

ANAYASAL KİMLİK KAVRAMI ve TÜRKİYE ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME

*The Concept of Constitutional Identity and a Brief
Assessment on Turkey*

Zeynep ÖZKAN GÜNEŞ*

ÖZ

Anayasal kimlik, henüz anlamı üzerinde uzlaşması olmayan; ancak ulusal ve uluslararası mahkeme içtihatlarında çeşitli nedenlerle yer verilen tartışmalı bir kavramdır. Kavramın iki farklı anlamı, *Michel Rosenfeld* ve *Gary Jacobsohn* tarafından ortaya konulmuştur. Kavramı açıklamada *Rosenfeld*, bir anayasal özne olarak halkın kimliğine odaklanırken; *Jacobsohn* daha çok anayasanın kimliğine odaklanmıştır. *Rosenfeld*'e göre, anayasal kimlik, bir ulusun/halkın anayasa ile ifade edilen, belirlenen ve şekillendirilen özel, inşa edilmiş, kolektif kimliğidir. *Jacobsohn*'a göre, anayasal kimlik, bir ulusal düzende anayasal gelişimi ve değişimi açıklamak için kullanılan bir araçtır. Bu çalışmada anayasal kimliğin farklı tanımlamalarının yanı sıra, Mahkeme içtihatlarındaki kullanımlarından hareketle, kavramın üstlendiği düşünülen işlevlerine ve özel öneminden dolayı Avrupa Birliği (AB) anayasal kimliğine de yer verilmektedir. Teorik çerçevenin aktarımının ardından Türkiye üzerine de bir değerlendirme yapılmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmada anayasal kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olanın, anayasada kimliğe ilişkin bir belirleme yapılmışsa bile bunun yanı sıra, toplum pratiğinde bu kimliğin kabul görmesi ve yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılması olduğu belirtilmektedir. Türkiye'de anayasal kimliğe ilişkin belirleme yapabilmek için de hem anayasal gelişmelerden hem de Anayasa Mahkemesinin kararlarından yola çıkmanın yararlı olacağı düşünülmektedir. Buradan hareketle, Türkiye'de anayasal kimlik olarak laiklik ilkesi ele

Makalenin Geliş Tarihi: 03.07.2024, **Makalenin Kabul Tarihi:** 25.12.2024.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta:ozkan.zynp@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0644- 808X.

alınmakta olup laikliğin anlaşılış biçimi *merkez – çevre* paradigmasıyla açıklanmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Anayasal Kimlik, Anayasal Kimliğin İşlevi, AB Anayasal Kimliği, Türkiye’de Anayasal Kimlik.

ABSTRACT

Constitutional identity is a controversial concept, and there has yet to be an agreement on the concept's meaning. Nevertheless, it is included in national and supranational courts' jurisprudence for various reasons. Rosenfeld and Jacobsohn have proposed two different meanings of the concept. While explaining the concept, *Rosenfeld* focuses on the identity of the people as a constitutional subject; *Jacobsohn* focuses more on the identity of the constitution. According to *Rosenfeld*, constitutional identity is the special, constructed, collective identity of a nation/people expressed, determined, and shaped by the constitution. According to *Jacobsohn*, it is a tool used to explain constitutional development and change in a national order. In this study, in addition to different definitions of constitutional identity, the functions of the concept and the constitutional identity of the EU will be explored. After the theoretical framework, an evaluation is attempted to be made on Turkey. It is thought that it would be useful to start from both constitutional developments and the decisions of the Constitutional Court to determine it in Turkey. From this view, secularism as a constitutional identity in Turkey is discussed and the way secularism is understood is tried to be explained with the center - periphery paradigm.

Keywords : Constitutional Identity, Function of Constitutional Identity, EU Constitutional Identity, Constitutional Identity in Turkey.

GİRİŞ

Anayasacılık, Batı’da 18. yüzyılda, siyasal iktidarın sınırlandırılması, denetlenmesi ve frenlenmesi ile özgürlüklerin güvence altına alınmasını; bir başka ifadeyle iktidarın keyfililiğinin önlenmesini esas alan siyasal düşünce akımı ve bunu sağlamaya yönelik araç ve yöntemlerdir.¹ Anayasalar ise, iktidarın sınırlandırılması ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının en

¹ Jeremy Waldron, “Constitutionalism”: A Skeptical View,” <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlecture> E.T:19.4.2023

önemli araçtır. “Anayasa” salt hukuki bir norm değil; halkı ve bir bütün olarak siyasal topluluğu oluşturan temel normdur. Dolayısıyla anayasalar, bir siyasal topluluğun arzularının, kimliğinin, ideolojisinin yansımasıdır. Ancak anayasalar ve hitap ettikleri siyasal topluluk arasında karşılıklı bir etkileşim olduğunu belirtmekte yarar vardır. Siyasal topluluklar kendi “kurucu öz” ünü anayasalara yansıtır ve anayasalar da bu “kurucu öz” etrafında toplumu şekillendirir. Bu bağlamda çalışmanın konusu olan anayasal kimlik bir siyasal topluluğun “kurucu öz”ü olarak ifade edilmekte ve bu “kurucu öz”ün anayasanın da özü olduğu belirtilmektedir.

Bu belirleme ışığında çalışmada anayasal kimlik kavramının ne anlama geldiği ve Türkiye için bir anayasal kimlik tartışması ortaya konulmaya çalışılması temel amaçtır. Bu bağlamda çalışma, öncelikle anayasal kimlik kavramının açıkça kullanıldığı ilk örnekler üzerinden başlamaktadır. Daha sonra kavramın literatürde farklı yazarlarca ortaya konulmuş anlamları verilmeye çalışılacaktır. Anayasal kimlik kavramının anayasa hukuku literatüründe tartışılıyor olması, kavrama gerek Mahkeme içtihatlarında gerek siyasal iktidarlarca farklı biçimlerde başvuruluyor olması, bu çalışmada, kavramın bir işlevi olup olmadığı tartışmasıyla şekillendirilmektedir. Bu bağlamda kavramın işlevi/işlevsizliği üzerine bir değerlendirmeyi içeren başlığa yer verilmektedir. Öte yandan Avrupa Birliği (AB) gibi ulus üstü bütünleşme süreçlerinde de kavrama başvurulduğu dikkat çektiğinden AB’de anayasal kimlik meselesi de ayrı bir başlık altında ele alınmaya değer görülmüştür. Son olarak çalışmada, Türkiye açısından bir anayasal kimlik tartışması yürütülmeye çalışılmaktadır.

I. Anayasal Kimlik Kavramının Ortaya Çıkışı

Kavram, “anayasal kimlik” şeklinde açık ifadeyle ilk kez, Fransız Anayasa Konseyinin 27.7.2006 tarih ve 2006-540 DC sayılı kararında² kullanılmıştır. Bununla birlikte kavramın 1970 - 1980’li yıllardan itibaren Avrupa Anayasa Mahkemeleri tarafından, Avrupa bütünleşme sürecinde Avrupa Birliği Adalet Divanının (ABAD) taraf devletlerin hukuk düzeni üzerindeki öncelikli etkisine (*primacy*) karşı bir argüman olarak kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Böylece kavram, anayasa mahkemeleri aracılığıyla

² Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006, prg. 19.
<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2006/2006540DC.htm>
E.T:19.4.2023

içtihadî olarak ortaya çıkmış ve henüz üzerinde uzlaşmış ortak bir anlayış olmasa da öğretilerde çeşitli yönlerden tanımlanmaya çalışılmıştır.

Fransız Anayasa Konseyinin söz konusu kararı, Avrupa Birliği (AB) Parlamentosu ve Konseyinin “Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve İlgili Hakların Belirli Yönlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin” 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/29/CE sayılı Direktifinin iç hukuka aktarılması işleminin anayasaya uygunluğu denetimine ilişkindir. Bu kararda Anayasa Konseyi, Anayasa’nın 88. maddesinin³ hükmü gereğince, Direktiflerin iç hukuka aktarımının anayasal gereklerle bağdaştığını ve bir Topluluk Direktifini iç hukuka aktarmaya yönelik bir kanunun denetlenmesinin bir takım sınırlamaya tabi olduğunu belirtmiştir.⁴ Bu sınırlamalardan biri olarak anayasal kimlik, “*bir Direktifin iç hukuka aktarılması, kurucu iktidarın buna rıza gösterdiği durumlar dışında, Fransa'nın anayasal kimliğine içkin bir kural veya ilkeye aykırı olamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu kararla birlikte, Konseyin 2004 tarihli, 2004-496 DC sayılı kararında⁵, AB Direktiflerinin uygulanmasının sınırı olarak belirlediği “*anayasanın hükümlerine açık aykırılık*” durumu, yerini “*Fransa'nın anayasal kimliğine aykırı olmama*” durumuna bırakmıştır.

Konsey kararının temelini, AB hukukunun iç hukuka aktarılması sürecinin anayasaya uygunluğunun denetlenip denetlenmeyeceği hususu oluşturmaktadır. Bu noktada, Konseyin iç hukuka aktarılan AB ikincil mevzuatının anayasaya uygunluğunu denetlemekten imtina eden diğer AB üyesi ülkelerin Anayasa Mahkemesi kararlarını takip ettiği söylenebilir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, *Solange II* (ing: “*as long as*” tr: “*diği sürece*”) kararında⁶; AB’nin, temel hakların korunmasını, Alman Temel Yasası (*Grundgesetz* -GG) ile karşılaştırılabilir bir şekilde “garanti ettiği sürece”, Anayasa Mahkemesinin artık AB ikincil mevzuatının Alman hukuk düzenine aktarılmasını denetlemeyeceğini belirtmiştir.⁷ İtalyan Anayasa Mahkemesi *Spa Fragd v Amministrazione delle Finanze* kararında⁸ İtalyan

³ Devlet, bazı yetkilerini ortak kullanmak üzere, yaptıkları antlaşma gereğince, serbestçe katılan devletlerce oluşturulan Avrupa Birliğine ve Avrupa Topluluklarına katılır.

⁴ Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006 , prg.17,18. E.T:19.4.2023

⁵ Decision no. 2004-496 DC of 29 July 2004, prg. 4. E.T:19.4.2023

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm> E.T:19.4.2023

⁶ BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II (22 October 1986). E.T:19.4.2023

⁷ Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin Solange I kararına ise aşağıda ilgili bölümde yer verilecektir.

⁸ Decisioni 232/89, Spa Fragd v Amministrazione delle Finanze, 21 Aprile 1989. E.T:19.4.2023

Anayasası'nın temel ilkelerinden birinin veya kişinin devredilemez haklarının ihlali olmadıkça, İtalyan Anayasa Mahkemesinin AB ikincil mevzuatının iç hukuka aktarımına ilişkin denetleme yetkisini kullanmayacağını belirtmiştir.⁹ Görüldüğü üzere, her üç Mahkeme kararı anayasaca korunan değerleri ön plana çıkarmakta; Konsey kararı ise açıkça anayasal kimliğe dayanmaktadır.

