

KELSEN VE SCHMITT'İN PERSPEKTİFLERİNDE ANAYASA YARGISININ ONTOLOJİK TEMELLERİ VE KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ (*)

Ontological Foundations and Comparative Analysis of Constitutional Judiciary in the Perspectives of Kelsen and Schmitt

  **Eylem ÇAKMAZ (**)**
  **Anıl ÇETİNKAYA (***)**

ÖZET

Anayasanın üstünlüğü, normlar hiyerarşisi, kuvvetler ayrılığı, egemenlik ve demokrasi gibi kavramlar, anayasal denetim ve anayasanın koruyuculuğu tartışmalarının temelini oluşturur. Bu bağlamda, Hans Kelsen ve Carl Schmitt, anayasa yargısının teorik temelleri konusunda birbirine zıt yaklaşımlar geliştirmiştir. Kelsen, saf hukuk teorisi bağlamında normlar hiyerarşisinin anayasa yargısının temelini oluşturduğunu ifade etmiş ve yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bağımsız ve merkezi bir Anayasa Mahkemesi'nin gerektiğini savunmuştur. Buna karşılık Schmitt, anayasa yargısının uygulanabilirliğini reddetmiştir. Schmitt'e göre, yasama ile ilgili hukuki kararlar veren organlar siyasi denetim işlevi göreceklerinden anayasa yargısı anayasanın koruyucusu olamaz. Anayasanın korunması görevi, hukuki bir denetim organından ziyade yalnızca egemen güç tarafından yerine getirilebilir. Bu iki farklı teorik yaklaşım, anayasa yargısının ontolojik temellerini anlamak açısından hukukun

* Teorik makale.

(Theoretical Article).

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.

(This article has been checked for plagiarism and peer reviewed).

Gönderim Tarihi (Submitted): 18.01.2025. Kabul Tarihi (Accepted): 03.02.2025.

** Dr. Öğretim Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü.

*** Avukat, Doktora Öğrencisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü.

yalnızca normatif bir düzlemde işlev görüp görmediği ya da siyasi kararların doğasının hukukun bir parçası olarak kabul edilip edilmediği tartışmasını beraberinde getirmektedir. Çalışma, Kelsen'in normatif bakış açısıyla Schmitt'in ise, siyasi gerçekliğe vurgu yapan yaklaşımı karşılaştırılarak anayasa yargısının temel sorunlarına ışık tutması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Anayasal Denetim.

ABSTRACT

Judicial review concepts such as the supremacy of the constitution, the hierarchy of norms, the separation of powers, sovereignty, and democracy form the foundation of debates concerning constitutional review and the protection of the constitution. Within this framework, Hans Kelsen and Carl Schmitt have developed divergent theoretical approaches to the fundamental principles of constitutional adjudication. Kelsen, grounded in his pure theory of law, argued that the hierarchy of norms constitutes the basis of constitutional jurisdiction. He advocated for the establishment of an independent and centralized Constitutional Court tasked with reviewing the constitutionality of laws. In contrast, Schmitt opposed the applicability of constitutional review, asserting that the judiciary cannot act as the guardian of the constitution. According to Schmitt, when legal judgments are rendered on legislative acts, such judicial bodies inevitably engage in political oversight. Thus, the role of safeguarding the constitution, in his view, can only be entrusted to sovereign power, rather than a judicial review mechanism. These two opposing theoretical approaches provoke a critical debate regarding the ontological foundations of modern constitutional jurisprudence; Does law operate solely within a normative framework, or must the inherent political dimensions of legal decisions also be recognized? This study seeks to illuminate the fundamental issues surrounding constitutional jurisdiction by comparing the normative perspective underpinning Kelsen's legal theory with Schmitt's approach, which emphasizes political realities.

Key Words: Constitutional Jurisdiction, Constitutional Court, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Judicial Review.

GİRİŞ

Modern anlamda anayasa yargısının gelişimi, anayasaların üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağı görüşünün kabul edilmesiyle başlamıştır. Bu gelişimin ilk önemli adımlarından biri, 1803 tarihli Marbury v. Madison davasıdır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (The Supreme Court) Başyargıcı John Marshall, anayasa ile kanunlar arasında bir çatışma durumunda anayasaya üstünlük tanınması gerektiğini ortaya koymuş ve anayasa yargısının temelini oluşturmuştur. Ancak, Marbury v. Madison davasının ardından anayasa yargısına ilişkin tartışmalar, özellikle Kıta Avrupası'nda, anayasa yargısının uygulanabilirliği ve kurumlaşması bağlamında çok daha sonra şekillenmiştir. 20. yüzyılın başlarında Hans Kelsen ve Carl Schmitt arasında anayasa yargısının niteliği ve anayasanın korunması konusundaki görüş ayrılıkları, bu tartışmaların önemli bir parçasını oluşturmuştur. Kelsen, anayasanın üstünlüğünü korumak için merkezi ve bağımsız bir Anayasa Mahkemesi'nin gerekliliğini savunmuş, anayasaya aykırı normların iptali yoluyla anayasal güvencelerin sağlanabileceğini ileri sürmüştür. Normlar hiyerarşisi teorisine dayanan bu yaklaşımda, en üstte "*Grundnorm/temel norm*" bulunur ve bu norm, diğer tüm normların geçerlilik kaynağı olarak kabul edilen varsayımsal normdur. Anayasa geçerliliğini bu temel normdan alır. Buna karşılık, Schmitt anayasanın koruyucusu olarak devleti temsil eden egemeni diğer bir değişle devlet başkanını öne çıkararak, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi makamların kararlarını denetlemesi nedeniyle bir siyasi kurum niteliği taşıdığını ileri sürmüştür. Liberal bir hukuk devletinde yasama organının üstünlüğü esastır ve yargı organlarının anayasal denetim yaparak yasama organı üzerinde nüfuz sahibi olması, yargının hukuku yaratıcı bir rol üstlenmesine neden olacaktır. Kelsen ve Schmitt arasındaki görüş farklılıkları, anayasa, demokrasi, egemenlik ve anayasa yargısına yükledikleri anlamlar ve hukuk politikası tercihlerinden kaynaklanmaktadır.

Bu çalışma, anayasa yargısının ontolojik temellerini Kelsen ve Schmitt'in teorik yaklaşımları ışığında mukayeseli olarak incelemeyi amaçlamaktadır. Üç ana bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümde, Kelsen'in anayasa yargısına dair teorik yaklaşımları detaylandırılmaktadır. Bu bağlamda, Kelsen'in "*Saf Hukuk Teorisi*" temelinde anayasa, demokrasi ve anayasa yargısı ilişkisine dair görüşleri ile normlar hiyerarşisi yaklaşımı analiz edilmektedir. Ayrıca, Kelsen'in anayasa yargısını nasıl temellendirdiği, gerekçelendirdiği ayrıntılı şekilde irdelenmektedir.

İkinci bölümde, Carl Schmitt'in Kelsen'in anayasa yargısı teorisine yönelttiği eleştirileri incelenmektedir. Bu bölümde, egemenlik ve normatiflik arasındaki çatışmayı merkeze alan Schmitt'in anayasa kavramına, kuvvetler ayrılığına ve demokrasiye yönelik değerlendirmeleri aktarılacaktır. Yine bu bölümde Schmitt'in

anayasa yargısına ilişkin eleştirel yaklaşımını gerekçelendirdiği teorik argümanlar ele alınacaktır. Üçüncü bölümde ise, Kelsen ve Schmitt'in anayasa yargısına dair yaklaşımları karşılaştırmalı olarak sunulacaktır. Sonuç olarak, anayasa yargısının temellerine ilişkin özgün bir tartışmanın değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. KELSEN'İN ANAYASA YARGISI TEORİSİ: ANAYASA, DEMOKRASİ VE ANAYASA YARGISI ÜZERİNE GÖRÜŞLERİ

A. Kavramsal ve Teorik Çerçeve

Kelsen'in anayasa yargısına ve Anayasa Mahkemesi (AYM)¹'ne dair düşüncelerini kuramsal olarak değerlendirebilmek için öncelikle anayasa, demokrasi ve anayasa yargısına ilişkin yaptığı tanımlamaları ve bu kavramlara yüklediği anlamları incelemek gerekir.

Kelsen'e göre anayasanın maddi ve biçimsel olmak üzere iki farklı tanımı vardır². Bu bağlamda devletin temel kuruluşlarının yapısı ile yasamanın faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğini gerek idari makamlarca gerekse yargı makamlarınca tatbik edilen kanunların nasıl meydana getirileceğini tanzim eden normlar bütününe biçimsel anlamda anayasa denir³. Sadece kanunların yapılış biçimlerine değil, muhtevasına ilişkin de hudutlar çizen, teminatlar koyan temel haklar kataloğunun da katıldığı anayasalara geniş anlamda anayasa başka deyişle maddi anayasalar denir⁴. Bu anayasalar vatandaşların kanun önünde eşitliğini, din ve vicdan, ifade özgürlüğü ile mülkiyete dair haklarını muhafaza eder⁵. Böyle bir tanımın kabul edilmesinin ardından Kelsen, anayasaya aykırı işlemlerin iptal edilmesinin; anayasal teminatların muteber olması, başka söylemle anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün⁶temin

¹ Türkçe literatürde AYM kısaltması yaygın olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin kısaltması olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada ise Avrupa Modeli anayasa yargısı sisteminin benimsendiği ülkelerdeki kurumsal bir yapı olarak anayasa mahkemelerini işaret etmek için kullanılmıştır.

² Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight ed, The Lawbook Exchange Ltd. New Jersey 2005) 214, 221.

³ Hans Kelsen, 'What is the Pure Theory of Law' (1960) (34) *Tulane Law Review* 270 vd; Mehmet Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı' (2018) 3(1) *Çankaya Hukuk Fakültesi Dergisi* 207-208.

⁴ Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 208.

⁵ Berke Özenç, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak-Kelsen Schmitt'e Karşı* (İletişim Yayınları 2022) 31-32; Aynı yöndeki ifade için Bkz. Mehmet Turhan (n 3) 207.

⁶ Anayasanın üstünlüğü ilkesi, dünyanın ilk yazılı anayasaları 17 Eylül 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası ile 1791 tarihli Fransız Anayasasından başlayarak meydana gelen bir olgudur.

edilebilmesi için gerekli olduğu değerlendirilmesini yapar⁷. Yine Kelsen'e göre anayasanın temel işlevi, hukuk yaratma eylemleri ve sürecini, daha farklı söylemlerle parlamentonun eylemlerini tanzim etmektir⁸. Anayasanın siyasi işlevi ise iktidarın kullanılmasına yasal sınırlar getirmektir. Anayasa teminatı vermek, yasal sınırların aşılmayacağına dair güvence oluşturmaktır⁹. Demokrasi, yasama organındaki çoğunluk ve azınlık kümesinin temsil ettiği halk grupları arasında sürekli mutabakat şeklinde ifade edilebilir¹⁰. Kelsen, çoğulcu demokrasiden yana tavır alarak, demokrasiyi gerek sınıfsal gerekse etnik ve dini azınlık gruplarının bulunduğu toplum düzeninde sulh içinde birlikte yaşam sürdürmenin usulü olarak tanımlar¹¹. Bu bağlamda parlamenter demokrasi, hem siyasi partilerin çatışan menfaatlerini ve farklı görüşlerini uzlaştırır hem de her ne kadar çoğunluk egemenliğine dayalı olsa bile azınlıkların mevcudiyetini güvenceye bağlar. Nihayet, Kelsen'e göre özgürlük, demokrasi açısından da inşai derecede mühimdir¹². Anayasa yargısı, "devlet fonksiyonlarının hukuka uygun şekilde yürütülmesinin sağlanmasını amaçlayan

Bu ilke, kavramsal bakımdan bir hukuk düzeninde en yüksek düzeyde güce sahip olanın anayasa olduğunu ifade eder. Ancak anayasanın üstünlüğünün son derece mühim neticesi bulunmaktadır. Gerçekten anayasanın üstünlüğü yalnızca anayasanın norm olarak kanunların üstünde bulunmasını ifade etmez. Bunun yanında kanun koyucu olan yasama organından da üst düzeyde bulunmasını belirtir. İşte anayasanın üstünlüğü, aynı zamanda hukukun üstünlüğünün de açık bir belirteci olup, yasamanın anayasal normlarla kayıtlanmış olduğu manasını taşır. Bkz. Ali Fuat Gökçe ve Elif Dölek, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi' (2018) 5(6) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/593011> Erişim Tarihi: 21 Aralık 2024, 128; Anayasanın üstünlüğü ilkesini anlayabilmek için ilkenin iki yönünü de kavramak gereklidir. Gerçekten de ilkenin ilk yönü, anayasal normla tanzim edilmiş bir hususun, anayasa ile çatışan sıradan kanun hükmü ile ortadan kaldırılmasının mümkün olamamasıdır. İkinci yönü ise, anayasal normların gerek yapılışının gerekse değiştirilişinin kanuni normlara kıyasla daha güç olması yani yapılış ve değiştirilişlerinin nitelikli çoğunluğa bağlanmasıdır. Bkz. Oğuzcan Kutkan, 'Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi' (2019) 21(Ö.S.) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/OGUZCAN-KUTKAN.pdf> Erişim Tarihi: 03 Kasım 2024, 2070.

⁷ Özenç (n 5) 32.

⁸ Gözde Türkeli, 'Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması' (2020) 26(2) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* <https://doi.org/10.33433/maruhad.811202> Erişim Tarihi: 21 Nisan 2024, 998.

⁹ Hans Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian of the Constitution? Kelsen's Reply to Schmit', in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015) 175.

¹⁰ Hans Kelsen, *Demokrasi: Doğası & Değeri* (1. Baskı, Dost Kitabevi, 2019) 72, 92.

¹¹ Kelsen, *Demokrasi* (n 10) 85; Özenç (n 5) 45-47.

