hukuki haklar hatta anayasal haklar Devlete karşı ahlaki hakları temsil etmez. Ronald Dworkin'e göre Anayasada yer alan ifade özgürlüğü gibi temel haklar devlete karşı kullanılacak ahlaki haklar olup, hak kavramının güçlü anlaşılışını temsil ederler.

Devlete karşı olan bireysel haklar, yarışan haklar durumunda, yani bir başka bireysel hakkı korumak için sınırlandırılabilir. Örneğin, ifade özgürlüğü mahremiyet hakkı nedeniyle sınırlandırılabilir. Sınırlandırma yapılırken daha önemli olan hak korunmalıdır (Dworkin, 1977: 193). Dworkin'e göre devlete karşı bireysel haklar olağanüstü hallerde, tehlike durumlarında da sınırlandırılabilir. Ancak bu tehlikenin gerçek bir tehlike olması ve yine bu tehlikenin açık ve mevcut bir tehlike olması gerekir (Dworkin, 1977: 195).



Ronald Dworkin'e göre eğer bir kişinin belirli bir ahlaki hakkı varsa, bu hak tersine çıkan yasalara ve mahkeme kararlarına rağmen varlığını sürdürecektir. Hakları ciddiye alan herkes bunun ne anlama geldiğini düşünmelidir. En azından şu iki önemli düşünceyi kabul etmek gerekir. Bunlardan ilki belirsiz bir kavram olmasına rağmen güçlü insanlık onuru düşüncesidir. Bu düşünce Kant'tan kaynaklanmaktadır ve değişik felsefe okulları tarafından savunulan bu görüşe göre insani insan topluluğunun tam bir üyesi olarak tanımayla çelişen davranma yolları doğru ve adil olarak kabul edilemez. İkincisi daha tanıdık bir kavram olan siyasal eşitlik. Bu kavram siyasal topluluğun zayıf üyelerinin daha güçlü üyeleri gibi aynı ilgi ve saygıya sahip olmaları gerektiği anlamına gelir (Dworkin, 1977: 198-199). Eğer bir hak, örneğin ifade özgürlüğü gibi, kişinin onurunu korumak veya eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse kişinin devlete karşı (güçlü anlamında) bir hakka sahip olduğunu söylemenin bir anlamı olacaktır (Dworkin, 1977: 199).

O halde eğer haklar bir anlam ifade ediyorsa, önemli bir hakkın ihlal edilmesi de çok ciddi bir sorundur. Bu o kişiye daha az insan gibi davranmak veya diğer insanlardan daha az ilgiye layık olduğunu belirtmek anlamına gelir. Hakların kurumsal olarak düzenlenip korunması hak ihlallerinin toplumda büyük bir adaletsizlik yarattığı inancından kaynaklanır (Dworkin, 1977: 199).

Dworkin'e göre bir hak bir kez kabul edildiğinde devlet bu hakkı orijinal hakkın dayandığı varsayımlarla uyumlu olmak üzere ancak zorlayıcı nedenlerle kısıtlayabilir. Bir hak bir kez kabul edildikten sonra bu hakkı genişletmek için toplumun bazı şeyler ödemek zorunda kalacağı nedeniyle ortadan kaldırılamaz. Devletin hakkı yaygınlaştırmadaki başarısızlığı hakkın tanınmasının bir düzmece olduğunu bize gösterecektir. Örneğin eğer bir kişinin ifade özgürlüğü varsa, bu hakkı destekleyen nedenler kışkırtıcı siyasal konuşmalara yayılabiliyorsa ve böyle bir konuşmanın şiddetle bağlantısı açık değilse, devlet bu hakkı sınırlandıramamalıdır. Konuşanın motifleri de o kişiyi susturmak için bir gerekçe oluşturamaz. Kuşkusuz eğer ifade özgürlüğü kişiye veya başkalarının mallarına zarar verecek olursa ve bu zararı başka türlü önlemenin olanağı da yoksa, işte o zaman, örneğin tiyatrodaki 'yangın var' diye bir kişinin bağırması durumunda olduğu gibi, o kişi susturulabilir (Dworkin, 1977: 203-204).