Konsey kararı çerçevesinde anayasal kimlik kavramının ne anlama geldiği ve kapsamının ne olduğu araştırılmaya muhtaçtır. Anayasa Konseyi, *Fransa'nın anayasal kimliğinin ne anlama geldiğine ve bu kimliğin doğasında bulunan ilke ve kuralların kapsamına* ilişkin bir belirleme yapmamakla birlikte, yalnız AB direktiflerinin iç hukuka aktarılmasının Fransız anayasal kimliği ilkelerine ters düşmemesi gerektiğini tespit etmiştir. Buradan hareketle Konseyin, topluluk hukukunun aşamayacağı nitelikte bir anayasal kimlik kavramı geliştirdiğini söylemek olanaklıdır. Bununla birlikte, bir hükmün, bir devletin anayasal kimliğine ait olarak nitelendirilmesi meselesi, anayasanın yorumlanması anlamına geldiğinden, bu tespiti yapma yetkisinin ulusal mahkemelere ait olduğu belirtilebilir.¹⁰

Yukarıda belirtildiği üzere, anayasal kimlik kavramı, açıkça ilk kez Fransız Anayasa Konseyi tarafından kullanılmışsa da örtülü olarak ilk kez Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin *Solange I ve II* içtihatları ile kullanılmaya başlanmıştır. Zaman içinde bu kullanım İtalya, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemeleri ve Fransız Anayasa Konseyi tarafından çeşitli argümanlarla sürdürülmüştür. Bu husus, kavramın işlevi bakımından önem taşıdığından bu içtihatlara işlev başlığı altında ilgili bölümde yer verilecektir.

II. Anayasal Kimliğin Tanımlanması Çabası

Anayasal kimlik kavramı, henüz ne anlama geldiği veya neye atıfta bulunduğu üzerinde uzlaşmayan - tartışmalı bir kavram olmakla birlikte, öğretilerde iki farklı anlayış etrafında şekillendirilmiştir. Birincisi; *Rosenfeld* tarafından ortaya konulan, anayasal kimliğin, bir ulusun/halkın anayasa ile ifade edilen, belirlenen ve şekillendirilen özel, inşa edilmiş, kolektif kimliği

⁹ Claudina Richards, "EU Law Before the French Courts: The Curious Incident of the Question Prioritaire de Constitutionnalité," 7. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167351

¹⁰ Jh Reestman, Leonard FM Besselink, "Constitutional Identity and The European Courts," *European Constitutional Law Review*: June 2007, Vol. 3, Issue 2, (Cambridge Uni Press 2007), 180.

olduğu anlayışıdır. İkincisi; *Jacobsohn* tarafından ortaya konulan, anayasal kimliğin, bir ulusal düzende anayasal gelişimi ve değişimi açıklamak için bir araç olarak kullanıldığı anlayışıdır.

Bu bağlamda *Rosenfeld*, anayasal kimliğin, bir topluluğun yazılı bir anayasaya sahip olması ve anayasanın kendi içeriği ile anayasanın meydana getirildiği bağlam tarafından belirlenmekte ve şekillenmekte olduğunu ifade etmektedir.¹¹ Ona göre anayasal kimlik, kendilerini diğer topluluklardan ayırt etmeye yarayan bir imge oluşturması gereken “*tasavvur edilmiş*” bir topluluğa (*imagined community*)¹² aittir.¹³ Bu anlamda anayasalar, ulusal kimlikten ve ilgili diğer tüm anayasa öncesi (*pre-constitutional*) ve anayasa dışı (*extra-constitutional*) kimliklerden ayrı bir anayasal kimliğin geliştirilmesine dayanır.¹⁴ Bu gelişim; ortak kimliğin ön plana çıkarılması ve farklılıkların bastırılması şeklinde sonuçlandırılan¹⁵, toplumdaki farklı kimliklerin veya çatışmaların arasındaki uzlaşma süreci olarak nitelendirilir.¹⁶ Böylece anayasal kimlik, yazılı bir anayasa metninin kendisi ve yargısal yorumlar tarafından şekillendirildiği gibi anayasal kimlik de yorum faaliyetlerini şekillendirir.¹⁷

Rosenfeld'in anayasal kimliğe ilişkin tanımlamalarında, kavramın diğer kimlik türlerinden veya kimliğe benzer diğer kavramlardan ayrıştığını belirtmek gerekir. Örneğin, anayasal kimlik, ulusal kimlikten farklıdır. Bir ulus ya da ulusal kimlik anayasaya başvurmadan kolaylıkla tasavvur edilebilir. Her iki kimlik de inşa edilir niteliktedir. Ancak anayasal kimlik, kısmen ulusal kimliğe karşı kısmen onunla tutarlı biçimde inşa edilmiştir.¹⁸ Anayasal kimlik, diğer ilgili kimliklerle sürekli olarak dinamik bir gerilim

¹¹ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó (Oxford University Press 2012), 757.

¹² “imagined community” kavramı Benedict Anderson tarafından ifade edilmiştir ve Rosenfeld tarafından Anderson’a atıfla kullanılmıştır. Bkz. Benedict Anderson, *Hayali Cemaatler* (Metis Yayınları 1993)

¹³ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 759.

¹⁴ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 760.

¹⁵ Michel Rosenfeld, “Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity,” *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy* edited by Michel Rosenfeld (Duke University Press 1994), 6.

¹⁶ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 761.

¹⁷ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 771.

¹⁸ Michel Rosenfeld, “Constitutional Identity,” (2012), 758.

içindedir. Bu, anayasacılık anlayışından ve anayasal kimliğin tasavvur edilmiş bir anayasal topluluğa ait olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Hem ulusu hem anayasal özneyi aynı insanlar oluştursa bile birinin kimliği diğerinin kimliğinden farklı olacak ve bu nedenle iki özne, farklı kimlikleri nedeniyle farklı kalacaktır.¹⁹ Anayasal kimlik, *Sternberger*, *Habermas* ve diğer bazı yazarlarca ortaya konulan anayasal yurttaşlık/yurtseverlik (*Verfassungspatriotismus*) kavramından da farklıdır. *Sternberger* anayasal yurttaşlığı, (Almanya için) barış içinde bir arada yaşamının temeli olan ve siyasal bir duruma karşılık gelen, kişinin siyasal düzen ve Temel Yasa'nın (*Grundgesetz – Anayasa*) ilkeleriyle özdeşleşme isteği olarak ifade etmektedir.²⁰ *Habermas*'a göre anayasal yurttaşlık, toplumsal barışın sağlanması amacıyla, eşit şartlarda bir arada var olan, farklı yaşam biçimlerine sahip yurttaşların demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü gibi belli anayasal ilkelere bağlılığıyla özdeşleştirilen, (ırk, dil, tarihsel veya etnik temel gibi) somut unsurlardan arındırılmış kolektif kimlik anlayışıdır.²¹ Bu unsurların evrensel nitelikte olması nedeniyle *Habermas*'ın teorisinde ortaya konulan yurttaşlığın kendine özgü bir kimliğe dayanıp dayanmadığı sorgulanmıştır. *Müller*, *Habermas*'ın kendisinin bu soruyu, Alman nasyonal sosyalizminin örtülü bir referans olarak alınması gerektiği şeklinde yanıtladığını ifade etmektedir. Buna göre, Alman nasyonal sosyalizminin kötü deneyiminin aşılmasının ancak hukukun üstünlüğü ve demokratik değerlerin benimsenmesiyle olabileceği; dolayısıyla bu anayasal yurttaşlığın, evrensel ilkelere dayalı ulus-ötesi (*post-national*) bir kimlik olduğu belirtilmektedir.²² Bu bağlamda anayasal yurttaşlıkta, yurttaşların bağlılığını ortaya koyacağı temel ilkelerin anayasal ilkeler olması ve anayasada yer alması ile *Rosenfeld*'in anayasal kimlik tanımlamasında yazılı bir anayasanın var olması ortak bir nokta gibi görünür. Ancak temelde *Rosenfeld* anayasal kimliği, tasavvur edilmiş bir topluluğa ait olma ve salt anayasada yer almayı aşan

¹⁹ Michel Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community* (Routledge 2010), 12,23.

²⁰ Jürgen Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung* (Suhrkamp 1987), 168.

²¹ Jürgen Habermas, *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat in Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung* edited by Charles Taylor (1993), 143,178 Aktaran, Monika Polzin, "Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul," *German Law Journal*: Vol. 18, No. 7, 1600; Jan Werner Müller, *Constitutional Patriotism* (Princeton University Press 2007), 31,32.

²² Jan- Werner Müller, *Constitutional Patriotism* (Princeton University Press 2007), 31-33.

niteliğiyle ifade ettiğinden anayasal yurttaşlık kimlikten bu yönüyle ayrılır. Çünkü anayasal yurttaşlık, bu ilkeleri barındıran her toplum için geçerli kabul edilebilecek bir bağlılık türüne; anayasal kimlik ise özgün bir kimliğe işaret etmektedir.

Jacobsohn, anayasal kimliği tanımlamak üzere “bir anayasanın kimliği nasıl öğrenilir” sorusunu sorar ve bu soruyu anayasanın deneyim yoluyla kimlik kazandığı şeklinde yanıtlar. Ona göre, bu kimlik, ne ayrı bir icat nesnesi olarak ne de bir toplumun kültürüne gömülü, yalnızca keşfedilmeyi gerektiren, yoğun bir şekilde kabuklanmış bir öz olarak vardır. Kimlik daha ziyade *diyalojik* (karşılıklı etkileşim halinde) olarak ortaya çıkar ve bir ulusun geçmişini ifade eden siyasal istek ve taahhütlerin bir karışımını ve aynı zamanda toplum içinde bu geçmişi bazı şekillerde aşmaya çalışanların kararlılığını temsil eder. Kimlik, değişebilir niteliktedir ancak aynı zamanda kendi yıkımına karşı da dirençlidir.²³ *Jacobsohn*’un anayasanın deneyim yoluyla kimlik kazandığı yönündeki ifadesi, anayasanın yorumla anlamlandırıldığına; kimliğin diyalojik olması da anayasayı yorumlama faaliyetinin gerçekleştiği tüm alanlara ilişkin olduğuna işaret etmektedir. Bir başka ifadeyle, anayasal kimliği oluşturan şeyin ne olduğunu anlamlandırmak için anayasa haricindeki etkenlere de bakmak; anayasal kimliği anlamlandırmak için de bir anayasanın metinsel olarak dili ile o anayasayla bağlı olanların davranışı veya sosyal düzen arasındaki uyuma/çatışmaya bakmak gereklidir.²⁴ Dolayısıyla *Jacobsohn*’un tanımlamasına göre, anayasanın metni önemlidir, metne bakılmalıdır. Çünkü anayasanın metninde “kurucu iktidar kimliğe ilişkin kendi yöntemini nasıl inşa etmiştir ve gelecekteki hedeflerini – arzularını nasıl belirtmiştir”i²⁵ görebiliriz. Ancak, tek başına metne bakmak yeterli değildir. Zira anayasanın dili, anayasal kimliğe ilişkin bir taahhütte bulunabilir. Ancak toplum pratiğinde bu, kabul görene kadar gerçekleşmemiş sayılır. Çünkü siyasal ve yargısal yorum faaliyetinin gerçekleştiği alanlardaki aktörlerin (yargı, yasama, diğer kamusal – özel aktörler) yorum faaliyetleri de kimliğin anlamlandırılmasında pay sahibidir. Bir başka ifade ile anayasa ile öngörülen anayasal kimliğin toplumda her zaman yansıma bulması söz konusu olmayabilir.