¹² Türkeli (n 8) 986; Özenç (n 5) 53.

teknik araçlar sisteminin bir unsuru” olarak tanımlanabilir¹³. Dikkat edileceği üzere, Kelsen’in bu tanımının önemli bir özelliği olarak, devletin bütün işlevlerinin hukuka uygunluğunun temin edilmesi ortaya çıkar. Kelsen böylece, anayasa yargısı üzerine yapılan tartışmaların, yalnızca hukuk devleti olma taahhüdünde bulunan siyasi örgütlenmeler için anlam taşıyacağını ifade etmektedir¹⁴. Kelsen, hukuk ve devlet arasındaki ilişkiyi açıklamak için özdeşlik tezini ileri sürmüştür. Kelsen’e göre, her devlet mecburi olarak aynı zamanda hukuk devleti olup, hukuk sistemi veya hukuk sisteminin bir bölümüyle özdeştir¹⁵. Bu sebeple, devlet olmanın esas niteliğini hukuk devleti teşekkül ettirir. Kelsen, *“hukuk devleti”* kavramının; temel hak ve hürriyetler ile demokrasiye hukuk ekseninde teminat verilen bir devlet şekline vurgu gayesiyle kullanılabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda halkça seçilen yasama organınca çıkarılan genel normların, yürütme ile yargı organlarını bağlaması, vatandaşların birtakım hürriyetlerinin teminat altına alınması, hükümet azalarının kendi fiillerinden mesul tutulması, yargı makamlarının bağımsız olması gibi hâller hukuk devletinin özellikleri arasındadır¹⁶. Anayasa yargısının bu biçimde anlaşılması, Kelsen’in merkezi bir AYM’nin tesisinin lüzumuna dair sağlam bir esas meydana getirmektedir¹⁷.

¹³ Hans Kelsen, ‘Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)’ Yasin Sönmez (çev) (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622460> Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024, 860; Özenç (n 5) 25; Fendoğlu ise anayasaya yargısını *“insan hakları hazinesinin özel beklisi”* olarak nitelendirmiştir. Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Yargısı* (Yetkin Yayınları 2017) 56; Atar’a göre *“Anayasa yargısının başlıca işlevi norm denetimi ve temel hak ve hürriyetlerin korunması olmakla birlikte, buna ek olarak, anayasa mahkemelerine devlet kurumlarının yetki alanlarının belirlenmesi ve işleyişinin sağlanması, yüce divan görevleri ve siyasal partilerin denetimi gibi alanlarda da görev verilebilmektedir.* Bkz. Yavuz Atar, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Yeniden Yapılandırılması’ (2008) 25(1) Anayasa Yargısı <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939307> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 96, dpn. 14; Uslu’ya göre, anayasa yargısının işlevleri şunlardır: *“Anayasanın üstünlüğünü sağlamak, Hukuk devleti ilkesini korumak ve geliştirmek, Devlet erkleri arasındaki uyumsuzluklarda arabulucu görevi üstlenmek, Demokrasiyi korumak ve geliştirmek, Bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek, yasama sürecine bireylerin aktif katılımını sağlamak”*tır. Bkz. Ferhat Uslu, ‘Anayasa Yargısının İşlevleri’ (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://www.jurix.com.tr/article/5767?u=0&c=0> Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024, 533; Söz konusu işlevlerin ayrıntılı açıklamaları için ayrıca Bkz. Uslu (n 13), 533-561.

¹⁴ Lars Vinx, ‘Kelsen ve Hukuk ve Devletin Özdeşliği’ Mehmet Turhan (çev) (2016) 1(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://repository.bilkent.edu.tr/server/api/core/bitstreams/b0996269-43e6-4824-b2d8-5bcb760a2141/content> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 100.

¹⁵ ibid 100.

¹⁶ Süleyman Ruhi Aydemir, ‘Hans Kelsen’in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı’ (2004) 7(76) Mevzuat Dergisi <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm> Erişim Tarihi: 19 Nisan 2024, 16.

¹⁷ Özenç (n 5) 25.

B. Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Normlar Hiyerarşisi

Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi"¹⁸ ile birlikte ortaya koyduğu normlar hiyerarşisi, anayasa yargısının temelini oluşturur¹⁹. Kelsen, "Saf Hukuk Teorisi"nde hukukun muhtevasını tespit ederken, onu her türlü dışsal öğeden arındırır, yalnızca hukuki normlara odaklanır. Bu bağlamda hukuku; siyasi, ahlâki, toplumsal öğeler ile doğa biliminden arındırır. Hukuku bütün siyasi düşüncelerden ve siyasetten uzaklaştırarak incelemeye ve "etik-politik değer yargılarından" tamamen kurtulmuş bir hukuk tahlili yapmaya doğru gider. Yine bu kuramda hukuk zaten yapılmış olduğundan, Kelsen, hukuk politikasının problemleriyle veyahut hukukun aslında ne ya da nasıl olması hususuyla alakadar değildir. Kısacası, Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi", bir hukuki pozitivizm kuramı olup, normların normatif bir sistemde belirtildiği biçimde, normlar hiyerarşisinde var olan usul ve silsileye mütenasip olmasına dayanır²⁰. Bu bağlamda olması gereken ahlâki bir prensip ya da kanuna dayanmaz. Nihayet, hukuk düzeninin dışında kendine yer vermeyen, bu düzen ile özdeş bir devletin mevcudiyeti, bu kuramın omurgasını oluşturur²¹. Gerçekten de normlar hiyerarşisinin varlığı hem anayasanın tatbik edilebilir bir pozitif hukuk metni şeklinde anlaşılmasını mümkün hâle getirir, hem de anayasanın tatbikiyle beraber meydana gelen kanunların anayasaya uygunluk bakımından denetlenmesi için AYM'nin kurulmasının esbabı mucibesini oluşturur²². Bu bakımdan anayasanın üstünlüğünün korunması ve

¹⁸ Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi"nin temel gayesi, hukuk bilimini hakiki bilim seviyesine çıkarmak ve tüm bilimlerin ülküsü durumundaki objektiflik ve katiyete kavuşturmadır. Böylece hukuk kuramını toplumsal ve siyasi öğelerden farklı boyutta tetkik etmeye çaba göstermektir. Ayrıca "Saf Hukuk Teorisi"nin ana prensibi hukuk bilimine yabancı tüm öğeleri tasfiye ederek yalnızca hukuk ile alakadar olmasıdır. Bkz. Aydemir (n 16) 5-6, 9.

¹⁹ Gökçe ve Dölek, bir ülkede anayasa yargısının mevcudiyetinden bahsedebilmek için iki şartın ön şart olarak bulunması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bunlardan birincisi, yazılı anayasanın mevcudiyeti iken ikincisi ise yazılı anayasanın aynı zamanda katı olmasıdır. Bu bağlamda yazılı ve aynı zamanda katı olan bir anayasa bir ülkede yoksa o ülkede anayasa yargısı düzeninden bahsetmek olanaklı değildir. Bkz. Gökçe ve Dölek (n 6) 126; Turhan'a göre ise anayasa yargısının yani AYM'nin meşruluk temelini insan haklarının muhafazası oluşturmaktadır. Bkz. Mehmet Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36042> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 402; Gören'e göre anayasa yargısı; "hem pozitif Devlet hukukunun ana konularından birini, hem özgürlükçü demokratik, modern anayasal devlet teorisinin temelini oluşturur." Bkz. Zafer Gören, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu, Sınırları ve Toplumsal Uzlaşmanın Korunması Fonksiyonu' (2019) 7(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://jurix.com.tr/article/19242> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 18.

²⁰ Vecdi Aral, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 2471, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti 1978) 5-6.

²¹ Türkeli (n 8) 987.

²² Özenç (n 5) 37; Gören de AYM'leri "Anayasanın bekçisi" olarak nitelendirir. Bkz. Gören (n 19) 18.

ikinci derecede hukuki metin durumuna gelmemesi için anayasa yargısının hukuki bir müeyyideye sahip olması gerekir²³. Daha açık ifadeyle Kelsen'e göre, anayasal hukuka uygunluğun garantisi yoksa hukuk düzeninin en yüksek ve en önemli düzeyi olan anayasa, tam yasal güce sahip olmayan ikinci sınıf hukuk düzenlemesi olarak kalır. Anayasal hukuka uygunluğun yeterli garantisi ise yalnızca anayasaya aykırı mevzuatı ve hükümetin anayasaya aykırı eylemlerini iptal etme yetkisine sahip AYM tarafından sağlanabilir²⁴.

Kelsen'in anayasa yargısını ileri sürdüğü dönemde hukuka uygunluk kavramı idari ve yargısal kararlarla tahdidi biçimde anlaşılıyordu. Bu bağlamda, kanunların anayasaya uygun olmasına ve bu uygunluğun sağlanmasının gerektiğine dair görüş ve istekler ise ağır biçimde eleştiriliyordu. Aslında Kelsen, anayasa yargısının karşısında bu mânianın; yürütme ve yargının sadece hukuk tatbik edicisi, yasamanın ise sadece hukuku yaratan ve bu hususta tekele sahip olan şeklinde ifade edilen geleneksel ve mutlak ayırımın olduğunu ileri sürmüştür. Devletin fonksiyonları arasında hukuku yaratma ve hukuku tatbik etme biçimindeki bu ayırma göre hukuka uygun olma şeklinde tezahür eden idealin gerçekleşebilmesi için yargı ve yürütmenin, yasama organı tarafından çıkarılan kanunlara rabitası yeterlidir²⁵.

Kelsen, geleneksel ve mutlak ayırımın aşılması bakımından normlar hiyerarşisini ileri sürer. Buna göre en üstte adına *Grundnorm* denilen farazi bir temel norm vardır²⁶. Bu norm anayasanın da üzerinde yer alır. *Grundnorm*'a kadar gelen ve aralarında hiyerarşi bulunan normlar silsilesinin olduğu kabul edilir²⁷. O hâlde hukuk sistemi, eşit seviyede ve birbirleri ile koordine olan normlarla meydana gelmez. Seviye olarak birbirinden değişik konumda bulunan normların hiyerarşisinden oluşur. Hukuk sistemi derece derece en aşağıdan en yukarıya varacak şekilde sıralanmıştır²⁸. Silsile içerisinde yer alan normlardan bir normun yaratılma şeklini belirleyen norm üst norm, bu şekle göre yaratılan norm ise alt norm olarak kabul edilir. Bu bağlamda alt

²³ Türkeli (n 8) 996.

²⁴ Lars Vinx, *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015) 8; Kelsen, anayasaya aykırılık denetimini yerine getirecek olan AYM'nin uzmanlaşmış, merkezi ve tekeli bir yüksek yargı makamı olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bunun yanında yaygın ve merkezileşmemiş denetim yapan Amerikan Modelini, hem merkezi olmadığı hem de uzmanlaşmadığı gerekçeleriyle eleştirmektedir. Bkz. Ümit Güveyi, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi' (2012) 16(3) Gazi Üniversitesi Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789363> Erişim Tarihi: 20 Nisan 2024, 148-149.

²⁵ Özenç (n 5) 27-28.

²⁶ Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

²⁷ Özenç (n 5) 28.

²⁸ Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

normun geçerliliği, üst norm tarafından tespit edilen şekle uygun biçimde yaratılmasına dayanır²⁹. Daha açık deyişle, her normun geçerli ve bağlayıcı olması kendisinden üst konumda bulunan normdan kaynaklanır³⁰. Yine burada bir hususu açıklığa kavuşturmak icap eder. Bir kere *Grundnorm* denilen temel norm, alt normların muhtevasını tespit edemez. Zaten *Grundnorm*'un kendisinin sadece akıl veya doğa ya da ilahi bir istenç vasıtasıyla temin edilen bir muhtevası bulunmayıp sosyal olgulardan yola çıkılarak tespit edilemez ve insanların fiilleriyle yaratılamazlar³¹. Ancak *Grundnorm*'lar hukuk düzeninin birliğini temin etmelerinin yanı sıra bütün alt normların geçerliliklerinin kendisine bağlı olması bakımından mühimdirler³².

Ayrıca Kelsen, normlar hiyerarşisinin her seviyesinde hukukun yaratılması ile hukukun tatbikinin birlikte gerçekleştiğini söyler. Bu bağlamda anayasadan başlamak suretiyle yargı kararları ile idari işlemlere varıncaya kadar bu durum devam eder. Tabii ki bu gerçekleşmenin yoğunluk seviyeleri aynı değildir. O hâlde yasama fonksiyonu anayasa bakımından hukukun tatbiki biçiminde meydana gelirken, kanun ve altında yer alan diğer normlar açısından ise hukukun yaratılması şeklindedir. Düzenleyici idari işlemler ise kanun bakımından hukukun tatbiki, yargı kararları ile birel idari işlemler bakımından hukukun yaratılmasıdır³³.

Nihayet, hukuka uygun olma düşüncesi kanunların anayasaya uygunluğu için de bir teminat içerir. Çünkü normlar hiyerarşisinde bulunan bir normun bir üst norma uygun olması ile bu düşünce mana kazanır³⁴.

C. Kelsen'in Hukuki Olarak Anayasa Yargısı Temellendirmesi

Kelsen'in anayasa, anayasa yargısı kavramları ile anayasa yargısının temelini oluşturan normlar hiyerarşisi birlikte ele alınıp özümsemiğinde ortaya çıkan sonuç Kelsen'e göre, hukuk devletinde merkezi bir AYM'nin tesis edilmesi lüzumudur. Kelsen ayrıca AYM için demokratik bir hukuk sisteminin kurumsallaşmasını ve muhafazasını temin edecek "*hukuk tekniği aracı*" ifadesini kullanır³⁵. Bu çerçevede,

²⁹ Özenç (n 5) 28.

³⁰ Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

³¹ Yani *Grundnorm*, pozitif bir hukuk normu değildir. Hukuk ötesidir. Bkz. Kutkan (n 6) 2070-2071; Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205. Bunun yanında deneysel olarak araştırılması mümkün değildir. Yalnızca hukuk üzerine bir dizi ifade ve neticelerin bir mana taşıması bakımından lüzumlu olan fikir şeklidir. Bkz. Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 205.

³² Türkeli (n 8) 988.

³³ Özenç (n 5) 28.

³⁴ ibid 29.

³⁵ ibid 27.

AYM'nin meşruluğuna ilişkin ileri sürdüğü diğer hususlar ve eleştirilere ilişkin argümanları daha detaylı incelemek faydalı olacaktır.

1. Hukuka Uygunluk Denetimi Yapma Görevi Anayasa Mahkemesine Verilmelidir

Kelsen, anayasa aykırılığı bulunan düzenlemelerin iptal edilmesinin ya da anayasa aykırılıklarının giderilmesinin gerekliliği konusunda bir anlaşmaya varıldıktan sonra, bu görevin AYM'ne verilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁶. Çünkü hukuka uygunluğu sağlama görevi, hukuka aykırı işlemler yapabilen bir organa (yasamaya) verilmemelidir³⁷. Eğer, "özellikle parlamento ve hükümet işlemlerinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir kurum oluşturulacaksa, bu denetim yetkisi, denetim altında olan organlardan birine verilmemelidir"³⁸. Yasama organının kendi otonom hukuk yaratma yetkisini dikkate alarak, aynı organın anayasa ile uyumluluğuna dair bir güvence beklemek, gerçekçi bir yaklaşım olmaz; bu sadece siyasi bir saflık anlamına gelir. Bu nedenle, anayasal sınırları etkin bir şekilde koruma görevini, yasama, yürütme ve diğer devlet organlarından bağımsız ve tek bir merkezde bulunan bir kuruluşa, yani AYM'ne vermek gereklidir³⁹.