Hakların kabul edilmesi demek, Dworkin'e göre çoğunluğun her istediğini istediği hızda gerçekleştirememesi demektir. Yasaların büyük bir çoğunluğu –sosyal, ekonomik ve dış siyasetle ilgili yasalar- yansız olamaz çünkü bu yasalar çoğunluğun ortak yararları ile ilgili görüşlerini yansıtır. Ancak hak ve özgürlükler konusu çok farklıdır. Haklar çoğunluğun azınlığa onurunu koruyacağı ve eşit davranılma hakkına saygı göstereceği yolunda verdiği sözdür. Gruplar arasındaki bölünmeler çok şiddetli olduğunda, eğer hukukun

çalışması isteniyorsa, bu jest çok daha samimi olmak zorundadır. Dworkin bu konuda aynen şunu belirtmektedir: “Eğer devlet hakları ciddiye almıyorsa, o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir (Dworkin, 1977: 205).”

Dworkin’e göre insan hakları kavramını hakların en temelini ve evrenselini tanımlamak üzere kullanıyoruz; bir devlet hakkında insan haklarını ihlal ettiğinden daha ciddi bir yakınma söz konusu olamaz. Uluslararası antlaşmalar temel insan haklarını tanımlamayı ve korumayı amaçlamaktadır. Ama antlaşmalar kaçınılmaz olarak değişik geleneklere ve menfaatlere sahip farklı uluslararası uzlaşmalar sonucunda ortaya çıkarlar ve bu nedenle de çoğunlukla gerçek insan haklarını tam ve doğru bir biçimde yansıtmakta başarısızdır. O halde uluslararası antlaşmaların bütün insan haklarını belirlediği söylenemez. Bunun yanında bir devletin uluslararası antlaşmalara göre haklı olması o devleti ahlaki bakımdan insan haklarını gerçekleştirme yükümlülüğünden de kurtarmaz (Dworkin, 2006: 28-29) .

Ronald Dworkin’e göre devletler çeşitli nedenlerle hakları yasal haklar haline dönüştürürler. Bazı yasal haklar da özel bir gücü ve rolü olan anayasal haklara dönüşebilir. Anayasal haklar hükümetlerin her istediklerini yasa olarak düzenleyebilmelerini engeller. Anayasal hakları biz insanların sahip oldukları ahlaki haklara dayandırarak haklılaştırırız. Ahlaki veya siyasal haklar diğer insanlara karşı değil, devlete karşı kullanılabilen haklardır (Dworkin, 2006: 31).

Bazı insanların belirli menfaatleri o denli önemlidir ki, bu menfaatleri bazı yararlar için feda etmek ahlaki bakımdan yanlış olacaktır. Siyasal haklar bu belirli ve önemli menfaatleri saptayan ve koruyan haklardır. Siyasal hak siyasal bir işlemi normal olarak haklılaştıracak dengelemede koz olarak kullanılabilen bir haktır. Bizler siyasal haklara sadece yasal hakları haklılaştırmada ve açıklamada başvurmayız; aynı zamanda devletin yasal hak olarak kabul etmedikleri hakları belirlemede ve bu konuda devleti ve yönetenleri eleştirmede de kullanırız (Dworkin, 2006: 31) .

Ronald Dworkin hukuk ile ahlak arasında kesin bir ayırım olduğu görüşünü reddeder. Dworkin hukuksal süreçte yargıya önemli bir yer verir ve yargıçların yasaların uygulanmasında siyasal bir role sahip olduklarını ileri sürer. Bir hukuk sistemi Dworkin’e göre açıkça belirlenmiş ve düzenlenmiş normların yanında *hukuksal ilkelerden* de oluşur. Hukuksal ilkeler yargıçların “zor davalarda” neye hükmedeceklerine ilişkin derinlemesine düşünüp tartışacakları bir takım kurallardır. Bu ilkeler yargıçlara takdir yetkisi sağlar. Zor davalarda yargıçlar takdir yetkilerini ahlaki ilkelere göre kullanmalıdırlar. Dworkin ahlak ile hukuk arasında yakın bir ilişki olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca Dworkin’in kişilerin haklarını her türlü yararçı argüman ve savlara karşı

ileri sürebilecekleri “kozlar” olarak düşündüğünü de unutmamak gerekir (Dworkin, 1986).