²³ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity* (Harvard University Press 2010), 7.

²⁴ Gary Jeffrey Jacobsohn, *Constitutional Identity* (2010), 15; Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” *The Review of Politics*, Vol.68, 365.

²⁵ Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” *The Review of Politics*, Vol.68, 363.

Anayasal kimliğin tanımlanmasına yönelik yukarıda ele alınan iki farklı bakış açısı, bir siyasal topluluğun özüyle ilgili olan temel, kurucu, kalıcı nitelikte bir ifadeye atıfta bulunmaktadır. Bu kurucu öz zaman zaman anayasada bulunan ancak nihayetinde anayasayı “o anayasa” yapan niteliktedir.²⁶ Bu aşamada, anayasal kimlik kavramının tanımlanmasındaki zorluğu kırmak veya diğer ilişkili kavramlarla karıştırılmasını önlemek üzere, kavramı oluşturan “anayasa” ve “kimlik” sözcüklerinin ne ifade ettiğinden hareket etmek isabetli görünmektedir.

“Kimlik” kelimesi bir şeyin belirli tanımlayıcı/ayırt edici özelliklerine atıf yapan bir ifadedir.²⁷ “Anayasa” salt hukuki bir norm değil; halkı ve bir bütün olarak siyasal topluluğu oluşturan temel normdur. O halde anayasal kimlik kavramı için bir siyasal topluluğun anayasasının tanımlayıcı/ayırt edici unsurları denilebilir. *J.L Marti*’nin isabetli olarak belirttiği gibi bu kimlik, bir siyasal topluluğun anayasasının kimliği olması yönüyle diğer kolektif kimliklerden farklıdır. Zira bir siyasal topluluk gerçekte bir anayasaya sahip olmaksızın ulusal, siyasal veya hukuki kimliğe, bir başka ifadeyle, kolektif kimliğe sahip olabilmektedir.²⁸ Öte yandan, tek başına anayasanın varlığı da anayasal kimliğin belirlenmesinde yeterli değildir. Bu kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olan, yukarıda da belirtildiği gibi anayasada kimliğe ilişkin ifadelerle yer verilmesinin yanı sıra, bu kimliğin hitap ettiği siyasal topluluğun pratiğinde kabul görmesi veya yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılmasıdır.

Anayasal kimliğin, bir siyasal topluluğun “*kurucu öz*” olarak ifade edilmesi, bu “*kurucu öz*”ün anayasanın da özü olduğu anlamına gelir. Bu bağlamda kimlik kavramı, anayasaların değiştirilmesi süreçleriyle yakından ilgilidir. Zira anayasada yapılacak değişikliğin bu “*kurucu öz*”ü bir başka ifadeyle, anayasal kimliği etkileyip etkilemeyeceği ve bu bağlamda kimliğin anayasa değişikliklerinin bir sınırı olup olmadığı meselesi tartışmaya değerdir. Bu husus, aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınmaktadır.

²⁶ Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” (2006), 364.

²⁷ Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” (2006), 364.

²⁸ José Luis Martí, “Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People,” National Constitutional Identity and European Integration edited by Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcobarro Llivina (Intersentia Publishing 2013), 22.

III. Anayasal Kimlik Kavramının İşlevi/İşlevsizliği

Anayasal kimlik kavramı, mahkeme içtihatlarında farklı gerekçelerle farklı şekilde formüle edilmiştir. Kavramın farklı şekillerde formüle edilmesi, çeşitli işlevlerinin olabileceğini göstermektedir.

İlk olarak, anayasal kimliğin, Avrupa Anayasa Mahkemeleri kararlarında, Avrupa bütünleşme sürecinde bir karşı argüman olarak ortaya çıkışından hareketle egemenlik yetkisinin ulusal ve ulusal üstü düzeyde paylaşılması noktasında işlev gördüğü söylenebilecektir. İtalya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, İspanya Anayasa Mahkemeleri ve Fransız Anayasa Konseyinin kararları bu işlev açısından örnek verilebilir.

İkinci olarak, anayasal kimliğin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında işlevi olduğu söylenebilir. Özellikle İtalya ve Almanya Anayasa Mahkemelerinin kararları bu işlev açısından örnek verilebilir.

Üçüncü olarak, anayasanın değiştirilmesinin meşrulaştırılması işlevi olduğu söylenebilir. Hindistan Yüksek Mahkemesinin “temel yapı doktrini” (*basic structure doctrine*) bu işleve örnek alınabilir.

Dördüncü ve son olarak siyasal iktidarların meşrulaştırılması amacıyla anayasal kimliğin bir araç olarak işlev üstlendiğini söylemek olanaklıdır. Daha çok özgürlükçü olmayan veya otoriter hükümetlerin (ve yargının) anayasacılığın gerekleriyle bağdaşmayan politikalarını meşrulaştırmak üzere kavramı araçsallaştırdığı ve bu yolla kavramın kötüye kullanılmasına yol açtığı görülmektedir. Macaristan, Polonya ve Rusya Federasyonu’nda hükümetin ve Anayasa Mahkemelerinin anayasal kimliğe yönelik eğilimleri bu işleve örnek gösterilebilir.

A. Egemenlik Yetkisinin Paylaşımı

Bu işlevin, AB’nin kurucu antlaşmalarının AB Adalet Divanı tarafından anayasallaştırılması süreci sonucunda AB’nin geleneksel bir uluslararası kuruluş olmaktan çıkıp kendi anayasal ilkeleri olan özgün bir ulus üstü varlık haline gelmesiyle ortaya çıktığını söylemek olanaklıdır. Öyle ki AB Adalet Divanı, üye devletlerin ulusal düzenlemelerinin AB normlarına uygunluğunu denetler. Bu normlar arasında çelişki olması halinde ulusal mahkemeler, ulusal normları uygulamaktan imtina etmekle yükümlüdür.²⁹ Zira AB Adalet

²⁹ E. Stein, “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution,” *American Journal of International Law*: Vol.75, No.1, 9.

Divanı *Costa/Enel*³⁰ kararından itibaren bir dizi kararında³¹ AB hukukunun herhangi kuralının ulusal hukuk kuralları karşısında (anayasa hariç) *mutlak önceliği* anlayışını formüle etmiştir.³²

Anayasal kimlik kavramı, tam da burada, ulusal anayasal düzenler ile Avrupa Birliği'nin anayasal düzeni arasında yetki dağılımını tartışmaya yarayan bir argüman olarak karşımıza çıkmaktadır.

AB Adalet Divanının AB hukukunun önceliği anlayışına karşı ilk yanıt, İtalya Anayasa Mahkemesinin *Frontini*³³ kararında verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, AB hukukunun egemenliğe yönelik bu tür kısıtlamalarına, bu kısıtlamaların anayasal düzenin temel ilkelerine aykırı olmaları veya anayasal olarak korunan temel hak ve özgürlüklerin ihlaliyle sonuçlanmaları halinde izin verilmeyeceğini, “anayasal sınırlar” (*constitutional limits*) veya “karşı sınırlar” (*counter limits*) doktrini şeklinde ifade etmiştir. Bu sınırlar, Anayasa’da bulunan, anayasal düzenin temel ilkeleri veya temel hak ve özgürlüklerdir.³⁴ Bir başka ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, ne AB kurumlarının ne de AB Adalet Divanının kural koyma sürecinde ötesine geçmesi gereken bir tür kırmızıçizgi gibi kendi karşı sınırlarını belirlemiştir. Bu sınırlar aşılmaya kadar, AB hukukunun ulusal normlar karşısında (Anayasa hariç) önceliği, İtalyan mahkemeleri tarafından tanınacak ve uygulanacaktır.³⁵

³⁰ CJEU Flaminio Costa v. E.N.E.L. Case No. 6/64 [1964]. Judgment of 15 July 1964 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006> E.T:19.4.2023

³¹ Bkz. CJEU Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA. Case No. 106/77 [1978]. Judgment of 9 March 1978; CJEU Gervais Larsy v Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants. Case No. C-118/00 [2001]. Judgment of 28 June 2001.

³² Belirtmek gerekir ki, AB'nin tüm antlaşmaları ve tasarruflarının ulusal normlar karşısında öncelikli olduğu anlayışı, AB'nin yürürlüğe girmeyen 2004 tarihli Anayasası'nda ve AB Adalet Divanının köklü uygulamalarına uygun olduğu belirtilerek 2007 Lizbon Antlaşmasında da sürdürülmüştür.

³³ Italian Constitutional Court, *Frontini v Minister delle Finanze* [1974] 2 CMLR 372 https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_99.htm E.T:19.4.2023

³⁴ Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," *German Law Journal*: Vol. 22, No. 4 (June 2021), 537.

³⁵ Alexei İspolinov, “Приоритет права Европейского Союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов

Avrupa bütünleşme sürecinin, anayasal kimlik bağlamında ele alınan anayasal sınırlarına ilişkin bir başka karar olan *Solange I* kararında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, AB'nin kendine özgü (*sui generis*) yapısından bahsederek, egemenlik haklarının Birliğe devrinin kabul edilebilir açık sınırları olduğunu belirtmiştir. Bu sınır, kararda şu şekilde ifade edilmiştir:

“Temel Yasa'nın 24. maddesi, egemenlik haklarının hükümetlerarası kurumlara devredilmesinden söz etmektedir. Bu, lafzî olarak değerlendirilemez. Temel Yasa'nın 24. maddesi, benzer şekilde temel nitelikteki her anayasal hüküm gibi, anayasanın geneli bağlamında anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. Yani anayasal kimliğinin dayandığı temel anayasal yapıyı, anayasa değişikliği olmaksızın, bir başka ifadeyle, hükümetlerarası organın mevzuatı yoluyla değiştirmenin yolu açılmaz. Elbette, yetkili Topluluk organları, Alman anayasal organlarının Temel Yasa uyarınca çıkaramayacakları ve yine de geçerli olan ve doğrudan Almanya Federal Cumhuriyeti'nde uygulanacak olan yasalar yapabilirler. Ancak Anayasa'nın 24. maddesi, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin mevcut anayasal kimliğinin kurucu unsurlarını bozacak şekilde anayasal kimliğiyle bağdaşmayacak herhangi bir antlaşma değişikliğini engelleyeceği için bu olasılığı sınırlandırmaktadır. [...] 24. madde, egemenlik haklarının devrine izin vermemektedir.”³⁶

Çek Anayasa Mahkemesi de, anayasal kimliği, egemenlik yetkisinin paylaşılması bağlamında ele almıştır. Bu çerçevede Mahkeme, Anayasa'nın maddi çekirdeğini belirlemek için Anayasanın 9. maddesindeki değiştirilemez hükümleri kullanmıştır. AB Hukuku ile Çek Anayasası arasında bir çelişki olması halinde Mahkeme, "Çek Cumhuriyeti'nin anayasal düzeninin, özellikle de maddi çekirdeğinin öncelikli olması gerektiğini" vurgulamıştır.³⁷

B. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması

Ulusal mahkemelerin, ulusal üstü kuruluşların üye devletlerin iç hukuk sistemleri üzerindeki genişleyen etkisine ilişkin kararlarını gerekçelendirmede öncelikle egemenlik yetkisine dayandıkları söylenebilirse de aynı zamanda bu temellendirmenin kimi zaman dolaylı olarak temel hak ve özgürlüklerin

государств – членов ЕС,” [AB Adalet Divanı ve AB Üye Devletleri Anayasa Mahkemelerinin Kararlarında Avrupa Birliği Hukukunun ve Ulusal (Anayasa) Kimliğin Önceliği], 56.