2. Genel Mahkemelerce Anayasaya Aykırılık Denetimi Yapılamaz

Kelsen, kanunların anayasaya aykırılık denetiminin AYM'ne verilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, bu denetimin genel mahkemelere verilmesinin yanlış olacağını savunur. Kelsen, hiç kimsenin kendi davasının yargıcı olmayacağını, "hiçbir yasal-tekniğe ilke, hiç kimsenin kendi davasında yargıç olmaması gerektiği talebi kadar evrensel bir kabul görmemiştir." şeklinde ifade etmiştir⁴⁰. Kelsen'e göre, eğer bu denetim genel mahkemelere devredilirse, aynı yasal düzenlemenin anayasaya aykırılığına dair farklı mahkemeler farklı kararlar verebilir, bu da hukuk güvenliği açısından büyük bir risk oluşturur⁴¹. Daha açık ifadeyle, Kelsen, anayasa yargısının

³⁶ Kelsen, pek çok konuda olduğu gibi AYM hakkında da Georg Jellinek'ten etkilenmiştir. Jellinek, daha 1885 yılında "Avusturya için Bir Anayasa Mahkemesi" başlıklı makalesinde, AYM gibi bir mahkemenin var olmasının lüzumunu savunmuş, aksi durumda anayasal sistemin, hukuk devleti addedilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Avusturya'daki İmparatorluk Mahkemesi'nin ise AYM gibi yetkilerle donatılması görüşünü ileri sürmüştür. Aktaran: Türkeli (n 8) 986 ve dnp. 29.

³⁷ Özenç (n 5) 33.

³⁸ Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian' (n 9) 175.

³⁹ Özenç (n 5) 33; İşte Kelsen, anayasanın doğrudan çığnemesine karşı muhafaza temin eden bağımsız bir kuruma duyulan gereksinimi açıklarken "hiç kimse kendi davasının yargıcı olamaz" şeklindeki genel ilkeye dayanmıştır. Bkz. Türkeli (n 8) 998.

⁴⁰ Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian' (n 9) 175.

⁴¹ Özenç (n 5) 33.

merkeziyetçi bir yapıda düzenlenmesinin, hukukun tutarlılığını ve genel güvenliğini sağlayacağına inanır. Aksi takdirde, kanunun anayasaya aykırı olup olmadığının kesinliğini belirlemek, bireyler için belirsiz ve karmaşık hale gelir, bu da anayasanın üstünlüğünü tehdit eder ve büyük bir risk yaratır⁴².

3. Anayasa Mahkemesi Çoğulcu Demokrasiyi Korur

Kelsen'e göre, demokratik bir cumhuriyetin varlığı, denetim organlarının etkin bir şekilde çalışmasına bağlıdır. Bu bağlamda, demokratik cumhuriyet açısından anayasa yargısının hususi ehemmiyete sahip olduğu görülür. Gerçekten de, demokratik düzeni sürdürebilmek için devlet organlarının birbirini denetlemesi sağlanmalıdır. Anayasa yargısı, kanunların hem içerik açısından hem de nasıl oluşturuldukları bakımından anayasaya uygunluğunu denetleyerek, azınlıkların çoğunluğun baskılarından korunmasını temin etme işlevini yerine getirmesidir⁴³. Gerçekten demokratik yollarla seçilmiş çoğunluğun karşısında konumlanmış durumdaki azınlıkların sahip oldukları siyasi hakların, anayasa yargısı yoluyla muhafaza altına alınması, bunların hayatlarını idame ettirmelerini temin eder. Bunun yanında azınlıklara, siyasi hayata aktif biçimde iltihak etmek suretiyle çoğunluğu ele geçirme imkânı verir⁴⁴.

Kelsen, anayasa değişikliklerinin nitelikli bir çoğunlukla yapılmasını, azınlık haklarının korunması açısından önemli bir tedbir olarak görmüştür. Kelsen'e göre, bir anayasa değişikliğinin yüksek çoğunluk şartına bağlanması, belirli temel sorunların yalnızca azınlığın katılımıyla çözülebilmesini sağlar. Basit çoğunluğun, özellikle bazı konularda, kendi iradesini azınlığa dayatma hakkı bulunmamaktadır. Azınlığın anayasal olarak korunan menfaatlerine müdahale, ancak anayasaya aykırı bir kanunla ve salt çoğunluğun iradesiyle mümkün olabilir. Bu bağlamda, kanunların anayasaya uygunluğu, azınlığın temel menfaatlerinden biridir; bu menfaatler, sınıfsal, ulusal ya da dini kökeni ne olursa olsun anayasa tarafından korunmaktadır⁴⁵.

Kelsen'e göre, azınlıkların menfaatlerine aykırı olarak yapılan anayasa dışı müdahalelerin engellenmesi açısından AYM'ne başvurma imkânı önemli bir araçtır.

⁴² Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 217, 221-222.

⁴³ Özenç (n 5) 45.

⁴⁴ Yüksel Metin, 'Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu' (2012) 2(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213633> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 96.

⁴⁵ Hans Kelsen, 'Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015) 71-72.

Zira toplumsal barışın sağlanması adına, çoğunluğun diktatörlüğünün engellenmesi bu sayede mümkün olacaktır. Bu bağlamda, anayasa yargısı aracılığıyla gerçekleştirilen denetim, toplumun ve siyasi hayatta çoğulculuğun korunması için temel bir güvence sunmaktadır⁴⁶.

Erdoğan'a göre, bir ülkedeki AYM, demokrasinin yerleşmesine yardım eder. Birincisi, demokrasinin inşası safhasında anayasanın üstünlüğü ile hukuk devletinin kurulmasına ve azınlık hakları ve insan haklarının muhafazasını sağlar. İkincisi, kuvvetler ayrılığını güçlendirmek ve kamu güç sahipleri arasında hakemlik yapmak yoluyla demokrasinin tesisine imkân tanır⁴⁷.

Turhan'a göre, AYM'nin demokrasinin güçlenmesine yardım eden bir organa dönüşmesi için anayasayı devleti ve devletin resmi söyleyişine göre değil, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerine evleviyeti kabul ederek yorumlaması gerekir. Diğer deyişle AYM'nin, anayasayı yorumlarken liberal değerlere sadık olarak hak temelli ya da hak eksenli bir yorum yöntemini benimsemesi gerekir⁴⁸.

Dworkin ise, AYM'nin meşruiyetini ortaklık demokrasisi ve çoğunlukçu demokrasi üzerinden ayrı ayrı değerlendirir⁴⁹. Böylece her değerlendirmede farklı sonuçlara ulaşır. Çoğunlukçu demokraside, AYM'nin demokratik bir kurum olmadığını ve AYM'nin mevcudiyetinin ise demokrasi açısından verilen bir ödün olduğunu, bu bağlamda AYM'nin salahiyetinin imkân dâhilinde kısıtlanıp, üyelerinin seçiminde halkın iradesinin en yüksek seviyede etkili olması gerektiğini savunur. Ortaklık demokrasisi bakımından ise kişisel hakların teminat altına alınabilmesi için müstakil bir organ lüzumu bulunduğundan AYM'nin demokrasiden ödün sayılamayacağı, tam tersine demokratik düzenin bir ögesi olduğu için AYM'nin mevcudiyetinden coşku hissedildiğini ifade eder⁵⁰.

⁴⁶ Türkeli (n 8) 1000.

⁴⁷ Mustafa Erdoğan, 'Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği' (2011) 10(20) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi <http://erdoganmustafa.org/wp-content/uploads/2016/10/Demokrasi-Anayasa-Yarg%C4%B1s%C4%B1-ve-T%C3%BCrkiye-%C3%96rne%C4%9Fi.pdf> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 31-32.

⁴⁸ Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu' (n 19) 402.

⁴⁹ Ronald M. Dworkin, 'Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri', (2011) Anayasa Yargısı Dergisi https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025, 28.

⁵⁰ Dworkin (n 49), 28-29; Emir Efe Egemen, 'Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu Sorunu' (2023) 3(1) Antalya Bilim Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi <https://doi.org/10.54969/abuijss.1240294> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 35-36.

4. Anayasa Mahkemesi Kuvvetler Ayrılığı İlkesiyle Ters Düşmez

Kelsen'in merkezi bir AYM kurulmasına dair görüşü, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ancak Kelsen, AYM'nin yürüttüğü fonksiyonun yasama benzeri olduğunu belirtmiştir. Ona göre, genel mahkemeler yalnızca davalar arasındaki ihtilafları çözüme kavuşturduklarında, bu çözümler sadece davanın tarafları açısından hukuki sonuçlar doğuran bireysel normlar yaratır. Oysa AYM, anayasa denetimi yetkisini kullanarak genel nitelikli kanunları iptal eder. Bu iptal kararı, bir kanunun yürürlüğe girmesiyle benzer şekilde geniş çaplı bir etki yaratır. Dolayısıyla AYM'nin kanunlar üzerindeki etkisi, genel hukuki düzen üzerinde yasama işlevine benzer bir etki yaratmaktadır⁵¹. Kelsen'e göre, AYM'ce anayasaya aykırı bulunarak bir kanunun iptal edilmesi aslında kanun yapma faaliyetinin tersten meydana getirilmesidir. Bu bağlamda kanunların iptal edilerek ortadan kaldırılmasıyla AYM'nin genel bir norm yaratma yetkisinin bulunduğu benimsenmelidir. Ancak bu durum, kuvvetler ayrılığı ilkesine karşı bir çelişki oluşturmaz⁵².

Kelsen ise, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık olmadığını belirtirken, demokratik bir cumhuriyet açısından bu ilkenin neyi ifade ettiğine dair önemli bir tespit bulunur. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, kuvvetlerin tamamen birbirinden ayrılması anlamına gelmez. Bu ilke, kuvvetlerin birbirlerini denetlemesi ve denetim altında tutması anlamına gelir⁵³. Böylece, devlet organlarının eylemleri hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olur. Bu çerçevede, AYM'nin temel fonksiyonu yasama ve yürütme organlarının eylemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemek olduğundan, AYM bu ilkeyle çelişmek yerine, kuvvetler ayrılığı ilkesini güçlendiren bir organ olarak tezahür etmesidir⁵⁴.

Türkeli'ye göre, anayasa yargısı, parlamentonun kendi sahasına girmemekte yalnızca Kelsen'in ortaya koyduğu normlar hiyerarşisi ilkesi kapsamında, en üst pozitif norm olan anayasanın muhafazası ile devletin bütün işlem ve fonksiyonlarının anayasaya mütenasip olup olmadığını denetlemektedir⁵⁵.

⁵¹ Bkz. Özenç (n 5) 35; Türkeli (n 4) 999; Türmen ise parlamento tarafından hâkimlere, anayasal denetim hususunda yetki verildiği vakit parlamento aslında kendi kanun çıkarma yetkisini de hâkimlere devrettiği düşüncesindedir. Bkz. Rıza Türmen, 'Anayasa Mahkemesi'nin Kararı: Egemenlik ve Hukuk Devleti' (*Milliyet*, 27 Ekim 2008) <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/riza-turmen/anayasa-mahkemesi-ninkarari-egemenlik-ve-hukuk-devleti-1008266> Erişim Tarihi: 25 Mart 2024.

⁵² Özenç (n 5) 35.

⁵³ Kelsen, *Demokrasi* (n 10) 78-79.

⁵⁴ Özenç (n 5) 35-36. Aynı yöndeki görüş için Bkz. Metin (n 44) 96.

⁵⁵ Türkeli (n 8), 999.

Dede'ye göre de AYM'nin anayasaya uygun olmayan bir kanunu iptal ettiğinde, yasama organının yerine geçmediğini, aynı zamanda yasama organına da ayak bağı olmadığını; yalnızca yasama organını hukukun içine çekmek suretiyle hukuk devletinin meydana gelmesine yardımcı bulunduğunu kabul etmenin en ideal düşünce olduğunu ifade etmektedir⁵⁶.

Gökçe ve Dölek ise, klasik kuvvetler ayrılığı ilkesi ile anayasa yargısının çeliştiğini, çünkü klasik kuvvetler ayrılığında yasama organının yargısal makamlarca denetlenmesinin düzene ters olduğunu ifade ederler. Bununla birlikte pratikte, kuvvetler ayrılığı ilkesinin lüzumu olduğu şekilde fonksiyonel açıdan bölünmesinin hiçbir zaman gerçekleştirilemediğini, zaten kuvvetler ayrılığı ilkesinin asla saf şekilde bulunmadığını, aynı zamanda kuvvetler ayrılığını ortaya atan Montesquieu'nun bile gayesinin tamamen saflaştırılmış bir fonksiyonel sistem meydana getirmek olmadığını belirtirler⁵⁷.

5. Anayasa Mahkemesi Negatif Anlamda Kanun Koyucudur

Kelsen, kanun koyucuyu, pozitif ve negatif kanun koyucu olarak sınıflandırmıştır. Bu tasnife göre, pozitif anlamda kanun koyucu yasama organı iken, negatif anlamda kanun koyucu AYM'dir⁵⁸. Pozitif terimi, kanun koyucunun yaratıcı bir rol üstlendiğine işaret ederken, negatif terimi, AYM'nin işlevini yerine getirirken takdir yetkisinin sınırlı/dar olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹. Pozitif anlamda kanun koyucu olan yasama organı, anayasa sınırları içerisinde yeni hukuki düzenlemeler yaparken geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak negatif anlamda kanun koyucu olarak tanımlanan AYM, sahip olduğu yetkiler açısından oldukça dar bir şekilde anayasayla belirlenen kurallar ve temel ilkelerle sınırlıdır. Bu nedenle AYM, diğer yargı organlarında olduğu gibi, hukuku uygulayan bir konumda olup, yasama organının aksine, hukuki düzenlemeler yaratma yetkisine sahip değildir⁶⁰. Kelsen, bu konuyu şu sözleriyle ifade eder;

"AYM kanun çıkarmaz, ancak hukukun yaratılmasına karşılık gelen karşıt eylemi (actus contrarius) belirleyerek kanunları iptal eder. Böylece "negatif kanun koyucu" olarak işlev görür. Ancak AYM'nin işlevi ile olağan mahkemenin işlevi arasında kesin

⁵⁶ Kadir Dede, 'Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme' (2014) 4(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701471> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 145.

⁵⁷ Gökçe ve Dölek (n 6) 136-137.