Ronald Dworkin anayasanın belirli bir biçimde okunması ve uygulanması gerektiğini söylemektedir. Bu okunuş yazara göre Anayasanın “ahlâksal okunuş”u olarak adlandırılabilir. Bu konuda yazar aynen şunları belirtmektedir:

“...Çoğu çağdaş anayasalar devlet karşısında kişilerin sahip oldukları bireysel hakları Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının Birinci Değişikliğinde Kongre’nin “ifade özgürlüğünü” sınırlanamayacağı biçimindeki hükümde örneğini gördüğümüz gibi, geniş ve soyut bir ifadeyle kurallaştırmaktadırlar. Anayasanın ahlaksal okunuşu hepimizin –yargıçlar, hukukçular, vatandaşlar- bu soyut hükümleri siyasal dürüstlük ve adalet konusundaki ahlaksal çağrışımları göz önüne alarak yorum yapmamızı ve uygulamamızı gerektirir. Örneğin, Birinci Değişiklik - hükümetin vatandaşların söylediklerinin ve yayımladıklarının denetlenmesinin veya sansür edilmesinin yanlış olduğu yolunda- bir ahlaksal ilkeyi tanımaktadır. Bu nedenle yeni ve tartışmalı bir anayasal sorun ortaya çıktığında – örneğin Birinci Değişiklik’in pornografiye izin verip vermediği gibi- bu konuda düşünce sahibi olması gereken kişilerin soyut ahlaksal bir ilkenin en iyi nasıl anlaşılması gerektiği konusunda karar vermesi gerekecektir. Sansürü yasaklayan ahlaksal ilkenin gerçek temelini, yine bu ilkenin Amerikan hukukuyla bütünleşme biçimi göz önüne alındığında, pornografiyi de kapsayıp kapsamayacağına karar vermeleri zorunluluğu ortaya çıkar.”

“Bu nedenle Anayasanın ahlaksal okunuşu siyasal ahlakı anayasa hukukunun kalbine yerleştirmektedir. Ancak siyasal ahlak kendiliğinden belirsiz ve tartışmalıdır; bu nedenle siyasal ahlakı hukukun bir parçası durumuna getiren bir devlet sistemi bu konuda kimin yorumunun ve anlayışının bağlayıcı olacağına da karar vermesi gerekir. Amerikan sisteminde yargıçlar –en sonunda Yüksek Mahkeme yargıçları- bu yetkiye sahiptir ve bu durumu eleştirenler yargıçların kendi ahlaksal inançlarını kamuya mutlak bir biçimde dayattıklarını söylemektedirler (Dworkin, 1996: 2).”

Anayasanın özgürlükleri ciddiye olarak okunuşu acaba her türlü anayasa için geçerli midir? Ronald Dworkin’in anayasanın ahlaksal okunuşu sadece Amerika Birleşik Devletleri Anayasası açısından geçerlidir? Özgürlükçü demokratik rejime sahip olmayan ülkelerin anayasalarının özgürlükçü yorumu kuşkusuz ki zordur. Bu ülkelerde bu tür yorumlar yapmak her zaman mümkün

olamayabilir. Ancak mahkemeler isterlerse hakları temel alan yorumlarıyla anayasaları yorumlayabilirler.

## **ANAYASA YARGISININ TEMEL GÖREVİ**

Çağımızda çeşitli nedenler anayasa mahkemelerinin anayasalarda genel kabul görmesine neden olmuştur. Kuşkusuz anayasa mahkemelerinin demokratik yönetimin pekiştirilmesinde ve sürdürülmesinde önemli işlevlere sahip oldukları söylenebilir. Bu mahkemeler insan haklarının uygulanmasını ve devlet organları arasındaki yetkilerin belirlenmesini gerçekleştirebilirler. Anayasal sorunları çözümlenerek ve anayasa hükümlerinin uygulanmasını sağlayarak, anayasa mahkemeleri siyasal iktidarın kullanılmasını biçimlendirip yönlendirerek anayasaların sadece sembolik ve özlenen idealleri ifade eden süslü sözler olmalarının ötesinde, yaşayan belgeler durumuna gelmelerine de neden olurlar. Bir başka deyişle, anayasa mahkemeleri rejimin sadece demokratik olmasını değil, aynı zamanda hukuk devleti olmasını da sağlarlar. Ancak anayasa mahkemelerinin hepsi bu değerli amaçları gerçekleştirememektedir. Bazıları güçsüz yapılara dönüşmekte, bazıları kamunun saygısını kazanamamakta, bazıları kararlarına uyulmasını ve siyasetçilerin iştahlarını frenlemede başarılı olamayabilmektedirler. Yine bazıları da siyasal sistem içinde yasamanın ve yürütmenin neler yapmalarını veya yapmamalarını dikte ettiren, *halkın iradesini engelleyen ve gereksiz olarak siyasete müdahale edebilen* siyasal yapılara dönüşebilmektedir (Horowitz, 2006: 126) .