³⁶ BVerfGE 37, 271 - Solange I, prg. 43.

³⁷ Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," 538.

korunmasına yönelik olduğu da açıktır. Bu nedenle anayasal kimliğin temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki işlevi ayrı bir başlık altında incelenmeye değer görülmektedir.

Frontini kararında İtalya Anayasa Mahkemesi, “anayasal sınırlar” (*constitutional limits*) veya “karşı sınırlar” (*counter limits*) doktrini şeklinde ifade ettiği anlayışını, anayasal düzenin temel ilkeleri ve temel hak ve özgürlüklerle temellendirmiştir. Bu ilkeler devlet yönetiminde özel öneme sahip olması nedeniyle tek bir davada ne değiştirilebilir ne de ihlal edilebilir niteliktedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, bu anayasal sınırlar açısından uygunluk denetimi yetkisini saklı tutmuş ve açıkça anayasal kimlik kavramını kullanmasa dahi kavramın, anayasal sınırlar doktrininin özünde yer aldığını; bir başka ifadeyle anayasal kimlik kavramının temel ilkeler veya temel hak ve özgürlükleri işaret ettiğini belirlemiştir.³⁸

Yukarıda bahsi geçen *Solange I* kararı, AB hukuku ile Almanya Anayasası’ndaki temel haklar arasında ortaya çıkan bir çatışmada ulusal mahkemelerin ne yapması gerektiği sorusunun yanıtlanmasına ilişkindir. Bu kararda Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, o zamanki AB hukuk düzeninde Almanya Anayasasındakilerle karşılaştırılabilir düzeyde bir temel haklar katalogu yer almaması nedeniyle AB düzeyinde temel hakların korunmasının yeterli olmadığına ve bu nedenle Mahkemenin temel hakların korunmasına yönelik yargısal yetkisinden vazgeçmeyeceğine karar vermiştir. Ancak zaman içinde AB Adalet Divanının temel hakların korunmasına yönelik içtihatlar geliştirmesi neticesinde Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, belirli koşullar altında AB Adalet Divanının bu konulardaki yorumlarını kısmen kabul etmiştir. Böylece Mahkeme, *Solange II* kararında, AB Adalet Divanının, temel hakların etkin korunmasını sağlaması koşuluyla Topluluk hukukunun uygulanabilirliği konusunda kendi yargısal yetkisini kullanmayacağına hükmetmiştir.³⁹ Bu bağlamda Mahkemenin, temel hakların anayasa kapsamında korunmasının ancak AB düzeyinde anayasaya eşdeğer bir koruma tesis edildiğinde sona erebileceğini ve Mahkemenin Topluluk hukukunu Anayasa’nın temelini oluşturan ilke ve kurallara uygunluk açısından denetlemeye yetkili olduğunu açıkça ortaya koyduğu belirtilebilir.⁴⁰

³⁸ Marta Cartabia, “The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate,” *Sovereignty in Transition*, edited by Neil Walker, (Bloomsbury Publication London 2006), 315.

³⁹ BVerfGE 73, 339, - Solange II, prg.132.

⁴⁰ Sven Simon, “Constitutional Identity and Ultra Vires Review in Germany,” *Central European Journal of Comparative Law (CEJCL)*: Vol. 2, No. 1 (2021), 191.

Zira anayasada güvence altına alınmış temel haklar, Alman anayasal kimliğinin bir parçasıdır ve ulusal üstü kuruluşlarla bütünleşme yetkisi, egemenlik haklarının devredilmesi yoluyla anayasal kimlikten vazgeçilmesi yetkisini içermez.⁴¹

Solange I ve II kararındaki gerekçelendirmelere koşut bir biçimde 2009 tarihli bir başka kararında⁴² Anayasa Mahkemesi, AB mevzuatını Alman anayasal kimliğine uygunluk açısından incelemeye yetkili olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu kararda Mahkeme, Alman Anayasası'nın 79/3 maddesindeki değiştirilemez hükümleri, anayasal kimliğin dayanağı olarak almıştır. Buna göre; insan onurunun dokunulmazlığını ve insan haklarına saygıyı zorunlu kılan Anayasa'nın 1. maddesi ve demokratik, federal, sosyal, hukuk devleti ilkesi ile halk egemenliğini işaret eden 20. maddesi Alman anayasal kimliğini oluşturan hususlardır ve bunlara ilişkin değişiklikler ancak kurucu iktidarın ortaya koyacağı bir anayasa değişikliği yolu ile meşrulaştırılabilecektir.⁴³ *Cartabia*, Alman hukukundaki bu temel hakların korunmasının özel önemini, ulusal egemenliğin son kalesinin savunulmasıyla ilgili olduğuna bağlamaktadır. Ona göre, Avrupa Birliği üyeliği, ulusal egemenliğe bazı sınırlamalar gerektirse de bazı karşı sınırların da olması gerekir. Aksi takdirde sınırlama, ulusal egemenliğin ortadan kalkması anlamına gelecektir. Bu nedenle pek çok üye devlet Anayasası'nda olduğu gibi Alman Anayasası'nın 23. maddesi de temel hakların korunmasına ve AB'nin ikincillik niteliğine ilişkin hayati öneme sahip bir hükümdür. Bu nedenle anayasa değişikliklerinin temel hakları veya ilkeleri etkilemesine izin verilmez.⁴⁴

C. Anayasa Değişikliklerinin Meşrulaştırılması

Anayasal kimlik kavramının, anayasanın değiştirilmesi meselesi ile yakından ilgili olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu ilgi, anayasal kimliğin, anayasa değişikliklerini yapmaya yetkili türev kurucu/kurulu iktidarın sınırı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasından kaynaklanmaktadır. Anayasal kimlik ile anayasa değişiklikleri arasındaki ilgiyi ortaya koyabilmek, şu soruları açıklığa kavuşturmayı gerektirmektedir: Eğer anayasal kimlik, anayasanın değiştirilmesinin sınırı ise, buradaki anayasanın değiştirilmesi/değiştirilememesinden ne anlaşılmaktadır? Bu çerçevede

⁴¹ BVerfGE 73, 339, - Solange II.

⁴² BVerfGE, 2 BvE 2/08, (30 June 2009).

⁴³ BVerfGE, 2 BvE 2/08, (30 June 2009), prg. 121-123.

⁴⁴ Marta Cartabia, "The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate," 315.

Anayasa'yı değiştirmeye yetkili iktidarın yetkisinin kapsamı ve sınırı nedir? Eğer bir anayasa, değiştirilemez hükümler ihtiva ediyorsa bu durumda anayasal kimlik nerede konumlanmaktadır, işlevi nedir? Anayasa değişikliği ile ne yapıldığında anayasal kimlik değiştirilmiş olur?

Anayasa değişikliği, anayasanın bir veya birkaç maddesinin değiştirilmesi, yürürlükten kaldırılması veya daha önceden anayasada yer almayan hükümlerin eklenmesi⁴⁵ şeklinde metinsel (*formal*) bir değişiklik veya anayasanın hükümlerindeki ifadelerin aynı kalıp bu hükümlerin anayasal yorum yoluyla anlamlarında meydana getirilen (*informal*) değişikliktir. Değiştirilemezlik (*unamendability*) ise anayasa hükümlerinin, değişikliğe karşı açık veya zımnî (*explicit or implicit*) biçimde direncini gösterir.⁴⁶ Değiştirilemezlik, anayasayı değiştirmeye yetkili iktidarın bu yetkisinin kapsamını ve sınırını işaret eder.

Anayasayı değiştirmeye yetkili iktidarın yetkisi, belirli bir organa devredilen anayasal bir yetkidir. Bu iktidar, asli kurucu iktidar tarafından kendisine anayasa ile devredilmiş bir yetkiyi kullanması nedeniyle “halkın vekili” gibi hareket eder ve doğası gereği yetkisi sınırlı bir yetkidir.⁴⁷ Anayasayı değiştirme yetkisi, açık veya zımnî şekilde sınırlandırılabilir ve yetkinin kapsamı biçimsel ve maddi sınırlara tâbi olabilir. Anayasalarda açıkça, anayasanın değiştirilmesi usulünün nasıl olacağına ilişkin hükümler yer alabilir. Bunlar, anayasayı değiştirme iktidarına anayasa ile getirilmiş biçimsel sınırlardır.⁴⁸ Bazı anayasalarda da anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesinin bizzat yasaklandığı görülmektedir. “Değiştirilemez hükümler” (*immutable principles*) olarak adlandırılan ve anayasakoyucunun önem verdiği bu tür hükümler veya ilkeler, anayasayı değiştirme iktidarının yetkisine ilişkin maddi (*içeriksel*) sınırlardır.⁴⁹ Öte yandan değiştirilemez hükümlerin varlığı bu hükümlerde sabitlenen kavramların önemine işaret etse de bu kavramlar, her zaman temel/kurucu nitelikte olan değerleri de içermeyebilir. Bu bağlamda değiştirilemez hükümlerin işlevi, anayasanın belli

⁴⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, (Ekin Yayınları 2020), 398-399.

⁴⁶ Richard Albert, “Counterconstitutionalism,” *Dalhousie Law Journal* 1: Vol. 31 (2008), 37. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424055 E.T: 19.4.2023

⁴⁷ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-12*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 20. E.T: 19.4.2023

⁴⁸ Kemal Gözler, (2020), 408.

⁴⁹ Kemal Gözler, (2020), 402.

hükümlerinin değişiklikten korunmasının yanı sıra onun özünün veya kimliğinin korunmasının da güvencesi olabilir. *Roznai*'ye göre, anayasayı değiştirme iktidarı, yetkilendirilmiş değiştirme iktidarı (*delegated amendment power*) olup bu yetki, kurucu iktidarla aralarındaki dikey güçler ayrılığından kaynaklanmaktadır. Böylece, birincil nitelikteki asli kurucu iktidar, ikincil nitelikteki anayasayı değiştirme iktidarını sınırlayabilir ve anayasayı değiştirme iktidarı kurucu iktidarın belirlediği değiştirme hükümleri, ilkeleri ve kurumlarıyla bağlıdır.⁵⁰ Değiştirilemez hükümler, anayasayı değiştirme iktidarının maddi sınırları olarak ele alınsa da bu sınırların aynı zamanda biçimsel sınırlar olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır.