⁵⁸ Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 217.

⁵⁹ Özenç (n 5) 36.

⁶⁰ ibid 36.

ve katı bir ayırım bulunmaz. Çünkü olağan mahkemenin kanunları ve kararlameleri inceleme hakkı anayasal denetimin çok önemli bir ara biçimini oluşturur. Anayasaya aykırılık gerekçesiyle bir kanun veya kararnameyi somut olaya uygulamayı reddeden bir olağan mahkeme, aynı zamanda genel bir normu da yok eder ve böylece bir "negatif kanun koyucu" olarak işlev görür ("kanun" kelimesinin maddi anlamında). Aradaki tek fark, normun iptalinin tek bir vakayla sınırlı olması ve dolayısıyla AYM kararında olduğu gibi tüm olası vakalar için, yani toplamda gerçekleşmemesidir"⁶¹ ⁶².

AYM'nin hukuki düzenlemelere yönelik gerçekleştirdiği bir tür 'karşıt eylem (*actus contrarius*)' olarak tanımlanan kanun iptalleri, negatif kanun koyucu işlevi açısından hukukun şekillenmesi açısından rol oynar. AYM'nin anayasa hükümlerine ilişkin getirdiği yorumlar da anayasal normların kapsamını ve uygulama biçimini belirlediğinden hukukun genel yapısını biçimlendirir. Ancak, AYM'nin iptal ettiği kanunlar yoluyla yasama organının yerine geçerek yasama boşluklarını doldurma gibi bir işlevi bulunmadığını, yetkisinin sadece anayasaya ile sınırlı olduğunu da unutmamak gerekir.

6. Anayasa Mahkemesinin İşlevi Yargısaldır

Kelsen'e göre, AYM'nin kanunları anayasal denetim sonucunda iptal etme yetkisi, hukuk kuramı açısından yasama organına benzer bir işlevi öngörse de aslında bu yetki çerçevesinde AYM'nin yerine getirdiği faaliyet, anayasal normların belirlediği sınırları somut bir duruma uygulamakla sınırlı olduğundan, nihayetinde yargısal bir işlev olarak ortaya çıkar. Gerçekten de AYM'nin bu eyleminde yaratıcılıktan ziyade normatif düzene bağlılık ön plandadır. Bu nedenle, AYM denetim sırasında, yargısal işlevlerin karakteristik özelliklerine uygun şekilde hukuku uygular ve bu faaliyet yargısal işlevin kendisidir⁶³.

Gören, AYM'nin somutlaştırmak vasıtasıyla yerine getirdiği ve yapıcı bir vasfa sahip olan bu işlevinin siyasi olduğu görüşündedir. Ancak Gören, her ne kadar bu işlevin niteliği siyasi olsa bile parlamento ve yürütme organlarının işlevi ile aynı olmadığını, ondan değişik bir mana taşıdığını ifade etmektedir. Zira bu işlev, evvelden var olan hukuk ölçütleri çerçevesinde icra edilir, genel manada hukuk yaratma durumu söz konusu değildir. Muhakemenin rasyonel bir neticesini oluşturur. Hâkim, yeni normlar

⁶¹ Kelsen, 'Who Ought to be the Guardian' (n 9) 194.

⁶² Hans Kelsen, 'Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution' (1942) 4(2) The Journal of Politics, The University of Chicago Press Journals <https://www.journals.uchicago.edu/doi/epdf/10.2307/2125770>, 187-188.

⁶³ Gören (n 19) 17; Turhan ise Kelsen'in hâkimleri "siyasi aktörler" olarak nitelendirdiği görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 220.

yaratmayıp var olan normlar kapsamında yorum ve muhakeme yaparak hüküm vermektedir⁶⁴.

7. Anayasa Mahkemesinde Karma Bir Yapı Benimsemelidir

Kelsen, AYM'nin son tahlilde yargısal bir işlevi yerine getirmesine rağmen, sonuçları itibarıyla yasama işlevine benzemesi ve dolayısıyla karma bir nitelik taşıması nedeniyle, AYM'nin de karma bir yapıda örgütlenmesi gerektiğini savunur⁶⁵. Bu doğrultuda, AYM üyelerinin seçimi ve atamasında yasama, yürütme, hukuk fakülteleri ve AYM'nin kendisi de dâhil olmak üzere yargı organlarının katılımını gerektiğini ifade etmektedir. Ancak, yasama ve yürütme organlarından doğrudan üye seçimi yapılmamalı ve her durumda hukukçu üyelerin sayısının fazla olması sağlanmalıdır. Bu iki koşul, AYM'nin örgütsel bağımsızlığı ve yargısal işlevini yerine getirebilmesi açısından anahtar şartlar olarak öne çıkmaktadır⁶⁶.

Kelsen'e göre, Anayasa Mahkemesi üyelerinin en azından belirli bir kısmının, yasama organı tarafından nispi temsil ilkesine uygun olarak seçilmesi gereklidir. Kelsen'i bu sonuca götüren başlıca gerekçe, Anayasa Mahkemesi üyeleri üzerinde gerçekleşebilecek siyasi etkilerdir. Kelsen, bu etkilere, denetim dışı ve gizli bir şekilde müdahale edilmesinden, şeffaflık ve öngörülebilirlik sağlayacak yöntemlerin tercih edilmesini savunur. Kelsen'in ulaşmaya çalıştığı diğer bir sonuç ise, yasama organı ile Anayasa Mahkemesi arasındaki uzlaşmazlık ve karşıtlığın azaltılmasıdır. Kelsen'e göre, pozitif anlamda kanun koyucu olan yasama organı ile negatif anlamda kanun koyucu olan Anayasa Mahkemesi arasında, anayasal denetim süreci gereği doğal olarak bir karşıtlık ve uzlaşmazlık bulunacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin

⁶⁴ Gören (n 19) 17.

⁶⁵ Kelsen, 'Judicial Review of Legislation' (n 62) 192.

⁶⁶ Aktaran: Özenç (n 5) 38.

yasama organı tarafından seçilmesi⁶⁷, bu karışıklık ve uzlaşmazlığı tamamen ortadan kaldırmaya da önemli ölçüde azaltacaktır⁶⁸.

AYM üye seçimine yasamanın dâhil edilmesi yöntemi, AYM'ye demokratik bir unsur katılmakta ve meşruiyeti güçlendirilmektedir⁶⁹. Bunun yanı sıra, AYM üyelerinin, demokrasiye mütenasip biçimde meydana gelen hükümet gibi devlet organlarının görevlendirilmesi durumunda, demokratik kökenleri açısından meşru olmaya devam edecektir. Çünkü AYM üyeleri, meşruiyetlerini doğrudan "bütün devlet yetkilerinin kaynağı halktır" ilkesinden almaktadırlar⁷⁰.

Turhan, benzer şekilde AYM üyelerinin seçiminde milli iradenin bir temsilcisi durumundaki yasama organlarına ağırlık vermenin, mahkemenin demokrasi bakımından daha az problemlili bir duruma gelmesi için yararlı olacağı görüşündedir⁷¹.

Dede ise farklı görüştedir. Dede, seçimin tek başına meşruiyet için bir ölçüt taşımasının problemlili olduğu görüşündedir. Bu bağlamda, AYM üyelerinin

⁶⁷ Bugün dünya genelinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının ya da bir kısmının yasama organı tarafından seçilmesi usulü, AYM'nin halk iradesini yansıtmaya amacıyla uygulanmaktadır. Haluk Kurnaz, 'Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi' (Temmuz-Ağustos-Eylül 2006) (2) Yasama Dergisi 99-100, Tablo 1. Örneğin Federal Alman Anayasasının m.94/1'e göre; "*Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Federal Meclis, diğer yarısı da Federal Konsey tarafından seçilir*". <https://www.bundestag.de/resource/blob/595396/6f9cc381bf6770954d6905c87f12b57d/gg.pdf> Erişim Tarihi: 27 Ocak 2025; Avusturya Anayasası m. 147, Anayasa Mahkemesi, bir başkan, bir başkan vekili, 12 asıl ve 6 yedek üyeden oluşur. Başkan, Başkanvekili, 6 asıl üye ve üç yedek üye Federal Hükümet tarafından; 3 asıl ve 2 yedek üye Ulusal Konsey (=Millet meclisi) tarafından, 3 asıl ve 1 yedek üye Federal Konsey (=Senato) tarafından seçilir. 1958 Fransız Anayasa m. 56'a göre, Konseyi'ne üyelerin üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi ve üçü de Senato Başkanı tarafından atanır. İspanyol Anayasası m.160, Anayasa Mahkemesi, 12 üyeden oluşur. Dört üye Kongre (Millet Meclisi) tarafından üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla, dört üye Senato tarafından aynı çoğunlukla, iki üye hükümet tarafından, iki üyede Yargı Genel Kurulu (Consejo General del Poder Judicial) tarafından seçilir. 1978 Portekiz Anayasasının 222'nci maddesine göre, Anayasa Mahkemesi 13 üyeden oluşur. 10 üye Meclis tarafından, üç üye ise AYM'nin kendi üyeleri tarafından seçilir. Bkz. Kemal Gözler, 'Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi' www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025; Bkz. Venedik Komisyonu'nun Aralık 1997CDL-STD (1997) 020 Raporu s. 9-10; AB üyesi devletlerde anayasa yargısı, yasama, yürütme ve yargı organlarından üyelerin seçildiği karma üye yapısına sahiptir. Bkz. Ömer Anayurt, 'AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar' (2009) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123, dph. 16.

⁶⁸ Turhan, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı' (n 3) 217.

⁶⁹ Güveyi (n 24) 159.

⁷⁰ Gökçe ve Dölek (n 6) 139.

⁷¹ Turhan, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu' (n 19) 398.

atanmaları durumunda gayrimeşru, seçilmeleri durumunda ise meşru olarak kabul edilmeleri, aslında meşruluk sözcüğünün tarihi, toplumsal ve politik bakımdan ifade ettiği ehemmiyeti eksiksiz biçimde aksettirmemektedir. Bunun yanında yasama organı tarafından icra edilen bir seçimin demokratik prensipler bakımından mükemmel olduğundan da bahsedilemez⁷².

Gözler ise, AYM üyelerinin yerine getirdikleri eylemlerin, siyasi olduğunu bu bağlamda AYM üyelerinin direkt olarak halkça seçilmesi durumunda anayasal denetim işine meşruluğun tanınmasının mümkün olabileceğini belirtir. Bunun dışında AYM üyelerinin tümü veya belli bir bölümünün yasama organınca seçilmesinin meşruluk kazandırmayacağını zira çağımız için geçerli demokrasi zihniyetinde seçimlerin tek dereceli olmasının lüzumlu olduğunu ifade eder⁷³.

Metin'e göre de AYM üyelerinin yasama organınca seçilmesinin yani siyasi seçim şeklinin benimsenmesinin hem AYM'yi meşrulaştırıcı hem de AYM ile yasama organı arasındaki gerilimi azaltıcı bir fonksiyonu bulunduğunu belirtir⁷⁴.

8. Anayasa Mahkemesi Soyut ve Muğlak İfadelere Dayanarak Denetim Yapmamalıdır

AYM'nin soyut ve muğlak ifadelere dayanarak denetim yapmaması gerektiği fikri, Kelsen'in "*Saf Hukuk Teorisi*" çerçevesinde hukuk yapma tekniğine dayanmaktadır⁷⁵. Kelsen'e göre, AYM'nin anayasal denetim yaparken eşitlik, adalet, özgürlük veya ahlak gibi soyut ve muğlak kavramlara dayanmaması gerekir. Çünkü bu tür kavramlar, farklı siyasi düşüncelere göre değişik şekillerde yorumlanmaya elverişlidir ve belirli bir objektif ölçüt sunmaz. Anayasa Mahkemesi'nin bu tür ölçütlere başvurması, yasama organının yetkileriyle ilgili sınırları net bir şekilde belirlemekten uzaklaşır ve "*parlamentar düzenin dengesini kökünden sarsar*"⁷⁶. Kelsen, bir diğer

⁷² Dede (n 56) 142.

⁷³ Kemal Gözler, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu' (2006) 61(3) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/38096> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 142.

⁷⁴ Metin (n 44) 104.

⁷⁵ Hans Kelsen, 'The Pure Theory of Law' (1935) 51(3) Law Quarterly Review https://heinonline.org/hol/cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/lqr51§ion=41 Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2024, 531,VI., para 44.

⁷⁶ Erdoğan, konuya seçilmiş iktidarın kayıtlanma arzusunun ileriye taşınması üzerinden yaklaşmıştır. Erdoğan'a göre, böyle bir arzunun daha ileriye taşınması durumunda demokratik sistemin bu özelliğinin ağır biçimde güçsüzleşmesi olasılığı da mevcuttur. Zira oldukça fazla kayıtlanmış olan demokratik bir çoğunluğun halk tarafından kendisine verilen vekâlet salâhiyetini yerine getirememesi hâlinde demokrasi kaybından bahsedebiliriz. Böyle bir durumda devlet siyasetine dair

ifadeyle bu tür kavramların AYM tarafından ölçüt olarak kullanılmasının, yasama organının yetkilerini etkisiz hale getirebileceği ve AYM'ye keyfi bir güç sağlayacağı uyarısında bulunur. Eğer AYM, bu tür belirsiz kavramlara dayanarak bir kanunu anayasaya aykırı ilan eder ve iptal ederse, yasama organının yetkileri AYM'nin kararlarına bağımlı hale gelebilir. Bu da, anayasanın yasama organına tanıdığı yetkinin AYM'ye geçmesine yol açması anlamına gelecektir⁷⁷. Bu sorunların önüne geçmek için, Kelsen'e göre yasama organı, çıkaracağı kuralların sınırlarını ve içeriğini en açık ve net şekilde belirlemelidir.

II. SCHMITT'İN KELSEN'İN ANAYASA YARGISI TEORİSİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLERİ: EGEMENLİK VE NORMATİFLİK ÇATIŞMASI

Kelsen'in anayasa yargısı teorisini eleştiren, anayasa, egemenlik, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı kavramlarını tanımlama biçimiyle normatif hukuk anlayışına karşı çıkan Schmitt, liberal hukuk devletinin yasama organına yüklediği görevleri ve yasama ile yargısal faaliyetler arasındaki maddi ayırım ölçütünü temel almış ve bağımsız ayrı bir yargının mümkün olamayacağını savunmuştur. Hukuk, yalnızca normlar hiyerarşisine indirgenemez; hukukun temeli, egemenin iradesine dayanmaktadır. Schmitt anayasa, kuvvetler ayrılığı ve demokrasiye yaklaşımını aşağıdaki gerekçelerle desteklemiştir.