Ülkemizde “devletin sahipleri” arasında sayılabilecek olan Anayasa Mahkemesinin demokrasi açısından daha az sorunlu bir duruma getirilmesi gerekmektedir. Bunun için ilk olarak yargıçların kendi kendilerini sınırlandırma (judicial self-restraint) gibi bir özelliğe sahip olmaları gerekir. Bir başka deyişle, anayasa yargıçları aktivist bir tutum yerine kendi kendini sınırlandırma yaklaşımını izlemelidir. Anayasa yargısı bazı şeyleri yapma iktidarını engelleme olduğundan, devletin diğer siyasal organlarına gerekli saygıyı göstererek, gücünü ılımlılık veya ölçülülük içinde kullanmalıdır.

Ayrıca anayasa yargısının demokrasi açısından daha az sorunlu bir duruma gelmesi için Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçiminde ulusal iradenin temsilcisi konumunda olan parlamentolara ağırlık vermek doğru olacaktır. Yine yargıçların görevlerini belli bir süreyle sınırlandırmak da düşünülebilir. Anayasa Mahkemelerine çok geniş ve belirsiz yetkiler vermemek gerekir; çünkü bu ülkedeki demokratik sesi kısmak anlamına gelebilir. Güçlü bir yargı denetimi ve buna bağlı olarak anayasa mahkemelerinin siyasete müdahale etmeleri demokrasinin yerleşmesi açısından sakıncalıdır. Yeni kurulan demokrasilerin veya pekişmiş demokrasiye sahip olmayan ülkelerin ilk

gereksinimi anayasa mahkemeleri değildir. Bu ülkelerin öncelikle yerleşik parlamentolara gereksinimi vardır (Erdoğan, 2005: 17-18) .

Anayasa mahkemelerinin yetkileri çok dikkatli bir biçimde belirlenmelidir. Ülkemizde Anayasa Mahkemesinin temel görevi olan yasaların ve anayasada belirlenen diğer normların anayasaya uygunluğunu denetleme görevi dışındaki bütün görevleri kaldırılmalıdır. Hemen hemen her zaman muhalefetin muhalefet yapmasında siyasal bir araç olarak kullandığı iptal davası kaldırılarak (Hazama,1996: 324-325), bunun yerine hak ve özgürlükleri zedelenen herkesin Anayasa Mahkemesine bireysel olarak başvuruda bulunma hakkı tanınmalıdır. Bunlar yapıldığında Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruluğu daha az tartışmalı bir duruma gelecektir. Anayasaya aykırılığın mahkemeler tarafından Anayasa Mahkemesine getirilmesi, itiraz yolu yani somut norm denetimi ise muhafaza edilmelidir.

Anayasa Mahkemeleri konusunda Donald L. Horowitz aynen şunları belirtmektedir:

“Kısaca belirtmek gerekirse anayasa yargısı olağan mahkemeler veya anayasa mahkemesi tarafından yerine getirilebilir. Dikkatli bir biçimde tasarlanmış ve uygun bir biçimde yetkileri sınırlandırılmış bir anayasa mahkemesinin hukuk devletinin yaratılmasında sayılamayacak kadar çok yararı vardır. Bunun yanında yetkileri yeteri ölçüde belirlenmemiş veya kötü bir biçimde belirlenmiş bir anayasa mahkemesi kurulacak olursa böyle bir mahkeme siyasal tartışmaların objesi haline gelebileceği gibi; demokrasiye engel ve hukuk sisteminin gelişmesinde de negatif etkileri olacaktır (Horowitz, 2006: 136).”

Özgürlükçü demokratik rejim ülkeden ülkeye bazı değişiklikler göstermekle birlikte bu rejimin vazgeçilmez koşulları serbest seçimler, serbestçe örgütlenen siyasal partiler ve insan haklarının tanınmış ve güvenceye bağlanmış olmasıdır. Çağımızın demokrasisi özgürlükçü demokrasidir (Özbudun, 2004, 82-83). İkinci Dünya Savaşı sonrasında Batı toplumlarında insan hakları on plana çıkmış ve anayasa yargısı da temelde insan haklarının korunmasını sağlayacak bir araç olarak düşünülmüştür. Bu görüşe göre demokrasi çoğunluğun iktidarı ile eş anlamlı kabul edilemez. Gerçek bir demokraside azınlıklar yasama organı tarafından dahi değiştirilemeyecek hukuksal güvenceye sahip olmalıdır. Bu güvencelerin koruyucusu ise yansız yargıçlardır. Eğer anayasa mahkemesi anayasaya uygunluk denetimini haklar ve özellikle insan hakları bağlamında yapabilirlerse, yapılan bu denetim çağımızın demokratik devlet ilkesine aykırı olmayacak, tam tersine çağdaş demokrasi anlayışına uygun sayılabilecektir.