Anayasayı değiştirme yetkisi, anayasayı korumak amacıyla getirilmiş olduğundan açıkça anayasa ile getirilmiş sınırlamalar olmasa dahi bu yetki, anayasayı değiştirme adı altında onu ortadan kaldıracak ya da yepyeni bir anayasa inşa edecek şekilde kullanılamaz. Anayasayı değiştirme yetkisinin zımni sınırları olarak ele alınabilecek bu sınırlamalar, “anayasaların ruhu” denilen, anayasanın özünü oluşturan temel siyasal – felsefi ilke ve değerlerdir.⁵¹ Hindistan Yüksek Mahkemesinin *Kesavananda Bharati v. State of Kerala* ve *Minerva Mills, Ltd. v. Union of India* kararlarında ortaya koyduğu “temel yapı doktrini” (*basic structure doctrine*), anayasanın bazı özelliklerinin temel kabul edilmesi yoluyla bütünlüğünün sağlanmasına olanak tanıyan bir çekirdeğinin olduğu ve bunun anayasanın kimliği olduğu, bu kimliğin anayasa değişiklikleri aracılığıyla ortadan kaldırılamayacağını ifade etmektedir. Mahkemeye göre, anayasa değişikliği halinde, anayasa değişmekte ancak kimliğini kaybetmeden ayakta kalmaya devam etmektedir.⁵² Bir başka ifadeyle, anayasaların değiştirilmesi ile başkalaştırılması farklıdır. Anayasa değişikliği, anayasal kimliğin halen korunduğu yapısal onarımlar olarak ifade edilebilirken başkalaştırılması, anayasanın özünün/kimliğinin kaybı demektir.

Anayasalarda değiştirilemez hükümlerin yer alması, anayasayı değiştirme iktidarını maddi ve biçimsel olarak sınırlamaya yönelse de zaman zaman yorum yoluyla veya değiştirilemez maddelere dokunulmaksızın bu

⁵⁰ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” 23.

⁵¹ Yaniv Roznai, “Towards a Theory of Unamendability,” 28.

⁵² Gary Jeffrey Jacobsohn, “Constitutional Identity,” *The Review of Politics*: Vol. 68 (2006), 375, 376; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017), 46.

hükümlerin içinin boşaltılması yoluyla değiştirilemezliğin aşıldığı görülebilmektedir. Anayasal kimlik tam da bu noktada değişiklik yapma iktidarının zımni sınırı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira anayasal kimlik olarak kabul edilen öz, değiştirilemez hükümlerde veya anayasada yer alması zorunlu olmayan, esasında değiştirilemez hükümler içinde yer alabileceği gibi bu hükümlerden öteye taşıp anayasanın bütünlüğüne sirayet eden ilkeler veya kurumlar olarak da karşımıza çıkabilir. Çünkü anayasalar, yalnız normatif kurallardan oluşan hukuki bir metin değil aynı zamanda kurucu iktidar olarak halkın veya anayasakoyucunun arzularını yansıtan bir toplumsal sözleşmedir. Bu nedenle anayasal kimlik, değiştirilemez hükümlere rağmen ortaya çıkabilecek anayasaya aykırı değişiklikler aracılığıyla anayasanın ortadan kaldırılması olgusuna engel olma işlevi görmektedir. Bu bağlamda, örneğin laiklik ilkesi Türkiye için anayasal kimlik olarak tanımlanabilir. Ancak bu anlayış ilkenin değiştirilemez hükümler içinde yer almasına indirgenmemelidir. Zira laiklik; Cumhuriyetin üzerine inşa edildiği temel değer olup Türk anayasacılığına da etki etmiştir. Bu husus, ilerleyen başlıklarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

D. Siyasal iktidarın Meşru “Gösterilmesi”

Macaristan, Polonya ve Rusya Federasyonu'nun anayasal gelişmeleri ele alındığında 1980'ler sonrası sosyalist anayasacılıktan liberal demokratik anayasacılık anlayışına doğru bir evrilme yaşandığı; bu süreçte temel hak ve özgürlükleri, liberal demokratik hukuk devletini kurmak ve sürdürmek için gereken güvence mekanizmalarını içeren bir hukuk sistemi inşa edilmeye çalışıldığı gözlenmektedir. Sınırlı iktidar, hukuk devleti, demokrasi ve temel hak ve özgürlüklerin tanınması, aynı zamanda Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği gibi - yargısal mekanizmalarla güçlendirilmiş- ulusal hukuk düzenlerinin, ulusal üstü kurumlarla bütünleşmesinin de bir parçasını oluşturmaktadır.⁵³ Bu kurumların yargısal yetkisinin üye devletlerin yasama ve yargı organları üzerindeki güçlü etkilerinden yukarıda söz edilmişti.

Söz konusu örnek ülkeler, Anayasa Mahkemeleri aracılığı ile kendi (sözde) anayasal kimlik anlayışlarını ileri sürerek ulusal ve ulusal üstü hukuk düzeni arasındaki normlar çatışmasında Almanya Federal Anayasa Mahkemesi kararlarına referansla ulusal üstü bütünleşmeden kaçınmışlardır.

⁵³ Dimitry Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, (Walters Kluwer Publication, 2008), 12.

Ancak bu ülke örneklerini diğerlerinden ayıran önemli nokta; anayasal kimliğin, ulusal mahkemelerin gücünü meşrulaştırma kisvesi altında pekiştirmenin veya hükümetlerin iktidarı keyfi kullanımının aracı haline dönüştürülerek kavramın kötüye kullanılmasıdır.

Macaristan, Polonya ve Rusya Federasyonu'nda sosyalist anayasacılık anlayışından liberal demokratik anayasacılık anlayışına doğru yaşanan evrilmeye, 2011'den itibaren hukukun araçsallaştırılması yoluyla hukuk devleti ilkesinden ve demokratikleşmeden geriye gidiş şeklinde tersine dönmüş ve otoriterleşme eğilimleri görülmeye başlanmıştır.⁵⁴ Bu geriye gidiş, özellikle mahkemelerinin paketlenmesi, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesi, yargı bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesi ve ulusal üstü yükümlülüklerin ihlal edilmesi üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu ülkelerde liberal kurum ve kavramlar, kavramın içi boşaltılmak suretiyle -hukukun araçsallaştırılması diyebileceğimiz şekilde- otoriterleşme için kullanılmıştır. Egemenlik ve anayasal kimlik de bu kavramlar arasındadır.

Macaristan'da Orban hükümetinin AB yasalarına uyulmamasını ulusal egemenliğe ve AB Antlaşması'nın 4/2 maddesindeki kimliğe atıfta bulunarak meşrulaştırma çabası; önce hükümetin göçmen karşıtı politikalarını açıklaması ile başlamış, ardından; anayasa değişikliği ve hali hazırda aynı hükümet tarafından paketlenmiş Anayasa Mahkemesinin kararı ile devam etmiştir.⁵⁵ Hükümet, AB'nin göçmenlerin yeniden iskânına ilişkin düzenlemelerine uyulmaması hakkında, ilk olarak Göçmen Yasası'nda değişiklik yapılmasını sağlamış; akabinde konu referenduma taşınmıştır. Ardından bu alanda AB yasalarına uyulmamasını siyasi olarak meşrulaştırmak için Macar anayasal kimliğini savunmak amacıyla anayasa değişikliğine gidilmiş ancak bu değişiklik, anayasa değişikliklerinin kabulü için gerekli üçte iki oy çokluğuna ulaşamamıştır.⁵⁶

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özkan, Ç. Serra Uzunpınar, "Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler," Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 71 (2022), 630,643,657.

⁵⁵ Gabor Halmai, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law," Review of Central and East European Law, Vol. 43, Issue 1, (Brill- Nijhoff Publication 2018), 24.

⁵⁶ Gabor Halmai, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law," 25.

Hükümetin yasalar ve anayasa değişikliği yolu ile elde edemediği iktidarı meşrulaştırma çabasındaki bu boşluğu, Anayasa Mahkemesi, AB'nin göçmenlerin yeniden iskânına ilişkin düzenlemeleri hakkındaki 22/2016 kararı⁵⁷ ile doldurmuştur. Bu kararda Mahkeme öncelikle AB düzenlemelerinin denetlenmesi konusunda Mahkemenin yetkisine ilişkin olarak çözümlenmiş ve Macaristan Anayasası'nın E)(2) maddesi temelindeki yetkilerin kullanılmasının insan onurunun, herhangi bir temel hakkın, egemenliğin ve "Macaristan'ın anayasal öz kimliğinin" (*constitutional self-identity*) ihlaline yol açıp açmadığının incelenmesinde Mahkemenin yetkili olduğunu belirtmiştir. Temel haklar ve egemenlik konusundaki incelemesinde Mahkeme, AB ile işbirliği ve AB hukukunun önceliği göz önünde bulundurulsa bile ulusal üstü kuruluşlarla ortak yetkilerin kullanılmasının; temel hakların korunmasının ihlaline yol açabileceği anlamına gelmediğine ve Macaristan'ın egemenliğinin sürdürülmesi gerektiğine işaret etmiştir. Anayasal kimliğin korunması konusunda Mahkeme, "anayasal kimliğin AB Antlaşmasının 4/2 maddesi temelinde eşitliğe dayalı olduğunu; Macaristan'ın anayasal kimliğinin, anayasanın tarihsel kazanımlarına uygun olarak Anayasa tarafından kabul edilmiş bir temel değer olduğunu, nihayetinde uluslararası bir antlaşma ile bu kimlikten feragat edilemeyeceğini; egemenliğin veya bağımsızlığın kaybı ile ancak bu kimlikten yoksun kalılabileceğini ve bu kimliğin korunmasının Anayasa Mahkemesinin temel bir görevi olduğunu vurgulamıştır.⁵⁸ Macaristan'ın anayasal öz kimliği ifadesiyle Mahkeme, kendine özgü bir anayasal kimlik inşa etmeye çalışmaktadır. Ancak bu girişimde Mahkeme anayasal kimlik kavramı kapsamında, korunması gereken belirli bir anayasal hükme işaret etmemekte; anayasal kimliğin sabit/değişmez bir değerler listesi olmadığını belirtmekte ve "Macaristan'ın tarihsel anayasası" gibi muğlak ifadelerle atıfta bulunmaktadır.⁵⁹

⁵⁷ Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law
[https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/\\$FILE/EN_22_2016.pdf](https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/$FILE/EN_22_2016.pdf) E.T:19.4.2023

⁵⁸ Andras Zs. Varga, "Role of Constitutional Courts in the Protection of National/Constitutional Identity," *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, (2018), 340; Gabor Halmi, "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law", 31.

⁵⁹ Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," 545.