A. Schmitt'in Anayasa, Kuvvetler Ayrılığı ve Demokrasi Kavramlarına Yaklaşımı

Schmitt'e göre anayasa, kendi kendine ortaya çıkan veya yalnızca normatif doğruluğu ya da sistematik bütünlüğü temelinde değerlendirilen bir metin değildir. Anayasanın geçerliliği, bir halkın somut siyasal birliğine dayanır. Bu anlayışta anayasa, bir halkın egemen iradesinin bir ifadesi olarak görülür ve bu irade olmadan anayasa mutlak bir nitelik taşımaz. Dolayısıyla Schmitt, anayasayı normatif bir düzenleme olmaktan ziyade, bir siyasi kararın ve birliğin ürünü olarak ele alır⁷⁸. Dolayısıyla anayasa siyasal birliğin şekline ilişkin kararların tümünden oluşur ve ortak

ana kararların halk veya halkın temsilcisi konumundaki iktidar tarafından alındığından bahsedemeyiz. Bkz. Erdoğan (n 47) 32; Özenç (n 5) 41-42.

⁷⁷ Zira bu durumda AYM'ler negatif anlamda kanun koyucu olmaktan çıkıp tıpkı yasama organı gibi pozitif kanun koyucu olurlar. Bunun yanında yapılan denetimler hukukilik boyutundan uzaklaşarak yerindelik hâlini alır. Anayasal normlara olduğundan çok değişik şekilde mana verilerek aslında yasama organının istemediği ve öngörmediği farklı tatbik durumları meydana gelir. Sonuçta, AYM'ler yargısal değil siyasi bir kurum hâline gelmiş olur. Bkz. Kutkan (n 6) 2086.

⁷⁸ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer tr and ed, Duke University Press 2008) 76.

istence bağlıdır⁷⁹. Bu bağlamda anayasa bir akit şeklinde nitelendirilmeyeceği gibi sadece normlar bütünü de sayılamaz⁸⁰. Normların tesisinde, anayasayı yapan güçlerce alınan ana siyasi kararlar belirleyici bir fonksiyona sahip olup, anayasal sistemin özelliği böyle kararlar ile biçimlenir⁸¹. Schmitt, modern anayasal düzenlerin, devlet iktidarını sınırlama ve temel hakları koruma çabalarını, egemenin karar alma gücünü kısıtlama yönünde bir eğilim olarak görmektedir. Çünkü anayasal sistemin askıya alınması konusunda yetkili olan da egemendir⁸². Schmitt'e göre, egemen, acil durumlarda hukukun ötesinde hareket edebilen ve istisnai durumlarda düzeni koruma yetkisine sahip olan kişidir⁸³. Egemen, hukukun normal işleyişi dışında bir yetkiye sahip olup, "olağanüstü ya da istisnai durumlar (emergency)"da devreye girer ve karar verici niteliktedir. Olağanüstü hal, hukukun öngöremediği ve bu nedenle önlemlerin tanımlanmadığı durumları ifade etmektedir. Schmitt'in egemenlik kuramında, böyle kritik bir duruma karar veren ve hukuku şekillendiren egemen, genellikle bir devlet başkanı olarak görülmektedir. Bu bağlamda, egemen, olağanüstü durumlarda düzeni sağlamak için hukukun sınırlarını aşabilme yetkisine sahip bir figür olarak öne çıkmaktadır⁸⁴.

Schmitt, parlamenter sistemlerin demokratik temsili ve eşitliği sağlama konusundaki yetersizliklerini eleştirerek, parlamenter demokrasiyi "fıkri bir hile" olarak nitelendirmiştir. Bu eleştirilerini özellikle Schmitt, "Parlamenter Demokrasinin Krizi" adlı eserinde dile getirmiştir⁸⁵. Eserde öne çıkan ana argüman, eşitlik ilkesidir; Schmitt'e göre, demokrasi "eşitlerin eşitliği" olarak tanımlanmakta, ancak bu durum gerçek anlamda eşitliği sağlayamamaktadır. Schmitt, demokrasi anlayışının, liberalizmin bireycilik vurgusuna hizmet ettiğini ve aslında herkesin eşitliğine dayanmayacağını savunur⁸⁶. Bu bağlamda demokrasi, özgürlük yerine türdeşlikle eş

⁷⁹ Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 113.

⁸⁰ Özenç (n 5) 96. Schmitt, "Anayasa Öğretisi" isimli kitabında; mutlak-görelî-pozitif ve ideal olmak üzere dört farklı anayasa tanımı yapar. Schmitt'in söz konusu anayasa tanımları ile detaylı açıklamaları için ayrıca Bkz. Ece Göztepe, 'Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi', (2015) 73(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230778> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 138-147.

⁸¹ Ayrıca Schmitt'e göre halk, anayasayı yapan bir güç olup, anayasanın hüviyeti hakkında belirleyici bir yere sahiptir. Bkz. Türkeli (n 8) 995.

⁸² Türkeli (n 8) 983-984, 994.

⁸³ Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* (A. Emre Zeybekoğlu tr, Dost Yayınevi 2024) 13-14.

⁸⁴ ibid 19-21.

⁸⁵ Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Ellen Kennedy tr, The MIT Press 1988) 24-25.

⁸⁶ Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 239-250.

değer olan eşitliğin esas alındığı⁸⁷, kurucu unsurunu homojen halkın oluşturduğu⁸⁸, çoğulculuğun imkânsız olduğu siyasal bir sistem olarak tanımlar.

Schmitt kuvvetler ayrılığını ise, burjuva devletinin bir yanılığası olarak görmektedir. Ona göre, bu ilke, yasama ve yürütme organlarını dengeleme temeline dayanarak geliştirilmiştir⁸⁹. Schmitt, kuvvetler ayrılığının devletin etkinliğini ve egemenliğini zayıflattığını savunur. Bu ayırım, devlet organları arasında güç paylaşımına yol açarak, devletin bütünsel etkinliğini ve egemenliğini tehlikeye atabilir⁹⁰. Schmitt'in kuvvetler ayrılığına yönelik eleştirileri, bu ilkenin devletin etkinliği ve egemenliği üzerindeki olumsuz etkilerini vurgularken, aynı zamanda kuvvetler ayrılığının temel ilkelerinin doğru bir şekilde anlaşılmasının önemini de ortaya koymaktadır. Kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin yerine getirdiği işlevlerin maddi, diğer bir şekilde niteliksel açıdan ayrılığı ile ilişkilidir. Bu kavram liberal hukuk devletinin ana esasını meydana getirir. Bu ayırımın gözetilmemesi durumunda kuvvetler ayrılığı manasını açık biçimde kaybedecektir. Bu kavrama kuvvetlerin bölünmesi şeklinde mana yüklenmesi, kavramın hakiki manasını tahrif etme gayreti sayılmasının yanı sıra, yasama ile yargı organları arasındaki maddi farklılığı da görmezden gelmektedir⁹¹.

B. Schmitt'in Anayasa Yargısına Eleştirel Yaklaşımı ve Dayanakları

Schmitt, AYM'lerin varlığını eleştirirken, bu kurumun demokratik sistem içerisindeki işlev ve meşruiyetine dair görüşlerini belirli teorik temellere dayandırmıştır. Schmitt'in anayasa yargısına yönelik eleştirilerinin dayanakları kuvvetler ayrılığı ilkesi, egemenlik, siyasi iktidarın sınırlandırılması ve hukukun siyasetten üstünlüğü iddialarına karşılık anayasa yargısının siyasi olduğu ve anayasanın koruyuculuğu işlevinin devlet başkanında olması gerektiğine ilişkin görüşleri üzerinden şekillenmektedir.

1. Yasama ve Yargı İşlevleri Arasında Maddi Farklılık Vardır

Schmitt, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevinin anayasa yargısına verilmesinin kuvvetler ayrılığı ilkesini zedelediğini düşünmektedir. Schmitt, yukarıda tanımlanan kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yasama ve yargı işlevleri arasında katı bir ayırım yapmıştır. Bu ayırım kısaca, hukukun serbest şekilde yaratılması ile yaratılan hukukun saf biçimde tatbik edilmesi arasındaki ayırma dayanmıştır.

⁸⁷ ibid 257-258.

⁸⁸ ibid 261-262.

⁸⁹ Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (n 85) 39.

⁹⁰ ibid 40-46.

⁹¹ Özenç (n 5) 97-98.

Yargının bağımsızlığından söz edebilmek için bağıllık/bağımlılık ilişkisinin tam manasıyla tesis edilmesi gerekir. Bağıllık veya bağımlılıktan anlaşılması gereken, hâkimlerin bir karar verdiği esnada yalnızca kanuna (siyasi karara) bağılı kalmasıdır. Kanuna bağıllıktan ise, “*yargısal kararın, kanun içerisinde hâlihazırda öngörülebilir şekilde var olan bir metinden türetilmesi*” anlaşılmalıdır. Bu şey aynı zamanda yasama ile yargı arasında maddi farklılığın özünü meydana getirir⁹².

Schmitt teorisinde, yargıcın birinci vazifesi adaleti tesis etmek, anayasayı savunmak ya da anayasayı uygulamak olmadığını, halkın onurunu resmî açıklamayla her saldırıdan korumak olduğunu öne sürmesidir⁹³ bu bakımdan yargı ona göre ayrı bir kuvvet de değildir⁹⁴. Schmitt, kuvvetler ayrılığı ilkesinin devleti olağanüstü derecede sınırladığını ifade eder⁹⁵. Maddi hukuk devletinde (*substantive law state*)⁹⁶ yasama organı, serbestçe hukuk yaratma ve siyasi kararlar alma yetkisiyle donatılmıştır⁹⁷. Bu bağlamda hâkime, karar verme sürecinde belirli bir takdir yetkisi tanınabilir; ancak yasama organına ait olan siyasi karar alma yetkisi hâkime devredilemez⁹⁸. Yasama organı halkın iradesini yansıtan demokratik bir temsil mekanizmasıdır ve egemenliğin asli taşıyıcısıdır. Yargı ise, bu iradenin belirlediği sınırlar çerçevesinde hukuku uygulamakla sınırlı bir görev üstlenmelidir.

2. Siyasi İktidarın Sınırlandırılması (Egemenin Bertaraf Edilmesi)

Schmitt'e göre, egemenlik, anayasal düzenin temelidir. Egemen, olağanüstü hallerde karar alma yetkisine sahip olan kişi ya da organdır⁹⁹. Ancak modern anayasalar, egemenin bu mutlak karar verme yetkisini sınırlayarak, iktidarın hukuki normlara bağlanmasını ve bu normlar çerçevesinde hareket edilmesini öngörür. Schmitt'in

⁹² Aktaran: Özenç (n 5) 98-99.

⁹³ Esasında bu konu Schmitt'in “*dost-düşman*” temellendirmesine dayanmaktadır ve siyasi birliği oluşturan bir kavram olarak ifade edilir. Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı* (Ece Göztepe tr, Metis Yayınları 2021) 58; Bkz. Harry Reicher, ‘İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak: Eli Kanlı Hukukçular Nürnberg’de’, in Alan E. Steinweiss ve Robert D. Rachlin (eds), *Nazi Almanyasında Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması* (Kıvılcım Turanlı çev, Zoe Kitap 2022) 179.

⁹⁴ Reicher (n 93) 168,178.

⁹⁵ Fatma Betül Sehwala, ‘Carl Schmitt’in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi’ (2023) 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) 697.

⁹⁶ Schmitt'in hukuk devleti anlayışını ifade eder. Ona göre hukuk yalnızca şekli (prosedürel) kurullarla sınırlı bir yapı olarak görülmez. Şekli hukuk devletini (formal law state) tarafsız ve teknik bir araç olarak değerlendirir ve bu yaklaşım hukukun siyasal bağlamını göz ardı edeceğini, devletin varlığını tehlikeye atabileceğini öne sürer. Şekli yasa “*siyasal yasa*” kavramıyla tamamlanır. Bkz. Göztepe (n 80) 149.

⁹⁷ Sehwala, ‘Carl Schmitt’in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi’ (n 95) 697.

⁹⁸ Özenç (n 5) 98.

⁹⁹ Schmitt, *Siyasi İlahiyat* (n 83) 19-20.

perspektifinden bu, "egemenliğin bertaraf edilmesi veya zayıflatılması" olarak görülmektedir¹⁰⁰. Schmitt'e göre, "liberal hukuk devleti" ve "parlamentar yasama devleti" kavramları arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır¹⁰¹. Bu tür devletlerde bireylerin ya da devlet yöneticilerinin keyfi iradesi değil, yalnızca kanunların üstünlüğü esas alınır. Buna göre, siyasi iktidarın güç kullanma yetkisinin meşruiyeti, devletin tüm eylemlerinin kanunlara uygun olmasıyla sağlanır. Parlamentar yasama devletinde hukuk, öncelikli olarak yasama organı tarafından çıkarılan kanunlar aracılığıyla somutlaşır.

Liberal bir hukuk devletinde yasama organının üstünlüğü ilkesi esastır. Bu çerçevede, kanun koyma yetkisi yalnızca yasama organına aittir ve bu yetkiyi elinde bulunduran yasama organı, hukukun, mevcut düzenin ve adaletin kesin koruyucusu olarak kabul edilir. Ancak bu durum, yasama gücünün kötüye kullanılma ihtimalinin tamamen görmezden gelinmesi gerektiği anlamına gelmez; aksi hâlde liberal bir hukuk devleti yerine farklı bir devlet biçimi inşa edilmesi gerekebilir.

Buna karşın, anayasal denetim yapan bir yargı organı, yasama organı üzerinde etkili bir denetim gücüne sahip olabilir. Bu durum, özellikle AYM'nin anayasal normların muğlak yapısı nedeniyle sadece hukuku uygulama işleviyle sınırlı kalamayarak, kaçınılmaz olarak hukuk yaratma eyleminde bulunması hâlinde ortaya çıkar. Böyle bir gelişme, yeni bir kanun koyucunun ortaya çıkması anlamına gelir ve yasama organının tekel niteliği ile merkezi konumunu tehlikeye düşürür. Schmitt'e göre, ancak merkezi iktidar ile kanunların bulunmadığı yargı devletinde hâkimler, bir olay karşısında hukuk yaratabilirler ve yargı bu devlet türünde anayasanın koruyucusu vazifesini üstlenebilir¹⁰².

3. Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Yargısal Değil Siyasidir

Schmitt'e göre, anayasa yargısının bir yargı organı tarafından yapılması, demokratik ve egemen bir devletin güçlü merkezi iktidar ihtiyacını zayıflatabilir. Yasaların iptalinin bağımsız bir mahkeme tarafından yapılması, halkın iradesi ve yasama organının işlevlerini mahkemelere devretmek anlamına gelir¹⁰³. Bu nedenle, anayasal

¹⁰⁰ Türkeli (n 8) 983-984, 994.

¹⁰¹ Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer ed and tr, Duke University Press: 3, 2004) 17.

¹⁰² Özenç (n 5) 103.

¹⁰³ Waldron'a göre anayasa yargısı, demokratik değerler söz konusu olduğunda siyasi olarak gayrimeşru durumdadır. Gerçekten de anayasa yargısı az sayıda seçilmemiş ve hesap verme yetkisi olmayan hâkimler arasında çoğunluk oyuna ayrıcalık tanıyarak, sıradan vatandaşları haklarından mahrum eder ve haklarla ilgili sorunların nihai çözümünde temsil ve siyasi eşitlikle ilgili çok değerli ilkeleri bir kenara iter. Bkz. Jeremy Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review' (2006) 115 (6) *The Yale Law Journal*, <https://doi.org/10.2307/20455656> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 1353;

denetimin yargı kuvveti içerisindeki bir kurum veya tesis edilecek ayrı bir yargısal kurum tarafından yerine getirilmesine karşısında Anayasa yargısının imkânsızlığını savunur¹⁰⁴. Schmitt, hukukun üstünlüğüne ilişkin yanlış ve soyut bir anlayış olduğunu iddia eder. Tüm siyasi meselelerin yargısal usuller kullanılarak çözüme kavuşturulmasını hukukun üstünlüğü idealiyle özdeşleştirmek ve yargıya açık olmayan meselelere doğru böyle bir genişlemenin sadece yargıya zarar verebileceğini göz ardı etmek doğal görünmektedir. Bunun sonucu, hem anayasal hem de uluslararası hukuk meseleleri ile ilgili olarak çoğu kez ifade edildiği gibi, siyasetin hukukleştirilmesi değil, yargılamanın siyasileştirilmesi olacaktır¹⁰⁵.

Schmitt'e göre liberal bir hukuk devletinde, anayasal denetim yetisine haiz bir AYM kurulması hâlinde, bir yargı organının varlığından bahsedilemez. Bu durumda ihtilaf konusu olan anayasa ve yasama sorunlarına dair kararlar veren, siyasi bir kuruluş söz konusu olur ve anayasanın koruyucusu pozisyonunu üstlenir. Bir çeşit yargı devleti inşası manasını taşıyan bu hâl, hukuk devletiyle de uyumsuz¹⁰⁶.

Gözler, konuya daha farklı açıdan yaklaşarak AYM'nin siyasi kuruluş hâline geleceğini ve yasama organının üstünde süper bir yasama organı olarak yer alacağını ifade eder. Gözler'e göre AYM üyelerinin hepsini direkt olarak, halkça seçilmesi durumunda bile, AYM'nin meşruluğu meselesi ortadan kaldırılmamaktadır. Zira bu koşulda iki problem meydana gelecektir: Birincisi ortaya çıkan organın vasfı hakkındadır. Gerçekten de bu durumda artık, bir yargısal makamdan değil, siyasal makamdan bahsedebiliriz. Siyasal makam olduğu için de bu makamca yerine getirilen

Gözler de anayasaya yargısının meşru olduğunun kabul edilebilmesi için AYM üyelerinin anayasayı, milletvekillerinden daha iyi yorumladıklarının kanıtlanması gerektiği olgusunu ileri sürer. Ancak yapılan yorumun daha doğru olduğunun kanıtlanması ise imkânsızdır. İşte böyle kanıt getirilemiyor ve durum ortaya konulamıyorsa parlamento ile AYM'nin karşı karşıya gelmesi durumunda demokratik ülkede, son sözü parlamento söylemeli ve parlamentonun yorumu üstün olmalıdır, AYM'nin değil. Zira parlamento üyeleri yani milletvekilleri halkça seçilirken, AYM üyelerinde böyle bir durum söz konusu değildir. Bkz. Gözler, *Anayasa Yargısının Meşruluğu* (n 73) 146-147.

¹⁰⁴ Carl Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015) 79 vd.

¹⁰⁵ Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105), 90-91; Erdoğan da benzer düşüncededir. Erdoğan'a göre anayasa yargısı, politik meselelerin ortadan kaldırılması işinin yargı makamlarına bırakılması manasını taşır. Ancak bu hâlde yargısal makamların siyasileşmesinin yanı sıra devletin hukuk ile kayıtlanması gayesini gerçekleştirecekleri de kati değildir. Zira siyasi sebeplerin ağırlıklı olduğu, yargı kararlarından devleti kayıtlayacak bir hukuk oluşması mümkün olmayabilir. Bunun yanında devleti hürriyetler yararına kayıtlama istencinin oluşması da garanti değildir. Bkz. Erdoğan (n 47) 40.

¹⁰⁶ Özenç (n 5) 104.

anayasaya aykırılık denetimi, siyasal denetim olur. Yargısal denetim sayılmaz. İkincisi ise AYM üyelerinin halkça seçilmesinden dolayı, AYM artık parlamentonun üzerinde bulunan bir parlamento, süper bir yasama organı durumuna dönüşür. Parlamento ise süper yasama organına sadece kanun tasarısı yapan sıradan bir komisyon olur¹⁰⁷.

Yine bir eylemin yargısal olarak nitelendirilebilmesi için normun muhtevasının belirli ve açık olması elzemdir. Bu bağlamda normun muhtevası muğlak ve ihtilafli ise artık yargısal bir eylemden bahsedilemez. Anayasal normlar, geniş kapsamları ve muğlak nitelikleri nedeniyle kanunlarla çatışabilecek özelliklere sahiptir. Bu tür bir çatışma durumunda, öncelikle anayasal normların içeriğine dair belirsizliklerin giderilmesi gerekir. Ancak bu süreç, somut bir olayla ilgili yargısal karar vermek anlamına gelmez; aksine, normun içeriği ve kapsamının doğru bir şekilde belirlenmesi gerektiği için bu, bir yasama faaliyetidir. Bu eylem anayasal boyutta meydana geldiğinden dolayı da anayasa yapma faaliyeti olarak tezahür eder¹⁰⁸.

4. Anayasal Denetimler Genel Mahkemelerce Kısıtlı Biçimde Yapılabilir

Schmitt, 1925 tarihli *Anayasa Öğretisi* adlı eserinde, genel mahkemeler tarafından yapılan anayasal denetimi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı görmez. Çünkü bu tür bir denetim, somut vakalarla sınırlı ve belirli davalar üzerinden gerçekleştirilir, dolayısıyla yasamanın yetkilerine müdahale anlamına gelmez. Bu durum, yargının sadece mevcut somut durumu değerlendirdiği bir işlem olarak kabul edilir ve yasama yetkisini aşan bir uygulama olarak görülmez¹⁰⁹.

Schmitt, 1931 tarihli *Anayasanın Koruyucusu* başlıklı eserinde, genel mahkemelerin anayasal denetim yaparken, anayasaya aykırı olarak gördükleri bir normu somut vakaya uygulamaktan kaçınabilmeleri için normun kapsamının muğlak olması gerektiğini savunmuştur. Özellikle, '*anayasanın ruhu*' gibi yoruma açık, belirsiz kavramlara dayalı anayasa denetimi yapılamaz. Eğer somut bir vakada anayasal norm ile kanun arasında bir çelişki varsa ve her iki norm da belirli bir şekilde yorumlanabiliyorsa, hâkim kanunu uygulamaktan kaçınabilir. Bu durumda, yargısal

¹⁰⁷ Gözler (n 73) 142.

¹⁰⁸ Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 131-132; Suat Kutay Küçükler, *Carl Schmitt'in Hukuk Düşüncesinde Demokrasi ve Diktatörlük Tartışması* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 102-103; Özenç (n 5) 100-101.

¹⁰⁹ Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105), 80 vd.; Göztepe (n 80) 148, 151; Özenç (n 5) 107.

faaliyette norma bağlılık ilkesinin ihlali söz konusu olmaz, çünkü anayasal norma bağlılık, anayasanın üstünlüğü ilkesinin gereği olarak her zaman üstün kabul edilir¹¹⁰.

5. Devlet Başkanının Anayasa Koruma Yetkisi

Schmitt, kendi anayasal tanımından yola çıkarak anayasanın korunmasının¹¹¹ işlev bakımından hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğu düşüncesindedir. Bu nedenle anayasayı koruma yetkisi devlet başkanındadır¹¹². Çünkü devlet başkanı, mevcut siyasi partiler karşısında tarafsız olup aynı zamanda demokratik meşruiyete sahiptir¹¹³.

Schmitt, "Anayasanın Koruyucusu" başlıklı eserinde, Weimar parlamentosunda ileri sürülen anayasanın koruyuculuğu görevinin "Alman Devlet Yüksek Mahkemesi (Staatsgerichtshof)" tarafından yerine getirilmesi görüşünün esasen Amerikan Yüksek Mahkemesinin hususi yeri ve fonksiyonundan yola çıkılarak söylendiğini ileri sürer. Ancak Schmitt'e göre Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sistem ve yerinin Kıta Avrupası'na hem toplumsal hem de siyasi bakımdan nakledilmesi mümkün değildir¹¹⁴.

Schmitt, tarihi ve siyasi dönümleri esas alarak değerlendirme yapar. Schmitt'e göre devlet-toplum arasındaki farklılıkların 20. yüzyılda ortadan kalkmasıyla yasama devleti manasını yitirir. Artık devlet-toplum arasında özdeşleşme meydana gelmeye başlar. Devlet ve toplumun özdeşleşmesi doğrultusunda devlet-toplum arasındaki siyasi-gayri siyasi ayrımı ortadan kaldığından her husus devletin ilgi alanına dâhil olur. Görüldüğü üzere 20. yüzyılda, tarafsız liberal devletten totaliter bir devlete dönüş söz konusudur. Bu durum anayasanın koruyuculuğuna dair mülâhazaların artmasına sebep olmuştur¹¹⁵.

Devletin eylemlerinde meydana gelen yayılma ile birlikte, eylemlerin esas süjesi olan yasama organı karşısında bir tepkinin yanında teminat arayışı söz konusu olmuştur.

¹¹⁰ Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105), 89-90; Göztepe (n 80) 159, dpn. 104.

¹¹¹ Schmitt, anayasanın kimin tarafından korunacağı mülâhazasını aslında devletin sürekliliğine dair bir problem şeklinde görür. Bkz. Türkeli (n 8) 997.

¹¹² Türkeli'ye göre Schmitt tarafından anayasayı koruyacak kişi ve/veya makam olarak devlet başkanının tavsiye edilmesi, aslında otoriter rejimlere kapı aralayan bir yöntemdir. Bkz. Türkeli (n 8) 1003.

¹¹³ Özenç (n 5) 96. Bu çıkarım, yalnızca parlamenter rejimler için geçerlidir. Parlamenter sistemlerde, devlet başkanı tarafsız ve sembolik bir görev üstlenir. Başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinde farklı dinamikler söz konusudur.

¹¹⁴ Türkeli (n 8) 997.

¹¹⁵ Özenç (n 5) 202-203.

Bu teminatın yargı alanında aranmasına ilişkin gayret ise anlık bir tepkidir. Zira yargısal fonksiyonu diğerlerinden ayıran temel niteliği diğer organlara bağımlılıktır. Bu ilişki yargı organının yasama organı karşısında bir ağırlık meydana getirmesini olanaksız kılar. Bu ağırlığı ise sadece yürütme organı meydana getirebilir¹¹⁶.

Parlamentar bir yasama devletinde partiler, demokrasinin yürütülebilmesi için gereken esaslı niteliklerini fiilen yitirmişlerdir. Bu kuruluşlar devlet-toplum arasındaki farklılıkların yok olmasının neticelerinden faydalanırlar. Sonuç olarak, değişik iktidar mihraklarından meydana gelen çoğulcu bir devlet türemiştir. Yani parlamenter parti devleti artık çoğulcu parti devletine dönüşmüştür. Yasama organı ise siyasi partiler yüzünden devletin çoğulcu bir bölünmesi durumuna gelmiştir. Bu saatten sonra yasama organı, anayasanın koruyucusu olamaz. Aksine yasama organı, kendisinden anayasanın korunmasının zaruri olduğu bir tehdit durumunu almıştır. Görünen tehditler karşısında ise siyasi birlik ve kararlılığı temin edecek otoriteye ihtiyaç duyulmaktadır. Schmitt'i böyle bir otoritenin aranmasına iten şeyler, yasama organı içerisinde yer alan siyasi partilerin girmiş oldukları menfaat mücadeleleri ile kurumsal birlikteliklerin ortadan kalkması yani bölünmesi olmuştur. Bu sebeple anayasal düzenin çöküşünü önlemek için bütün karşıt menfaat odaklarının üstünde yer alan "tarafsız bir güç" arama ihtiyacı doğmuştur¹¹⁷. Bu otorite total devlete dönüşün önündeki mâniayı kaldırabilir. Yani anayasaya aykırı biçimde var olan çoğunluğu anayasaya mütenasip biçimde yok edebilir¹¹⁸. Bundan dolayı, otoritenin bağımsız ve siyasi partilerin siyasetinden bitaraf olması gerekir. Bu kişi de başkandır¹¹⁹. Schmitt'in yasama organı içerisinde siyasi partilerin girdikleri karşıt menfaat mücadeleleri ile yaşanan kurumsal ayrılmalar ve bölünmeler karşısında devletin sürekliliğini temin ederek tehlikeleri ortadan kaldırabilecek yasama ve yargı organı haricinde bir güç arayışı, onu devlet başkanının anayasayı koruyacak bir durumda bulunduğu fikrine doğru hareket ettirmiştir. Ayrıca başkan, hem halkın siyasi bütünlüğünü muhafaza eden hem de Weimar anayasasının temel aldığı demokratik ögeler ile ahenkli bir yapıya sahiptir. Bunun yanında toplumsal ve iktisadi menfaat gruplarının çoğulculuğuna karşı, parti siyasetlerinden de bağımsız ve tarafsız bir yerde durmaktadır¹²⁰. Ayrıca devlet başkanı, sahip olduğu teminat ve yetkilerin yanı sıra,

¹¹⁶ ibid 203.

¹¹⁷ Bkz. Türkeli (n 8) 997.