İnsan hakları ve ihlallerinin önlenmelerinin gereği ve önemi evrenselleşmiş temel bir ilkedir. Anayasa yargısı büyük ölçüde insan haklarını güvence altına almak için gelişmiş bir kurumdur (Horowitz, 2006: 127). İnsan haklarının özelliklerini T. M. Scanlon'dan aktaracağımız alıntı bize çok iyi bir biçimde özetlemekte ve neden bu hakların bütün ülkelerce korunması gerektiğini de çok iyi bir biçimde göstermektedir:

“İnsan hakları özellikle etik düşüncesinin önemli bir sınıfı olarak ele alınabilir. İnsan haklarının sistematik ve yoğun bir biçimde ihlali sadece belirli bir ideali karşılamada başarısızlık olarak değil, siyasi kurumlar için *asgari* standartların altına düşen bir durum olarak görülür. İkincisi insan haklarının *geniş uygulaması* söz konusudur. İnsan hakları sadece bu hakları yasal kurumlarında tanıyan ve siyasal gelenekleri ile ekonomik gelişmeleri ‘bize benzeyen’ ülkelere değil, hemen hemen bütün ülkelere uygulanır. İnsan hakları diğer siyasal ve sosyal sorunlar gibi tartışılmalı değildir. Bu herkesin bunlara saygı gösterdiği veya bu hakların neler olduğu konusunda herkesin anlaştığı anlamına da gelmez. Ama temel insan hakları siyasal ilkeleri oldukça birbirinden farklı ülkelerin anayasalarının hemen hepsinde yer almaktadır. İnsan haklarının bu kabul biçimi ve insan hakları ihlallerinin sadece belirli ideolojik renkteki devletlerle sınırlı kalmamaları ve hem sağda hem solda yer alan ülkelere ihlal edilebilmeleri, insan haklarıyla ilgilenmenin dünyanın temel ekonomik ve siyasal bölünmesi karşısında nötr bir olgu ve eylem olarak düşünülmesine destek sağlamaktadır. Bu nedenle siyasal aidiyetimiz ne olursa olsun, insan hakları ihlalleri ister sağda veya solda olan rejimler tarafından, ister parlamenter demokrasiler, ister askeri diktatörlükler, ister monarşiler tarafından gerçekleştirilsin bu ihlallere karşı gelmemiz için haklı gerekçelerimiz söz konusudur. Bu *ideolojik nötrlük* yanında genellikle insan haklarının partizan siyasal sorunlardan *büyük ölçüde ayrılabilceği* savunulmakta veya en azından böyle düşünülmektedir. Bu nedenle bir ülkede insan hakları ihlallerinin durdurulmasını istemek rejim değişikliğini istemeyi gerektirmez. Kişi hükümete karşı gelmeden veya muhalefeti desteklemeden hükümetin yaptıklarına karşı gelebilir (Scanlon, 2003: 113).”

Ünlü filozof Isaiah Berlin'e göre de özgürlük diğer değerlerden daha önemlidir. Temel haklarla bağlantılı değerlerin diğer değerlerle çatışması durumunda, temel hakların diğer değerlerin önüne geçmesi zorunludur. İşte bunlar sağlandığında bu toplumlarda bireysel özgürlüğün asgari alanı da ihlal edilmemiş olacaktır. Berlin özgürlüğün önemini şu şekilde açıklamaktadır:

“...Constant, Mill, Tocqueville ve benimsedikleri liberal geleneğe göre, hiçbir toplum birbiriyle ilişkili şu iki ilke tarafından yönetilmedikçe