Mahkemenin söz konusu kararını takiben 2018 yılında Anayasa'nın R maddesinin 4. fıkrasına “*Macaristan'ın öz kimliğinin ve Hıristiyan kültürünün korunması tüm devlet kuruluşlarının görevidir.*” hükmü eklenmiştir. Hükmün konuluş amacının, ulusal kimliğe daha güçlü vurgu yapılması olduğu dile getirilmektedir.⁶⁰ Değişiklikten önce, Başlangıç'ta, “*Milli Beyan*” (*National Avowal*) adı verilen bir atıfta yer verilen Hıristiyan kültürü, kimliğin bir parçası olmakla birlikte, değişiklikten sonra anayasanın yorumlanmasında bağlayıcı bir hüküm haline getirilmiştir. Böylece devlete anayasal kimliğin bir parçası olarak Hıristiyan kültürünü de koruma yükümlülüğü getirildiğini söylemek olanaklıdır. Ancak burada tartışılması gereken; mevcut hüküm, bir Hıristiyan kültürünün yaratılmasından ziyade Macaristan'da günümüzde var olan kültürün korunmasına yönelik bir taahhüt gibi okunacak olsa bile toplumun geniş bir kesiminin inancını kaybetmesi durumunda halen anayasal kimlikten söz etmenin olanaklı olup olmadığıdır. Öte yandan, *Halmi*'nin belirttiği gibi; bu hükme göre, anayasa özne olan ulus, sadece etnik değil; aynı zamanda Hıristiyan bir Macar topluluğu olarak işaret edildiğinden Hıristiyanlıkla özdeşleşmemiş Macarlar, ulustan dışlanma olasılığı ile karşı karşıya kalabilecektir.⁶¹

Yakın zamanda, Macaristan Parlamentosu “*Ulusal Egemenliğin Korunmasına*” İlişkin LXXXVIII Yasası'nı kabul etmiş ve Yasa 22 Aralık 2023'te yürürlüğe girmiştir.⁶² Yasa'ya koşut olarak aynı tarihte Macaristan Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, Devletin her organının Macaristan'ın anayasal kimliğini ve Hıristiyan kültürünü koruma yükümlülüğünü öngören R(4) maddesine “*anayasal kimliği korumak için, temel kanunla kurulmuş bağımsız bir organ faaliyet gösterir*” hükmü eklenmiş ve bu hüküm söz konusu Organ'ın anayasal temeli olarak kabul edilmiştir. Venedik Komisyonu raporunda da belirtildiği üzere, Anayasa'nın değiştirilen hükmünün “anayasal

⁶⁰ Balázs Schanda, “Hungary's Christian Culture as Subject of Constitutional Protection,” *Studia z Prawa Wyznaniowego*, (2020), Issue 23, 56.

⁶¹ Gabor Halmai, “The Misuse of Human Dignity and Constitutional Identity: The Case of Hungary,” https://me.eui.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/11/Dignity_identity_Hungary_Halmi.pdf

⁶² Yasa kapsamında, “Macaristan'da, yabancı çıkarlara hizmet ettiğinden veya ulusal egemenliği tehdit ettiğinden şüphelenilen herhangi bir kuruluş veya kişileri soruşturmak için geniş yetkilerle donatılacak bir “Egemenliği Savunma Ofisi” kurulması öngörülmektedir. Bkz. Venice Commission Hungary Opinion on Act LXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty CDL-AD(2024)001, 18 March 2024.

kimlik” yerine “ulusal egemenliği” korumakla görevli bir organın kurulmasına dayanak olup olmayacağı ilk sorundur.⁶³ Bununla birlikte, Ofis’in kurulma nedenini doğuran tehditlerin bertaraf edilmesinin, bir hukuk devletinde hukukça öngörülmüş organlar ve kurumlar aracılığıyla olması gerektiği ve Ofis’in herhangi denetime tabi olmamasının, onun politize olma olasılığının önünü açarak pek çok hak ve özgürlük bakımından keyfi sınırlamaya yol açabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu bağlamda, *Rosenfeld* de Macaristan’daki bu son gelişmeleri, popülist anayasal kimlik oluşumu olarak ifade etmektedir. O’na göre, hem liberal anayasacılıktaki kimlik oluşumunda hem de popülizmde “kapsama” ve “dışlama” olgusu vardır.⁶⁴ Ancak temel farklılık, liberal anayasal kimlik oluşumu, anayasal bir birlik halinde bir araya gelen bireyler ve gruplardan oluşan *-tasavvur edilmiş-* topluluğun birliğini şekillendirmek amacıyla kapsama ve dışlama arasındaki etkileşimi yönetmeye çalışır. Buna karşılık, popülizm, değiştirilmek üzere olan anayasal düzende halk olmanın tüm faydalarından yararlanan belirli kişi ve grupların tam üyelikten dışlanmasıyla sonuçlanacak bir kapsama ve dışlama etkileşimini devreye sokarak söz konusu anayasal birimi yeniden oluşturmasıdır. Macaristan’da karşı karşıya kalınan durum tam olarak etnik ve dini temelli yapılan dışlamadır. Bu nedenle *Rosenfeld*, yapısalcı bir bakış açısıyla anayasal kimliği “inşa” (*construction*) olarak ifade ederken Macaristan’da görünen ve dışlayıcı nitelikteki anayasal kimliği ortaya koyan bu gelişmeyi yapısöküm (*de-construction*) olarak ifade etmektedir.⁶⁵

Polonya’da da Macaristan’a benzer şekilde, hükümetin yargı reformu ve anayasa mahkemesinin paketlenmesini meşrulaştırma çabasında anayasal kimlik kavramına başvurduğu gözlenmektedir. Hükümet bu girişimlerini, üye ülkelerin AB hukuk sisteminden farklı hukuk sistemlerine ve dolayısıyla farklı anayasal kimliklere sahip olmasına bağlamaktadır. Polonya Hükümetine göre, bu farklılıklar çeşitlilik anlamında AB düzeyinde korunmaktadır. Hükümet bu argümanlarını, Almanya Federal Anayasa Mahkemesinin anayasal kimlik konusundaki kararları ve AB Adalet Divanının AB Antlaşmasının 4.

⁶³ Venice Commission Hungary Opinion on Act IXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty CDL-AD(2024)001, 18 March 2024, prg. 35.

⁶⁴ Michel Rosenfeld, “Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism,” *Deciphering the Genome of Constitutionalism* edited by Ran Hirschl and Yaniv Roznai, (Cambridge University Press, 2024), 292.

⁶⁵ Michel Rosenfeld, “Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism,” (Cambridge University Press, 2024), 296-299.

maddesine ilişkin içtihatlarına dayandırmaktadır.⁶⁶ Polonya Anayasa Mahkemesi, AB Katılım Antlaşması kararında⁶⁷, Polonya'nın egemenlik yetkisine ve anayasanın üstünlüğü anlayışına dayanarak Topluluk hukuku ile ulusal hukuk normlarının çatışmasında anayasanın uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme, Polonya'nın AB'ye katılımının, anayasanın üstünlüğünü zayıflatmak anlamına gelmediğini; anayasa normlarının bu yolla bağlayıcılığını kaybetmediğini; Topluluk hukuku ile anayasa normlarının çatışması halinde Topluluk hukuku normlarının anayasanın normlarını değiştirebileceği anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, *"Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin normları, Topluluk hukuku normları ile değiştirilemeyecek ve zayıflatılmayacak niteliktedir ve Polonya'daki anayasal kimlik, benzersiz bir temel hak ve özgürlük anlayışını kapsamaktadır"*.⁶⁸

Rusya Federasyonu'nda anayasal kimlik kavramının Anayasa Mahkemesince kullanımı, ulusal ve ulusal üstü yetki alanları arasındaki etkileşim sorunuyla ilişkilidir. Bu bağlamda Mahkemenin 21-P/2015 sayılı kararı⁶⁹ bu alanda ilk adımı oluşturmaktadır. Bu karar, uluslararası organların, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin Rusya Federasyonu aleyhine vermiş olduğu yargı kararlarının iç hukukta uygulanabilirliğinin denetlenmesi konusundadır ve Mahkeme bu yetkinin, Anayasa Mahkemesinin görev alanına girdiğini belirtmiştir. Bu denetim yetkisini yasal düzenleme yoluyla elde etmesinin ardından Mahkeme, 12- P/2016 sayılı *Ançugov ve Gladkov* kararı⁷⁰ ile 1-P/2017 sayılı *Yukos Oil* kararında⁷¹, AİHM kararlarının yerine getirilmesinin anayasa uyarınca mümkün olup olmadığını tartışmıştır.

⁶⁶ The Chancellery of the Prime Minister, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, (2018), 82-83. <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf> E.T:19.4.2023

⁶⁷ Trybunał Konstytucyjny [Constitutional Tribunal], May 11, 2005, K 18/04 (decision on the Accession Treaty)

⁶⁸ Anna Śledzińska-Simon, "Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland," International Journal of Constitutional Law, Vol. 13, Issue 1, (January 2015), 150; Andras Zs. Varga, "Role of Constitutional Courts in the Protection of National/Constitutional Identity," 339.

⁶⁹ RF AYM Karar: 14 Temmuz 2015 No:21-P/2015 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf>

⁷⁰ RF AYM Karar: 19 Nisan 2016 No:12-P/2016 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf>

⁷¹ RF AYM Karar: 19 Ocak 2017 No: 1-P/2017 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>

AİHM kararlarının uygulanabilirliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gereğine ilişkin görüşünü belirttiği 21-P/2015 sayılı kararında Mahkeme; AİHM kararlarının iç hukukun bir parçası olduğu kabulü ile kararların iç hukukta yerine getirilmesi gereği üzerinde durmuştur (Karar, prg.2.2). Ancak, Rusya'nın uluslararası toplumun bir parçası olarak uluslararası antlaşmalar yapması, uluslararası birliklere katılması ve onlara yetkilerini kısmen devretmesinin; iç hukukta ulusal egemenlik ilkesinin, tüm Rusya genelinde ve uluslararası alanda devletin bütünlüğünün ve bağımsızlığının reddi anlamına gelmediğini belirtmiştir (Karar, prg.2.2). Bu bağlamda Mahkeme; Anayasa'nın 15/4 ve 79. maddelerinin doğrudan Rusya'nın egemenliğiyle ve anayasanın üstünlüğü ilkesiyle ilgili olduğuna; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan ya da anayasal düzenin temellerine saldırıda bulunan ve bu vesileyle anayasayı ihlal eden veya içerdiği hükümler nedeniyle ulusal mevzuatta değişiklikler öngören AİHS hükümlerinin ve AİHM kararlarının uygulanamayacağına; bu çerçevede Sözleşmenin öngördüğü koruma sisteminin gerçekleştirilmesinin ancak Rusya Federasyonu Anayasası'nın üstünlüğünün sağlanması şartıyla mümkün olabileceğine dikkat çekmiştir (Karar, prg.2.2).⁷² Bir başka ifadeyle, Mahkeme, AİHM ile ulusal mahkemeler arasındaki ilişkilerin eşitliğini ve AİHM'nin tamamlayıcı/ikincil niteliğini vurgulamaktadır. Ulusal üstü organların, bu anayasal kimliği oluşturan normlara saygı göstermesi, ulusal ve ulusal üstü normlar arasındaki çatışma olasılığını azaltacaktır. Böylece devletlerin egemenliği korunurken insan ve vatandaşların hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik Avrupa sisteminin etkinliği artmış olacaktır.⁷³ Mahkemenin bu kararına göre Rusya anayasal kimliği, temel hak

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Özkan, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, (Adana: Karahan Kitabevi, 2019), 273-275; Zeynep Özkan, Ç. Serra Uzunpınar, "Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler," 637-638.