¹¹⁸ Schmitt, 1934 tarihli "Führer Hukuku Korur" başlıklı makalesinde hem Alman Parlamentosunu, Bağımsız Sosyalist Parti'nin örgütlenme ve eylemlerini önlemediği, bu sebeple devlet düşmanlarına lüzumu olan cevabı ve cezayı veremediği gerekçesiyle eleştirirken hem de "Führer'in en üst düzey yargıç olarak hukuku en kötü suiistimallere karşı koruyacağını" ifade etmiştir. Bkz. Türkeli (n 8) 983.

¹¹⁹ Özenç (n 5) 205-207, 211.

¹²⁰ Türkeli (n 8) 997.

göreve başladığında anayasayı koruyacağına dair bir yemin eder. Bu siyasi yemin, Alman anayasa hukuku geleneğine göre, anayasanın teminatı olarak kabul edilir¹²¹.

III. KELSEN VE SCHMITT'İN ANAYASA YARGISINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLARININ KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRİLMESİ

Kelsen ve Schmitt'in görüşlerinin tek bir doğruyu göstermediğini, bunlardan birisini seçme zorunluluğumuzun olmadığını belirtmekte fayda vardır. Gerçekten de Almanya'da yaşayan bu yazarların görüşlerini, içinde yaşadıkları dönemde ülkelerinin toplumsal ve siyasi yapısı, ekonomik durumları etkilemiştir. Bu bakımdan yapılacak değerlendirme ülkelerin yönetim biçimi, yönetimin kimlerle paylaştığı, toplumu oluşturan halkın sosyolojik yapısı, ülkenin ekonomisi ve değerlendirmenin yapıldığı yıl gibi pek çok unsura göre farklılık gösterebilir.

Kelsen ve Schmitt'in anayasa yargısına ilişkin görüşleri arasındaki farklılıkların, her ikisinin kavramlara yükledikleri anlamlar ile siyasi düşüncelerinden kaynaklandığı görülmüştür. Gerçekten de her ikisi arasında anayasa, demokrasi, kuvvetler ayrılığı, anayasal denetim yetkisi ve anayasanın koruyucusun kimliği hakkında farklılıklar mevcuttur. Söz konusu hususları kısaca aşağıdaki şekilde tablo hâline getirebiliriz;

Tablo 1: Kelsen ve Schmitt'in görüşlerinin karşılaştırılması

Kavramlar	Kelsen	Schmitt
Anayasa	Dar anlamda, devletin temel kuruluşlarının yapısı ile yasamanın faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğini tanzim eden normlar bütünüdür. Geniş anlamda ise sadece kanunların yapılış biçimlerine değil, muhtevasına ilişkin de hudutlar çizer, teminatlar koyarlar.	Bir akit değildir. Aynı zamanda sadece normlar bütünü olarak da nitelendirilemez. Anayasa siyasi birliğin şekline ilişkin kararların tümünden oluşur.
Demokrasi	Özgürlüğü ve çoğulculuğu esas alır. Yasama organındaki çoğunluk ve azınlık kümesinin temsil ettiği halk	Türdeşlikle eş değer tuttuğu eşitliği esas alır. Demokrasinin kurucu unsuru homojen bir halktır. Gerçek

¹²¹ Özenç (n 5) 212.

	grupları arasındaki sürekli mutabakattır.	bir demokraside de çoğulculuk imkânsızdır.
Yargı Tanımı	Normlar hiyerarşisi çerçevesinde açıklar. Normlar hiyerarşisinin her seviyesinde hukukun yaratılması ile hukukun tatbiki birlikte gerçekleşir. Bu bağlamda anayasadan başlamak suretiyle yargı kararları ile idari işlemlere varıncaya kadar bu durum devam eder. Tabii ki bu gerçekleşmenin yoğunluk seviyeleri aynı değildir. Yoğunluk yasama organında en fazla iken yargı kararlarında ise birel norm yaratılması şeklinde en aza iner.	Yasama ve yargı arasında katı bir ayırım vardır. Yasama organı yalnızca kanun yaratırken, yargı organı ise kanunları, kanuna bağlı kalarak uygulamakla yükümlüdür. Normlar hiyerarşisiyle tam bir tezatlık yaratır.
Kuvvetler Ayrılığı	Kuvvetlerin birbirini denetim yetkisi bağlamında kuvvetlerin bölünmesidir.	Kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin yerine getirdiği işlevlerin maddi, diğer bir şekilde niteliksel açıdan ayrılığı ile ilişkilidir. Bu kavram liberal hukuk devletinin ana esasını meydana getirir.
Anayasal Denetim Yetkisi	Ayrı, bağımsız ve yargısal güce sahip Anayasa Mahkemesi'ndedir.	Genel Mahkemeler, anayasal norm ile kanun arasında tezatlık varsa ve hem anayasal norm hem de kanun altlanılmaya elverişli ise denetim yapabilir.
Anayasanın Koruyucusu	Anayasa Mahkemesi'dir.	Devlet Başkanı'dır.

Öncelikle bu karşılaştırmayı yaparken, her iki düşünürün anayasa yargısına dair teorilerinin farklı tarihsel ve siyasi bağlamlardan şekillendiğini göz önünde bulundurmak gerekir. Her iki düşünür de anayasa yargısının yeri ve fonksiyonu, anayasal düzenin korunmasıyla ilgili fikirler geliştirmekle birlikte bu konudaki temel anlayışları ve önerileri birbirinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Kelsen, anayasa yargısının hukukun üstünlüğü ve normatif yapısıyla uyumlu bir şekilde işleyişi gerektiğini savunurken, Schmitt, anayasa yargısının devletin egemenliğini zayıflatabileceğini ve siyasi bir müdahale aracı olabileceğini öne sürmektedir. Kelsen'in yaklaşımı daha normatif, hukuksal ve demokratik temellere dayanırken, Schmitt'in görüşleri daha çok siyasi gücün ve egemenliğin korunması üzerinden şekillenmektedir.

Kelsen'in anayasa yargısı anlayışı, hukukun üstünlüğü ilkesi ve normlar hiyerarşisi çerçevesinde tanımlanır. Temel normu hukuk düzeninin temeli olarak kabul eder ve anayasanın normlar hiyerarşisindeki en yüksek norm olduğunu savunur. Kelsen, anayasanın yalnızca bir toplum sözleşmesi ya da siyasi bir anlaşma değil, normatif bir yapısı olduğunu öne sürmektedir. Anayasada en üst norm olarak yer alan kurallar, toplumsal uzlaşma ve hukukun evrensel prensipleriyle uyumlu olmalıdır.

Schmitt, anayasayı hukukun normatif yapısından ziyade, halkın politik birliği/iradesi olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunur. Schmitt kuramının temelinde hukukun anayasal düzenin gerisinde kurucu iktidarın kararı olduğunu ortaya koymaktadır. Schmitt, Kelsen'in normativist hukuk düşüncesini eleştirerek, bu yaklaşımın hukuku yalnızca normlar sistemine indirgediğini ve onun toplumsal ve siyasi bağlamlarını ihmal ettiğini belirtir. Diğer ifadeyle hukuk sadece normlardan ibaret değildir; toplumsal olgular ve siyasi kararlarla da şekillenir. Schmitt'e göre, bir normun varlık kazanması (uygulanabilir hale gelmesi), yargıcın bireysel kararından değil, önceden oluşturulmuş kurallar havuzundan bir seçim yapmasından kaynaklanır¹²². Burada önemli soru şudur; "bir norm, yargıcın seçim yapabileceği bu havuzda neden ve nasıl yer almıştır?" bu sorunun cevabı, normun kendisinden değil, normu ortaya koyan başka bir karardan veya o normun kaynağını oluşturan başka bir yetkiden geldiği öne sürülür¹²³. Schmitt, bu noktada hukukun temelinde 'kurucu iktidar (constituent power)' kavramına işaret etmektedir¹²⁴. Kurucu iktidar, hukuki düzeni meydana getiren asıl ve öncül otoritedir. Bu iktidar, mevcut hukuki normlara dayanmaz; aksine, bu normların çerçevesini oluşturan, hukukun ötesindeki siyasi bir karardır. Schmitt'e göre hukuk, bireylerin rasyonel ve iradi eylemleriyle değil, egemenin verdiği bir kararla kurulur¹²⁵. Başka deyişle hukuki düzenin başlangıç noktası, bir kural veya normdan ziyade, bir egemenin 'olağanüstü durumda' verdiği temel karardır¹²⁶. Schmitt, hukukun dayandığı temel kararın, normatif çerçevenin veya somut bir düzenin olmadığı bir durumda ortaya çıktığını belirtmesidir. Bu, özellikle kriz veya olağanüstü hallerde geçerlidir. Schmitt'in Siyasi İlahiyat eserindeki "egemen,

¹²² Schmitt, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' (n 105) 79-81.

¹²³ Schmitt, asli kurucu iktidarı, halkın kendi siyasal varlığını ve birliğini belirlemek üzere verdiği temel siyasi karar ve irade olarak tanımlar. Ancak, asli kurucu iktidar (halk) iradesini kullandıktan yalnızca anayasada kendisine tanınan yetkiler doğrultusunda hareket edebilir. Bu yüzden normatif yapının asıl kurucusu siyasi iradedir. Normların gerisinde siyasi iradenin kararı vardır, dolayısıyla bunun sınırlandırılması mümkün değildir. Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 132; Ayrıca bkz. Göztepe (n 80) 144-145.

¹²⁴ Schmitt, *Constitutional Theory* (n 78) 131.

¹²⁵ ibid 132.

¹²⁶ Schmitt, *Siyasi İlahiyat* (n 83) 19-21.

olağanüstü hale karar verebilendir"¹²⁷ şeklindeki giriş cümlesi egemenin kim olduğunu ve hangi koşullarda harekete geçtiğini tanımlamaktadır. Schmitt'in demokrasi anlayışı, farklı toplumsal grupların varlığını kabul etmek yerine, tüm halkın ortak bir irade ile hareket etmesini temel almaktadır. Bu nedenle, Schmitt'in anlayışında, demokrasinin kurucu ögesi homojen bir halktır ve çoğulculuk bu anlayışa aykırıdır. Kelsen, demokrasiyi, çoğunluğun ve azınlığın uzlaşması olarak görmektedir. Ona göre, demokratik bir sistemde, toplumsal mutabakat ve hukuk normları her iki tarafı da eşit bir şekilde dikkate almalıdır.

Kelsen, kuvvetler ayrılığını normlar hiyerarşisi çerçevesinde açıklamıştır. Ona göre, yasama, yürütme ve yargı organları, birbirlerini denetlemek ve denetim süreçlerinde birbirlerinin yetki alanlarına müdahale etmemek suretiyle işlevlerini yerine getirirler. Kelsen, anayasa yargısının bağımsız olmasını ve normlar hiyerarşisinin en üst düzeyinde yer alan anayasa normlarını koruma görevine sahip olması gerektiğini savunmaktadır. Anayasa yargısı yalnızca anayasa ile çelişen yasaların geçersiz sayılmasını sağlamalıdır.

Schmitt, yasama, yürütme ve yargının birbirinden tamamen bağımsız şekilde işlemesi gerektiği anlayışını reddeder. Bunun yerine, bu kuvvetlerin işlevsel birliğini ve devletin bütünlüğü içinde birlikte çalışmasını savunur. Schmitt'e göre, liberal devlet kavramları (kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ilkesi vb.) egemeni sınırlamaktadır. Ona göre, yasama organı yalnızca kanun yaratırken, yargı organı bu kanunları uygulamakla yükümlüdür. Schmitt, genel mahkemelerin yalnızca somut vakalarla sınırlı denetim yapabileceğini öne sürmüştür. Ayrıca, anayasa yargısının hukuki denetim değil, siyasi bir denetim işlevi taşıdığı iddia etmiştir. Schmitt, bağımsız/ayrı bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını, yasama yetkisinin devri olarak görmüştür. Schmitt'e göre, devlet başkanı, egemenliğin simgesi olarak anayasanın korunması ve devamlılığını sağlamalıdır. O, anayasa koruyucusu olarak devlet başkanının, yalnızca hukuki değil, aynı zamanda siyasi bir işlevi yerine getirdiğini belirtir. Bu bakış açısına göre, anayasanın korunması sadece normatif değil, aynı zamanda siyasi bir süreçtir ve anayasa koruyucusu olarak devlet başkanı, anayasanın egemenliğini sürdürebilmek için önemli bir aktördür, çünkü acil durumlarda olağanüstü yetkilere sahiptir. Kelsen, anayasa koruyucusunun Anayasa Mahkemesi olması gerektiğini ifade ederken, AYM'nin anayasa normlarının korunmasında belirleyici bir rol oynadığı savına dayanmıştır.

¹²⁷ ibid 13.

SONUÇ

Anayasal denetim, anayasanın üstünlüğünü ve yasaların anayasa ile uyumunu güvence altına alarak anayasal ilkelerin etkin bir şekilde işleyişini sağlamak bakımından mühim bir işleve sahiptir. Kelsen ve Schmitt arasındaki tartışmalar da, bu ilkelere ve anayasal denetimin rolüne dair farklı bakış açılarını ortaya koymaktadır. Her iki hukukçu, aynı kavramlara farklı anlamlar yükleyerek çeşitli sonuçlara ulaşmışlardır.

Kelsen'e göre, anayasa yargısı, devlet fonksiyonlarının hukuka uygun şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla teknik araçlar sisteminin bir parçasıdır ve yalnızca hukuk devleti iddiasında bulunan devletler için geçerlidir. Kelsen, anayasa yargısını normlar hiyerarşisinin bir parçası olarak tanımlar ve bu hiyerarşinin en üstünde yer alan *Grundnorm*'un hukuk ötesi bir norm olduğunu savunur. *Grundnorm*'lar, pozitif hukuk normları olmasalar da alt normların geçerliliği bu normlara bağlıdır ancak *Grundnorm*'lar alt normların içeriğini belirlemezler. Kelsen, anayasal denetimin yasama organına verilemeyeceğini ve devlet başkanının anayasal sistemi hukuken koruyamayacağını ifade eder. Bunun yerine, anayasal denetimin bağımsız bir mahkeme tarafından yapılması gerektiğini vurgular.

Schmitt ise anayasa yargısına ve yargının rolüne dair daha eleştirel bir yaklaşım sergiler. Schmitt, anayasa yargısının imkânsız olduğunu, anayasaların egemeni sınırlandırdığını ve AYM'nin meşruiyetini sorgular. Liberalizmin hukuk devletine soyut kavramlar yüklemiş olduğunu belirtir. Ayrıca, anayasal denetim için normların belirli olması gerektiğini ve soyut kavramlar temel alınarak denetim yapılamayacağını, temel hakları zedeleyen kanunların ise denetim dışı olduğunu ifade eder. Bu görüş, modern anayasaların işlevsiz kalmasına yol açabilir. Schmitt göre, yargının yalnızca hukukun uygulanmasından sorumlu olması ve siyasi karar verme yetkisine sahip olmaması gerekir. Son durumda Schmitt, anayasal denetimin yalnızca genel mahkemeler tarafından sınırlı bir şekilde yapılabileceğini ve anayasanın koruyucusunun devlet başkanı olması gerektiğini savunur.