özgür olamaz: İlk olarak haklar dışında hiçbir yetki veya iktidar mutlak olarak kabul edilemez ve bu nedenle bir ülkeyi hangi iktidar yönetirse yönetsin herkesin insanlık dışı davranışı reddetme konusunda mutlak bir hakkı vardır; ve ikinci olarak, yapay olarak çizilmemiş, içinde insanların zedelenmemesi gerektiği bazı sınırlar vardır; bu sınırlar o kadar uzun süredir ve yaygın olarak kabul edilmiştir ki, bunlara uyma normal insan olma kavramının içinde görülmüştür ve bu nedenle de aksi delilik ve insanlık dışı kavramları akla getirir olmuştur. Örneğin bir mahkeme veya egemen bir organ tarafından bu kuralların ortadan kaldırılabileceğini söylemek saçmalamak olarak düşünülecektir. Normal bir insandan söz ettiğimde söylemek istediğimin bir yönü de insanın tiksinti ve pişmanlık duymadan bu kuralları kolayca savsaklayamayacağıdır. Yargılanmadan kişinin suçlu ilan edilmesi durumunda, geçmişe yürüyen yasalarla kişiler cezalandırıldığında, çocuklar anne ve babalarını ihbar etmeye ve arkadaşlar birbirlerine ihanete zorlandığında, askerler barbarca yöntemlere başvurduklarında, insanlar işkenceye uğradıklarında veya öldürüldüklerinde veya azınlıklar ülkedeki çoğunluğu veya diktatörü kızdırdıkları için soykırımına uğradıklarında ihlal edilen kurallar bu gibi kurallardır. Bu gibi eylemler egemen kişi veya organlar tarafından yasal olarak gerçekleştirilse dahi büyük bir nefret ve tiksinti duygusu uyandıracaktır... (Berlin, 2002: 211).”

O halde yasama ve yürütmeden bağımsız olan anayasa mahkemelerinin insan hakları veya Berlin’e göre negatif hak ve özgürlükler konusunda aktivist bir tutum izlemeleri demokrasinin güçlendirilmesi bakımından olumlu olacağı gibi anayasa yargısının demokratik meşruluğu açısından da hiçbir sakınca taşımayacaktır.

## DEĞERLENDİRMELER

Anayasa yargısı demokratikleşmenin bir ürünüdür (Ginsburg, 2003: 261-262). Demokratik olmayan devletlerde anayasa yargısının olup olmasının bir anlam yoktur. Yasaların anayasaya uygunluğunun anayasa mahkemelerince denetlenmesinin demokratik meşruluğu tartışma konusu yapılmış olsa da, anayasa yargısının demokrasiyle birlikte ortaya çıktığını ve yine demokrasiyle birlikte geliştiğini belirtmek gerekir. Otoriter rejimler anayasa yargısına gerek duymazlar; duysalar dahi bu göstermelik bir anayasa yargısı olacaktır.

Anayasa yargısı demokrasiyle birlikte ortaya çıkmış olmasına rağmen acaba demokrasilerin pekişmesinde yararlı bir kurum olarak görülebilir mi? Buna evet diyebilmek için anayasa mahkemelerinin tutumuna bakmak gerekmektedir. Demokrasisi pekişmemiş ülkelerde hak ve özgürlükler dışında

aktivist veya müdahaleci bir anayasa yargısının hukukun siyasallaşmasına ve sonuç olarak demokrasinin aleyhine işlediğine tanık olunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin '367 kararı' bunun en tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır (Arslan, 2007).

Türkiye'de çok partili rejime geçilmesinden sonra ülkemizde Anayasa Yapan güç Silahlı Kuvvetler olmuştur. 1961 ve 1982 Anayasaları askerlerin yaptıkları anayasalardır. Ülkemizde Silahlı Kuvvetler Anayasa yapmakta ve bu Anayasayı da Anayasa Mahkemesi yorumlamaktadır. Askerlerin yaptığı 1961 ve 1982 Anayasaları otoriter nitelikleri olan ve ideolojik hükümler içeren Anayasalar olmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi üyelerinin zaman zaman, "Ne yapayım, ben bu Anayasayı koruyacağıma yemin ettim. Bana göre de demokratik ve özgürlükçü değil; ama yapılacak bir şey yok." dediklerine tanık olunmaktadır. Bundan kurtulmanın yolu en kısa sürede sivil bir Anayasanın yapılması olacaktır (Belge, 2007).

Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin 1. maddesinde "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler; birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar." denilmektedir. Bu madde uluslararası insan hakları belgelerinin temelinde bulunan insan hakları anlayışını dile getirmektedir. Yani insanların insan olmaları nedeniyle bazı özellikleri ve doğal olanakları bulunmaktadır. İnsanlara öyle davranılmalıdır ki, insanlar insan olma özelliklerini geliştirebilsinler (Kuçuradi, 2007: 56-57). Anayasa Mahkemesi yasaların anayasa uygunluğunu insan hakları temelinde gerçekleştirdiğinde kanımca demokratik meşruluğu da sorgulanamayacaktır.