⁷³ Petr Kucherenko; Elena Klochko, "The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice," Russian Law Journal, Vol. 7, No. 4 (2019), s. 111; Aleksandr Blankenagel, "Конституционная Идентичность - Призрак бродит по решениям европейских конституционных судов: что делать с конституционной идентичностью?," [Anayasal Kimlik- Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Kararlarına Bir Hayalet Musallat Oluyor": Anayasal kimlikle ne yarmalı?], Сравнительное Конституционное Обозрение [Karşılaştırmalı Anayasa İncelemeleri]: No.4, (Moskova 2018), 50.

ve özgürlükler ile anayasal düzenin temellerini oluşturan bir dizi normları içermektedir.

Macaristan ve Polonya’da anayasal kimlik kavramı hem hükümetler hem de anayasa mahkemesi tarafından kullanılmış ve bu iki ülkede yargı, hükümetin keyfi politikalarının meşrulaştırılmasına aracılık etmiştir. Macaristan ve Polonya’dan farklı olarak Rusya’da Anayasa Mahkemesi, anayasal kimlik kavramını, ulusal üstü kuruluşların kararlarının yerine getirilmesini denetleme yetkisini üzerine almak amacıyla kendiliğinden kullanmış ve deyim yerindeyse adeta bu yetkinin yasal düzenlemeler yoluyla kendisine tanınmasını sağlamak üzere yasama organına göz kırpmıştır. Ancak her üç ülkeyi benzer kılan, anayasacılığın gerekleriyle bağdaşmayan nitelikteki düzenlemeler yoluyla iktidarın keyfiliğini önleyecek denge kurumlarının zayıflatıldığı ve mahkemelerin paketlenmesine yol açıldığı gerçeğidir. Hukuka aykırı şekilde ele geçirilmiş/paketlenmiş mahkemeler veya diğer hukuki araçlarla siyasal iktidarı elinde bulunduranlar, kendi otoritelerini pekiştirmek üzere, yukarıda belirtildiği gibi, anayasal kimliğin kötüye kullanımı örneğini sergilemiştir.

E. Kavramın İşlevsizliğine Dair Görüşler

Öğretide, kavramın işlevsizliği iddiasından veya kullanım alanlarından kaynaklı olarak kavrama şüpheyile yaklaşımlar da görülmektedir. *Saunders*, kimliğe dair literatürün Avustralya anayasacılığına uygulanmasından yola çıkarak kavramın öznel ve bazı durumlarda seçici olduğundan bahisle işlevsiz olduğunu belirtmektedir. O’na göre, Avustralya anayasacılığı; anayasal denetimden ziyade yasama yetkisine karşı hakları korumak üzere kurumların bütünlüğüne odaklanan, İngiliz monarşisinden etkilenmesine rağmen eyaletlerin güçlü ve etkili olduğu federasyon kuran, çok kültürlü yapısına rağmen tek resmi dil benimseyen ve hukukun üstünlüğüne değer veren yapıdadır. Bu bakımdan her bir nitelik birbiri ile bütünsel bir paket olarak çalışır ve kimlik inşasında hangisinin önceliği hak ettiği ulus tarafından farklı değerlendirilecektir. Bunların hepsini birlikte kapsayan bir kimlik de hantal olacaktır.⁷⁴

⁷⁴ Cheryl Saunders, “Constitutional Identity,” Full Text in “Round table of the IacI-Aıdc Constitutional Identity: Universality of Constitutionalism vs. National Constitutional Traditions?” St. Petersburg, Russia 10-13 June 2021

Bununla birlikte öğretide, anayasal kimlik kavramının anlamlandırılmasında Anayasa Mahkemelerinin önemli rol oynadığına; ancak bunu yaparken bazı mahkemelerin kavramı kötüye kullandığına da işaret edilmektedir.⁷⁵ Özellikle, Macaristan ve Polonya'daki gibi paketlenmiş mahkemelerin anayasal kimliği otoriter nitelikli dönüşümlerde anayasal bir gerekçe bulmak için kullandıkları belirtilmektedir.

Kavramın kötüye kullanılabilmesi noktasında hemfikir olmakla birlikte kimi yazarlar, böyle bir kötüye kullanmanın, özgürlükçü olmayan anayasacılık eğiliminden kaynaklandığı; bunun başka kavramlar için de geçerli olabileceğini vurgulamaktadır.⁷⁶ Dolayısıyla sırf kötüye kullanılması, anayasal kimliğin anlamsız ve işlevsiz olduğunu göstermemektedir. Zira kötüye kullanıma, anayasacılığın -ve aynı zamanda AB'nin- temel ilkeleri ile bertaraf edilebilecektir.⁷⁷ Diğer bazı yazarlar hem siyasal hem de yargısal açıdan kötüye kullanıma açık olan anayasal kimlik kavramının işlevsizliğini ve bu kavramın kullanımından vazgeçilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. *Pech vd.* anayasa mahkemelerinin anayasal kimlik de dâhil olmak üzere ülkelerin anayasal düzenlerinin koruyucusu olmaya devam ettikleri; ancak bu mahkemelerin, AB Adalet Divanının anayasal kimliklerini ihlal eden bir karar verdiği iddiasıyla Divan kararlarını uygulanamaz bulmalarının AB hukuk düzenini bozacağı görüşündedir. Yazarlara göre, bu anlayış, anayasa mahkemelerinin bağımsız, saygın birer mahkeme olmaları ile otoriter rejimlerde paketlenmiş mahkeme olmaları arasında bir fark olmaksızın geçerlidir. Zira Almanya Anayasa Mahkemesi kararları ile başlayan süreçte Polonya ve Macaristan gibi ülkelerin anayasa mahkemelerinin Alman

⁷⁵ Saunders, anayasal kimliğin anayasa değişikliklerinde türev kurucu iktidara sınırlar çizmek, üye devletlerle AB kurumlarının yetki sınırlarını belirlemek veya yerel anayasal ile ulusal üstü insan hakları rejimleri arasında yasal /ahlaki sınırlar çizmek türündeki kullanımlarının; özneliğin cazibesini artırdığı, yargı bağımsızlığını etkileyebilecek şekilde mahkemelere olağanüstü yükler yüklediği yönleriyle eleştirmekte ve bu alanlardaki kullanımı nedeniyle kavrama şüpheyi yaklaştığını belirtmektedir. Bkz. "Constitutional Identity", Full Text.

⁷⁶ Pietro Faraguna, "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty," European Public Law, Vol. 27, Issue 3, (2021), 446; Julian Scholtes, "Abusing Constitutional Identity," 545; Kim Lane Scheppele, "Autocratic Legalism," The University of Chicago Law Review, Vol. 85, No. 2 (March 2018); Pietro Faraguna, Tímea Drinóczi "Constitutional Identity in and on EU Terms", <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/> E.T:19.4.2023

⁷⁷ Pietro Faraguna, "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty," 443.

anayasal kimlik içtihatlarını benimsemiş olmaları, anayasal kimlik ve anayasal çoğulculuk gibi kavramların suiistimale açık olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla kötüye kullanıma elverişli bu tür kavramların reddi gerekmektedir.⁷⁸ *Sajo*, anayasal kimlik kavramının kullanımına iki nedenle karşı çıkmaktadır. Birincisi, anayasal kimlik kavramının muğlak ve belirsiz olması nedeniyle kavram, hukuki kavramların taşıması gerektiği düşünülen açıklık, öngörülebilirlik, kesinlik standardını taşımamaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin en azından keyfilik önlenmesi ölçütünü karşılamamaktadır. İkincisi, kavramın derinliklerinde kültürel köklerin bulunması ve bu tür köklerin milliyetçi/yerel anlayışlarda gömülü olması nedeniyle anayasa mahkemelerinin kavramı kullanmasının öngörülemez şekilde keyfilik yol açabileceği kaygısıdır.⁷⁹ Yazar bu kaygıyı, kimlik kavramının belirsiz doğasının yanında, mahkemelerin bu kavramı kullanmakta istekli olmalarına da bağlamaktadır. Yazara göre, anayasal kimlik; bir ilkeye, kurala veya kuruma, tarihsel veya kültürel bir niteliğe atıfta bulunsa bile bu nitelikler liberal anayasal düzenin temel özelliklerini taşımayabilir. Bununla birlikte kavramı neyin oluşturduğunu ve ulusal kimlikle ilişkisini ortaya koyabilecek bir metodolojiden yoksun olunması, bu belirlemeyi yapma yetkisinin anayasa mahkemelerine kalması sonucunu doğurmaktadır. Zira mahkemelerin bir inşa meselesi olarak anayasal kimlik kavramını kullanması, ulusal siyasal, tarihsel ve kültürel uygulamalardan birini/birkaçını seçmesi anlamına gelebilir ve bu durum yargının gücünü kanıtlama meselesi haline dönüşebilir. Böylece diğer başka kavramlar gibi anayasal kimlik kavramı da anayasa hukukunun kapılarını, demokrasi-yıkıcı kimlik siyasetine aralar.⁸⁰ Kavrama olan ilginin artması kavramın kötüye kullanılmasına da yol açmıştır. Ancak demokrasi, eşitlik, hukuk devleti gibi diğer bazı kavramlar kadar anayasal kimlik kavramı da suiistimale açıktır. Bu nedenle, kavramın kötüye kullanılması, kavramın değersiz olduğu anlamına gelmemektedir.

⁷⁸ Laurent Pech, Daniel Kelemen, Renata Uitz, Piet Eeckhout and Federico Fabbrini, "National Courts Cannot Override CJEU Judgments," <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments> E.T:19.4.2023

⁷⁹ Federico Fabbrini, Andras Sajo, "The Dangers of Constitutional Identity," *European Law Journal*, Vol. 25, No. 4 (July 2019), 471-472.

⁸⁰ Andras Sajo, "On Constitutional Identity and the Loyalties of the Constitutional Judge," *Cardozo Law Review* w 40, no. Festschrift (August 2019), 3269-3271.

IV. AB Anayasal Kimliği

AB anayasal kimliğinin ne olabileceği, nasıl tanımlanabileceği ve işlevine ilişkin olarak öğretide, AB Temel Antlaşmaları ile düzenlemelerinde ve AB Adalet Divanı kararlarında çeşitli belirlemeler yer almıştır. Bununla birlikte AB Adalet Divanınının 16 Şubat 2022 tarihli C-157/21 sayılı ve C-156/21 sayılı kararlar⁸¹ ile AB anayasal kimliğinin nasıl tanımlanabileceğine yönelik tartışmalara son nokta konulduğunu söylemek olanaklıdır. Güncel nitelikteki AB Adalet Divanı kararının içeriğine geçmeden önce AB düzenlemelerine ve bu konuda öğretideki tartışmalara yer vermek işlevsel olacaktır.