Bir diğer değerlendirmemiz kanunu iptal yetkisiyle donatılan AYM'nin kullandığı bu yetkinin yasama yetkisi olup olmayacağı ve böylece yasama organının yerine geçip geçmeyeceği, bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine tezatlık oluşturup oluşturmayacağı ve kararının yargısal olup olmayacağı ile ilgilidir. Schmitt ve Kelsen, bu konuda belirgin farklı görüşlere sahiptir.

Kelsen, anayasa yargısının yasama yetkisiyle ilişkisini farklı bir şekilde ele alır. Kelsen'e göre AYM'ce, anayasaya aykırı bulunarak bir kanunun iptal edilmesi aslında kanun

yapma faaliyetinin tersten meydana getirilmesidir. Bu iptal kararı, tıpkı bir kanunun yürürlüğe girmesi ile eşdeğer vasıfta bir etki meydana getirir. Bu etki genel niteliklidir. Dolayısıyla, AYM'nin kanunlar üzerindeki etkisi, bir çeşit negatif kanun koyucu işlevi gibi görünebilir. Ancak, bu yetki AYM'nin işlevini yasamaya yakınlaştırır da, denetim sırasında yürüttüğü faaliyet anayasal normların belirlediği sınırları somut duruma uyarlamaktan ibaret olduğundan, nihayetinde yargısal bir işlev olarak tezahür eder. AYM'nin somut denetim faaliyetinde normatif düzene bağlılık unsuru ön plandadır. Bir diğer deyişle AYM, diğer yargı kuruluşlarında olduğu gibi, hukuku uygulayan bir "negatif kanun koyucu" rolündedir ve yasama organının aksine hukuku serbestçe yaratma yetkisine haiz değildir. Zira pozitif anlamda kanun koyucu niteliğine sahip yasama organı, anayasal kurallara göre bir hukuk meydana getirirken, geniş takdir yetkisine sahiptir. AYM ise, dar takdir yetkisi bulunur. Ayrıca AYM'nin iptal yetkisi, kuvvetler ayrılığına tezatlık oluşturmaz. Kuvvetler ayrılığı ilkesi denilince, kuvvetlerin kati bir şekilde birbirinden ayrılması anlaşılır. Buradan kuvvetlerin birbirlerinin eylemlerini müteakib olarak denetlemesi manasını taşıyan kuvvetlerin bölünmesi anlaşılmalıdır. Böylece, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile devlet organlarının eylemlerinin hukuka uygun biçimde yerine getirilmesi teminat altına alınmış olur. Kelsen'e göre anayasa yargısı gerek kanunların içeriklerinin gerekse yapılış yöntemlerinin anayasaya uygun olduğunu teminat altına almak suretiyle azınlıkları çoğunluğun tecavüzlerine karşı muhafaza eder, çoğulcu demokrasiyi korur. Ancak azınlıklara zarar verici girişimlerin engellenmesi bakımından azınlıklara AYM'ye dava açma yetkisi tanınmalıdır. Kelsen, AYM'nin son raddede yargısal olmasına rağmen, neticeleri bakımından yasama işlevine yaklaşmasından yani karma özelliğe sahip olmasından dolayı AYM'nin de karma bir yapı altında örgütlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Bu bağlamda AYM üyelerinin en azından muayyen bölümü, yasama organınca nispi temsil ilkesine uygun olarak seçilmelidir. Bu durum hem AYM üyelerini siyasi tesirlerden uzaklaştıracak hem de yasama organı ile AYM arasındaki uzlaşmazlık ve karşıtlığın azaltılmasını temin edecektir. Kelsen'e göre, AYM'nin anayasal denetim yaparken soyut kavramlara dayanması uygun değildir, çünkü soyut kavramlar muğlak olup, siyasi düşüncelere göre farklı yorumlanabilir. Gerçekten de Kelsen yaklaşık bir asır öncesinden AYM'nin yargısal aktivizm eylemine dikkat çekmiş görünmektedir. Kelsen'in bu husustaki çözüm önerisi ise yerindedir.

Schmitt ise kuvvetler ayrılığını yasama ve yargı işlevlerinin maddi ve niteliksel olarak ayrımı şeklinde tanımlar. Yasama organının hukuku yaratma yetkisine sahip olduğunu ve yargının yalnızca bu hukuku uygulamakla yükümlü olduğunu savunur. Schmitt, hâkime takdir yetkisi tanınabileceğini kabul ederken, siyasi kararlar verme yetkisinin verilmemesi gerektiğini belirtir. Ayrıca, kanunların anayasal normlara uygunluğunu belirlemenin yargısal bir eylem olarak değerlendirilemeyeceğini ileri

sürer. Anayasal normların genellikle muğlak ve geniş kapsamlı olduğunu göz önünde bulundurarak, anayasal normlarla kanunlar arasında bir uyumsuzluk olduğunda, anayasal normların belirsizliklerinin önce giderilmesi gerektiğini ifade eder. Bu işlem, somut vakaların öngörülebilir normlara uygulanmasından ziyade, normun içeriğinin ve kapsamının tespitine yönelik bir yasama eylemi olarak kabul edilir ve anayasa yapma süreci olarak değerlendirilir.

Kelsen ve Schmitt'in yaklaşımları, anayasa yargısının rolü ve sınırları üzerine süregelen tartışmalara temel teşkil etmektedir. Bu iki düşünürün argümanları değerlendirildiğinde, hukuk ve siyasetin tamamen birbirinden ayrılması gerektiğini savunmak ya da hukukun her zaman siyasi bir doğaya sahip olduğunu ileri sürmek arasında bir denge arayışına ihtiyaç bulunmaktadır. Günümüzde birçok anayasa yargısı sistemi, hukukun normatif yönünü vurgulamakla birlikte, siyasi bağlamın etkilerini de göz önüne almaktadır. Anayasa mahkemeleri, bir yandan normatif düzeni korumak amacıyla yargısal işlevlerini yerine getirirken, diğer yandan verdikleri kararların toplumsal ve siyasal düzende yansısıyla siyasi bir etkiye sahip olurlar. Anayasa mahkemelerinin hem hukuki hem de siyasi olarak nasıl bir denge sağlaması gerektiği sorusu, anayasaların asli işlevi olan siyasi iktidarların yetkilerinin sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğundan AYM'nin özellikle siyasal iktidarın keyfi uygulamalarını engelleme, anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını teminat altına alma amacına hizmet etmesi gerektiği şeklinde olmalıdır.

Araştırma ve Yayın Etiği Beyanı

Bu çalışma bilimsel araştırma ve yayın etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

Yazarların Makaleye Olan Katkıları

Yazar 1 ve Yazar 2'nin makaleye katkıları sırasıyla %50 ve %50'dir.

Destek Beyanı

Araştırmada herhangi bir kurumdan destek alınmamıştır.

Çıkar Beyanı

Bu çalışmada herhangi bir çıkar çatışması bulunmamaktadır.

Statement Regarding Research and Publication Ethics

The study has been composed on the basis of the scientific research and the publication ethics rules.

Authors' Contributions

Author 1 and Author 2 has respectively contributed %50 and %50 to the study.

Statement Regarding Financial Support

Authors state no funding involved.

Statement Regarding Conflict of Interest

Authors state no conflict of interest.

KAYNAKÇA

Akyalçın A, 'Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması' (2016) 23, Anayasa Yargısı https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg23/akyalcin.pdf
Erişim Tarihi: 27 Mart 2024, 45-49

Anayurt Ö, 'AB Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar' (2009) 1(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-160

Aral V, *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri* (İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti 1978)

Atar Y, 'Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması' (2008) 25(1) Anayasa Yargısı <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939307> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 93-115.

Aydemir S R, 'Hans Kelsen'in Saf Hukuk Teorisi ve Devlet Anlayışı', (2004) 7(76) Mevzuat Dergisi <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/04a/04.htm> Erişim Tarihi: 19 Nisan 2024, 1-21

Dede K, 'Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme' (2014) 4(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/701471> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 125-148

Dworkin M. Ronald, 'Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri' (2011) *Anayasa Yargısı Dergisi* https://www.anayasa.gov.tr/media/4525/ronald_mdworkin.pdf Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025, 27-39

Egemen E E, 'Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu Sorunu' (2023) 3(1) *Antalya Bilim Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* <https://doi.org/10.54969/abuijss.1240294> Erişim Tarihi 22 Nisan 2024, 22-42

Erdoğan M, 'Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği' (2011) 10(20) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* <http://erdoganmustafa.org/wp-content/uploads/2016/10/Demokrasi-Anayasa-Yarg%C4%B1s%C4%B1-ve-T%C3%BCrkiye-%C3%96rne%C4%9Fi.pdf> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 27-45

Fendoğlu H T, *Anayasa Yargısı* (Yetkin Yayınları 2017)

Gökçe A F ve Dölek E, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi' (2018) 5(6) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/593011> Erişim Tarihi: 21 Nisan 2024, 118-143

Gören Z, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu, Sınırları ve Toplumsal Uzlaşmanın Korunması Fonksiyonu' (2019) 7(1) *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* <https://jurix.com.tr/article/19242> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 13-22

Gözler K, 'Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu', (2006) 61(3) *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/articlefile/38096> Erişim Tarihi 22 Nisan 2024, 131-166

—, 'Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi' www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.htm Erişim Tarihi: 26 Ocak 2025

Göztepe E, 'Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'', (2015) 73(1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230778> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 129-180

Güveyi Ü, 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi' (2012) 16(3), *Gazi Üniversitesi Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789363> Erişim Tarihi: 20 Nisan 2024, 137-162

Kelsen H, 'Anayasanın Yargısal Teminatı (Anayasa Yargısı)' Yasin Sönmez (çev) (2015) 64(3) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/622460> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024, 857-914

—, 'Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015)

—, 'The Pure Theory of Law' (1935) 51(3) Law Quarterly Review https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/lqr51§ion=41 Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2024, 517-535

—, 'Who Ought to be the Guardian of the Constitution? Kelsen's Reply to Schmitt', in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015)

—, 'Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution' 1942 4(2) The Journal of Politics, The University of Chicago Press Journals, https://www.jstor.org/stable/pdf/2125770.pdf?refreqid=fastly-default%3A80816169de3a4b1990d27fbba59b0f82&ab_segments=&initiator=&acceptTC=1 Erişim Tarihi: 10 Ocak 2025, 183-200

—, 'What is the Pure Theory of Law' (1960) (34) Tulane Law Review 269-276

—, *Demokrasi: Doğası & Değeri* (1. Baskı, Dost Kitapevi, 2019)

—, *Pure Theory of Law* (Max Knight ed, The Lawbook Exchange Ltd. New Jersey 2005) https://books.google.com.tr/books?id=6XQNJe8-OdEC&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false Erişim tarihi: 15 Ocak 2025

Kurnaz H, 'Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi' (Temmuz-Ağustos-Eylül 2006) (2) Yasama Dergisi 92-122

Kutkan O, 'Anayasa Mahkemelerinin Norm Alanını Daraltması ve Genişletmesi' (2019) 21(Ö.S.) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/OGUZ-CAN-KUTKAN.pdf> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 2063-2096

Küçükler S K, *Carl Schmitt'in Hukuk Düşüncesinde Demokrasi ve Diktatörlük Tartışması* (On İki Levha Yayıncılık 2023)

Metin Y, 'Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu' (2012) 2(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213633> Erişim Tarihi: 23 Nisan 2024, 89-130

Özenç B, *Demokrasiyi ve Anayasayı Korumak-Kelsen Schmitt'e Karşı* (İletişim Yayınları 2022)

Reicher H, Reicher, 'İnsanlığa Karşı Suçlarda Sorumluluktan Kaçmak: Eli Kanlı Hukukçular Nürnberg'de', in Alan E. Steinweiss ve Robert D. Rachlin (eds), *Nazi Almanyasında Hukuk: İdeoloji, Fırsatçılık ve Adaletin Saptırılması* (Kıvılcım Turanlı çev, Zoe Kitap 2022)

Schmitt C, 'The Guardian of the Constitution: Schmitt's Argument Against Constitutional Review' in Lars Vinx (ed and tr), *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015).

—, *Constitutional Theory* (Jeffrey Seitzer ed and tr, Duke University Press 2008)

—, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* (A. Emre Zeybekoğlu çev, Dost Yayınevi 2024)

—, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Ellen Kennedy tr, The MIT Press 1988)

—, *Legality and Legitimacy* (Jeffrey Seitzer ed and tr, Duke University Press 2004)

Sehrawala F B, 'Carl Schmitt'in Parlamentarizm Eleştirisi ve Olağanüstü Hâl Teorisi' 2023 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) 677-718

Turhan M, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62(3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/36042> Erişim Tarihi 22 Nisan 2024, 379-404

—, 'Hans Kelsen'e Göre Anayasa Kavramı, Anayasanın Fonksiyonu ve Anayasa Yargısı' (2018) 3(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://jurix.com.tr/article/12350?u=0&c=0> Erişim Tarihi 23 Nisan 2024, 203-226.

Türkeli G, 'Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması' (2020) 26(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi <https://doi.org/10.33433/maruhad.811202> Erişim Tarihi 21 Nisan 2024, 980-1005

Türmen R, 'Anayasa Mahkemesi'nin Kararı: Egemenlik ve Hukuk Devleti' (*Milliyet*, 27 Ekim 2008) <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/riza-turmen/anayasa-mahkeme-si-ninkarari-egemenlik-ve-hukuk-devleti-1008266> Erişim Tarihi: 25 Mart 2024

Uslu F, 'Anayasa Yargısının İşlevleri' (2013) 8(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://www.jurix.com.tr/article/5767?u=0&c=0> Erişim Tarihi: 14 Nisan 2024, 531-567

Vinx L, 'Kelsen ve Hukuk ve Devletin Özdeşliği', Mehmet Turhan (çev) (2016) 1(1) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <https://repository.bilkent.edu.tr/server/api/core/bitstreams/b0996269-43e6-4824-b2d8-5bcb760a2141/content> Erişim Tarihi: 22 Nisan 2024, 99-122.

—, *The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press, 2015).

Waldron J, 'The Core of the Case Against Judicial Review' (2006) 115 (6) The Yale Law Journal, <https://doi.org/10.2307/20455656> Erişim Tarihi: 03 Nisan 2024, 1346-1406