Anayasa mahkemeleri liberal değerlere bağlı kalarak hak-temelli veya hak-eksenli bir yorum biçimi kabul ederlerse; yani devleti ve devletin resmi söylemini değil de, bireylerin hak ve özgürlüklerine öncelik veren bir yorumla anayasayı okuyabilirlerse, anayasa yargısı demokratik meşruluğu çoğaltan ve demokrasinin pekişmesine neden olan bir kuruma dönüşecektir. Bugünkü dünyada gelinen noktada insan hakları ulusal iradeyle birlikte demokrasinin tanımsal unsurunu oluşturmaktadır. Ve yine insan haklarının korunması da anayasa mahkemelerinin meşruluk temelini oluşturur. Anayasa yargıçları kararlarını bireylerin haklarını korumayı amaçlayan bir siyasal ilkedden kaynaklanan görüşlere dayandırmak zorundadır (Arslan, 2005: 240-242).

Yargı organının bağımsız olması kuşkusuz ki yargının tarafsızlığını sağlamada önemli bir araçtır; ama kurumsal bağımsızlık her zaman yargının tarafsızlığını sağlamayabilir; çünkü bağımsızlık kurumsal bir konu olmasına rağmen, tarafsızlık psikolojik bir olgudur. Yargıçlar yasaları otomatik olarak uygulayan birer makineye dönüştürülemezler. Yasaların veya anayasanın



uygulanması yorum yapmayı gerektirir. Her yorum da bir irade işlemi olması nedeniyle subjektiftir (Özbudun (c ), 2007).

Türkiye’de yargının bağımsızlığı kadar belki de ondan daha önemli olan yargının devletten bağımsızlığı bir başka deyişle tarafsızlığı sorunu bulunmaktadır. Türkiye’de yargı, asker ve sivil bürokratlar gibi kendisine siyaset üzerinde vesayetçi bir rol biçmiştir ve yargı kendini devletin sahipleri arasında görmektedir. Devletin çıkarlarıyla bireyin çıkarları birbiriyle çeliştiğinde mahkemeler hemen her zaman devlete öncelik vermektedir (Erdem, 2005 (a): 53-54; Erdem, 2005 (b): 127-132). Türkiye’de yargıçlar halk adına yetki kullanan bağımsız otoriteler olarak davranmamakta, tam tersine kendilerini yerleşik kurumsal yapı içinde devletin ve bu devletin ideolojisinin bekçileri olarak görmektedirler. Yargı organındaki bu vesayetçi zihniyet kurumsal reformlarla ortadan kaldırılamaz. Bir zihniyet devrimi gerekmektedir.

Türkiye’de demokratikleşme iradesi güçlü değildir ve ne yazık ki bu *güçsüzlüğü* yaratanlar arasında verdiği kararlarla (örneğin siyasi partilerin kapatılmaları gibi) yargı organı da yer almaktadır. Sanırım önce masaya yatırmamız ve çözüm bulmamız gereken temel sorun da yargının bu durumudur. Mahkemeler bireyin hak ve özgürlüklerine öncelik veren hak temelli bir yorum yöntemini benimsemesi durumunda çözüm kolaylaşacaktır. Bunun gerçekleşmesi ise liberal bir hukuk anlayışının toplumda egemen olmasını gerektirir.

## Kaynakça

### Kitap ve Makaleler

- ARSLAN, Zühtü (2005), *Anayasa Teorisi* (Ankara: Seçkin Yayınları).
- ARSLAN, Zühtü (28 Haziran 2007), “Gerekçeli ‘367’ Kararı’nın Düşündürdükleri,” *Zaman*.
- BELGE, Murat (15 Temmuz 2007), “Anayasanın ‘Ruhu’,” *Radikal*.
- BERLIN, Isaiah (2002), “Two Concepts of Liberty,” *Liberty*, der. Henry Hardy (New York: Oxford University Press): 166-217.
- BOBBIO, Norberto (1996), *The Age of Rights* (Cambridge: Polity Press) (Çev. Allan Cameron).
- COOK, Steven A. (2007), *Ruling But Not Governing: The Military and Political Development in Egypt, Algeria, and Turkey* (Baltimore: The John Hopkins University Press).
- DWORKIN, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 2002) (1977 tıpkı basım).
- DWORKIN, Ronald (1985), *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass: Harvard University Press)
- DWORKIN, Ronald (1986), *Law’s Empire* (London: Fortana).
- DWORKIN, Ronald (1996), *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge: Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (2006), *Is Democracy Possible Here?* (New Jersey: Princeton University Press).
- ERDEM, Fazıl Hüsnü (a) (2005), “Türkiye’de ‘İdeolojik Devlet’ Gölgesinde Yargı Bağımsızlığı Sorunu,” *Demokrasi Platformu* (Yıl 1 Sayı 2): 51-69.

- ERDEM, Fazıl Hüsnü (b) (2005), "Yargının, Siyasi İktidar ve Devlet İktidarı Karşısında Bağımsızlığı Sorunu," *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi* (Yıl III Sayı 6): 127-132.
- ERDOĞAN, Mustafa. (2005), "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Sayı 3): 1-22.
- ERDOĞAN, Mustafa (27 Nisan 2007), "'367' fanteziden başka bir şey değil!," *Zaman*.
- GINSBURG, Tom (2003), *Judicial Review in New Democracies* (Cambridge: Cambridge University Press).
- GÖZLER, Kemal (2006), "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Cilt 61 No 3): 131-166.
- HANIOĞLU, M. Şükrü "Kavramlar Yorumlanmalı, Tartışılmalı mı? (I)," *Zaman* 18 Mayıs 2007.
- HANIOĞLU, M. Şükrü (19 Mayıs 2007), "Kavramlar Yorumlanmalı, Tartışılmalı mı? (II)" *Zaman*.
- HAZAMA, Yasushi (1996), "Constitutional Review and the Parliamentary Opposition in Turkey," *The Developing Economies*, (XXXIV-3): 316-338.
- HOROWITZ, Donald L. (2006), "On Constitutional Courts," *Journal of Democracy* (October 2006): 125-137.
- ILICAK, Nazlı (2007), *27 Mayıs Yargılanıyor* (İstanbul: Merkez Kitaplar, 2007). Bu kitabın ilk baskısı 1975 yılında iki cilt olarak yapılmıştır.
- İNSEL, Ahmet (2007), "Pretoryen Devlet ve Sahipleri," *Birikim* (Haziran 2007): 17-21.
- KOÇAK, Cemil (2004), "Some Views on the Turkish Single Party Regime During the İnönü Period (1938-45)," ATABAKI, Touraj / ZÜRCHER, Erik J. (eds.) *Men of Order: Authoritarian Modernization under Atatürk and Reza Shah* (London: I.B.Tauris):113-129.
- KUÇURADİ, İoanna (2007), *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları* (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu).
- LOUGHLIN, Martin (2000), *Sword & Scales: An Examination of the Relations Between Law & Politics* (Oxford: Hart Publishing).
- LOUGHLIN, Martin (2004), *The Idea of Public Law* (Oxford: Oxford University Press).
- ÖZBUDUN, Ergun (2004), *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları: 8. Baskı).
- ÖZBUDUN, Ergun (2005), "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu," ERGÜL, Ozan (der.), *Demokrasi ve Yargı Sempozyum 04-06 Ocak 2005* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını): 336-351.
- ÖZBUDUN, Ergun (26 Temmuz 2007), "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı," *Zaman*.
- PARLA, Taha (2002), *Türkiye'de Anayasalar* (İstanbul: İletişim Yayınları, Genişletilmiş Yeni Baskı).
- PARLA, Taha (2007), *Türk Sorunu Üstüne Yazılar 1998-2007* (İstanbul: Urun Yayınları).
- SCANLON, T. M. (2003), *The Difficulty of Tolerance: Essays in Political Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press).
- TÜRKÖNE, Mümtaz'er (20 Mayıs 2007), "Mayo Reklamlarındaki Laiklik İllüzyonu!," *Zaman*.
- ULUŞAHİN, Nur (2007) (a), "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması," *Ankara Barosu Dergisi*, (Bahar 2007): 18-30.
- ULUŞAHİN, Nur (17 Haziran 2007) (b), "Kraliçenin Tesellisi," *Radikal İki*.

### **Türk Anayasa Mahkemesi Kararları**

- E. 2007/45, K. 2007/54, k.t., 1.5.2007, *Resmî Gazete*, 27 Haziran 2007, Sayı: 26565, s. 1-16.
- E. 1989/1, K. 1989/12, k.t., 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. 133-165.