1993'te yürürlüğe giren Maastricht Antlaşması öncesinde Topluluk hukukunda açıkça kimliğe atıfta bulunulmamış olmakla birlikte üye devletlerin ulusal kimliklerinin zımnı olarak korunmasının gayriihtiyari olarak da engellenmediğini söylemek olanaklıdır. Üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı gösterilmesi gerekliliği hem üye devletlerin Birliğin oluşumunun başlangıcından bu yana Avrupa bütünleşme sürecinde yer almalarına⁸² hem de "Avrupa'nın kendine özgü yapısı gereği ikincillik ilkesine dayandırılmaktadır"⁸³.

Maastricht Antlaşması'nın, (F) maddesi⁸⁴ hükmü ile Birliğin, Üye Devletlerinin ulusal kimliklerine ve - üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklandığı için - AİHS'de güvence altına alınan temel haklara saygı gösterme yükümlülüğü açıkça düzenlenerek bu hususa önem atfedilmiştir. Bunun nedeni; Maastricht Antlaşmasının, AB'nin ekonomik, parasal ve siyasal bütünleşme sürecinde sıçrama yaptığı bir dönemde ortaya çıkması nedeniyle üye devletlerin, dil, kültür, eğitim, din gibi alanlarla özdeşleştirilen ulusal kimliklerini kaybetme endişelerinin önüne geçme

⁸¹ CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98]. Judgment of 16 February 2022; CJEU Hungary v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:97]. Judgment of 16 February 2022.

⁸² AB Adalet Divanı Hukuk Sözcüsü (AG) M. Maduro'nun *Michaniki v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Others* kararındaki bağlayıcı olmayan görüşü. Bkz. CJEU Michaniki v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Others, Case No. Case C-213/07 [2008:731]. Judgment of 16 December 2008.

⁸³ Giscard D'Estaing'in İkincillik İlkesine İlişkin Avrupa Paramentosu Kurumsal İşler Komitesi Raporundaki görüşü için Bkz. Doc. A3-163/90/Part B, 4/7/1990.

⁸⁴ Maastricht Antlaşması F maddesi için Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A11992M%2FTXT>

anlayışı ile açıklanabilir. 1997 Amsterdam Antlaşması ile kimliğe ilişkin hüküm, “*Birlik, Üye Devletlerinin ulusal kimliklerine saygı gösterir*” şeklinde değiştirilmiştir. (AB Antlaşması eski 6/3 md.)

AB Temel Haklar Şartı, AB anayasal kimliğiyle ilgili önemli adımlardan bir başkasıdır. Her şeyden önce Şart, ulusal düzeyde anayasalarda yaygın olarak yer verilen temel hakları koruma altına almaktadır. *Pernice*’in belirttiği üzere, bu temel haklar, Birliğin *ortak değerlerine* işaret eder ve Birliği meşrulaştırıcı, kimliği teşvik edici ve bütünleştirici bir etkiye sahiptir. Zira Birliğin temel hukukuna Şart ile temel hakların dâhil edilmesi, Birlik vatandaşlarının “*ortak kimliğinin*” “*ortak değerler*” temelinde oluşturulması anlamına gelmektedir.⁸⁵ Böylece AB, yalnız ekonomik ve parasal bütünleşmesini değil aynı zamanda hukuki (anayasal) bütünleşmesini de tamamlamış olacaktır.⁸⁶

2009 Lizbon Antlaşması, Maastricht (F.1 md.) ve Amsterdam (AB Antlaşması Eski 6/3 md.) Antlaşmaları (ve AB Anayasa Taslağı) ile şekillendirilen kimlik hükmünü, kimliğin kapsamını Üye Devletlerin temel siyasal ve anayasal yapılarında bulunabilecek ulusal kimlik göstergeleri ile sınırlamak suretiyle yeniden düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, (AB Antlaşması 4/2 md.) şu şekildedir:

“Birlik, üye devletlerin Antlaşmalar önündeki eşitliğinin yanı sıra bölgesel ve yerel özerk yönetimler de dâhil, siyasal ve anayasal temel yapılarında var olan ulusal kimliklerine saygı gösterir.”

Öğretide, kimliğe ilişkin hükmün Lizbon’daki düzenlemesinde siyasal ve anayasal yönün güçlendirildiği, burada “*ulusal kimlikten anayasal kimliğe doğru kayma*” söz konusu olduğunun iddia edildiği görülmektedir⁸⁷. Antlaşmadaki kimlik hükmünün bir üye devletin ulusal kimliğini devletin temel yapılarında, özellikle de anayasasında ifadesini bulduğu şekliyle koruduğu ve hükmün, çok uluslu bir yapı olan AB’nin kendi kurucu ulusal

⁸⁵ Ingolf Pernice, “Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union,” DVBI, Heft 12, S.1, (2000), 3,5. E.T:19.4.2023

⁸⁶ Armin von Bogdandy, Stephan Schill, “Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty,” Common Market Law Review, Vol. 48, No. 5 (October 2011), 1417.

⁸⁷ Leonard F.M. Besselink, “National and constitutional identity before and after Lisbon,” Utrecht Law Review, Vol. 6, Issue 3, (2010), 44; Armin von Bogdandy, Stephan Schill, “Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty”, 1419.

topluluklarının kimliğini önemseyemediğini vurgulamak amacıyla getirilmiş siyasal bir ilke olduğu gerekçeleriyle anayasal kimliğe kayma şeklindeki iddianın geçerli olmadığı yönünde de görüş mevcuttur⁸⁸.

Yukarıda belirtildiği üzere, AB’de Maastricht Antlaşmasından bu yana kimliğe ilişkin düzenlemelerin, yalnızca Avrupa bütünleşmesini sağlama değil; aynı zamanda kültürel bir olgu olarak Avrupa anayasacılığının gelişiminin bir unsuru olma işlevini de üstlendiği yönünde öğretide görüş mevcuttur. *Rosenfeld*, Avrupa Antlaşmaları yoluyla Avrupa Anayasal Kimliğinin yaratılabileceğini; bunun, geleceğe yönelmiş, multi-etnik, çeşitlilik içinde bütünlük anlayışına dayalı ulus-ötesi (*transnational*)⁸⁹ Avrupa anayasal modelinin inşasını olanaklı kılacağını belirtmektedir⁹⁰. Bu bağlamda anayasal kimlik; AB anayasacılığının oluşturulması ve meşrulaştırılmasında bir araç olma, devlet egemenliğinin koruyucusu ve tamamlayıcısı olma, mürekkep (*composite*) anayasal düzenler arasında bağlayıcı olma işlevlerini görmektedir⁹¹.

AB Adalet Divanının anayasal kimliğe açıkça atıfta bulunduğu ve kimliğin nasıl tanımlanabileceğini ortaya koyduğu 16 Şubat 2022 tarihli C-156/21 ve C-157/21 sayılı kararları, üye devletlerde hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi halinde Birlik bütçesinin korunmasına yönelik mekanizma hakkında Macaristan ve Polonya tarafından açılan davalara ilişkindir.

Bu davalarda ABAD, anayasal kimliği kamu hukukunun önemli bir kavramı ve Birliğin temel direği olarak tasvir etmiştir. Dolayısıyla üye devletlerin anayasal kimlikleri, AB anayasal kimliğini ihlal edecek biçimde kullanılamayacaktır. ABAD’a göre; AB Antlaşmasının 2. maddesinde yer

⁸⁸ Elke Cloots, "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU," *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 45, No. 2 (2016), 86; Pietro Faraguna, "A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors", Jean Monnet Working Paper No. 10/15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2688667 E.T:19.4.2023; Pietro Faraguna, "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty", 435; Pietro Faraguna, "Taking Constitutional Identities Away from the Courts", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 41, Issue 2, (2016), 499.

⁹⁰ Michel Rosenfeld, "The European treaty–constitution and constitutional identity: A view from America," *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3(2-3), (2008), 330.

⁹¹ Martin Belov, "The Functions of Constitutional Identity Performed in the Context of Constitutionalization of the EU Order and Europeanization of the Legal Orders of EU Member States," *Perspectiv on Federalism*, Vol. 9(2) (2017), 73.

alan ve AB'nin üzerine kurulu olduğu insan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü ve azınlıklara mensup kişilerin hakları da dâhil olmak üzere insan haklarına saygı gibi değerler ve bu değerlerin çoğulculuğun, ayrımcılık yapmamanın, hoşgörünün, adaletin, dayanışmanın ve kadın-erkek eşitliğinin hâkim olduğu bir toplumda Üye Devletler için ortak olduğu anlayışı, “*ortak bir hukuki düzen olarak Avrupa Birliği'nin kimliği*”dir. Bu kimlik, Antlaşmaların ilgili Üye Devlete uygulanmasından kaynaklanan tüm hakların kullanılmasının bir koşulu olduğundan, Avrupa Birliği, kendi yetki sınırları dâhilinde bu değerleri savunabilmelidir. Bu noktada Mahkeme, öncelikle bu değerlere uymanın, aday bir Devletin Avrupa Birliği'ne katılmak için yerine getirmesi gereken ancak üye olduktan sonra göz ardı edebileceği bir yükümlülüğe indirgenemeyeceğini belirtmektedir.⁹²

Bu bağlamda Mahkeme, 2. maddenin yalnızca siyasal bir kılavuz veya bir niyet beyanı olmadığını; AB Antlaşması'nın, AB kimliğinin ayrılmaz bir parçası olan değerleri içerdiğinin altını çizmektedir. Mahkemeye göre bu değerler, Üye Devletler için yasal olarak bağlayıcı yükümlülükler içeren ilkelerde somut ifadeye sahip nitelikteki değerlerdir.⁹³

AB anayasal kimliğinin ne olduğu AB Adalet Divanı kararlarıyla açıkça ortaya konulmuştur. Mahkemenin kararları, yalnız kimliğin ne olduğunu açıklığa kavuşturmamakta; aynı zamanda anayasal kimliğin, anayasa yapım süreçlerini aşip yargıya yorum faaliyet alanını genişletme olanağı tanınması işlevini ortaya çıkarmaktadır. Zira AB Adalet Divanının yetkisi, topluluk hukukunun uygulama alanı ile sınırlı olması gerekmektedir. Ancak Adalet Divanı, hukuk devleti ilkesinin AB'nin anayasal kimliği olduğu gerekçesiyle ulusal yargı organlarının bu anayasal kimliğe (hukuk devleti ilkesine) uygun teşkil edip etmediğini söylemiştir.⁹⁴

V. Türkiye Üzerine Değerlendirme

Türkiye'de ne öğretide ne de Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça bir anayasal kimlik kavramı belirlemesi görülmektedir.⁹⁵ Zira yukarıda anayasal

⁹² CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98], prg 144, 145.

⁹³ CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98], prg 264.

⁹⁴ Bkz. AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18 R, Order of the Court, 17.12.2018; AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18, Judgment of the Court, 24.06.2019

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin 22.1.2020 tarih ve K. 2020/4 sayılı, 23.1.2020 tarih ve K. 2020/6 sayılı ve 31.3.2021 tarih ve K. 2021/25 sayılı kararlarında Üye Engin

kimliğin tanımlanmasına ilişkin kısımlarda, kurucu iktidarın anayasa ile kimliğe ilişkin kendi yöntemini nasıl inşa ettiğinin ve arzularının nasıl belirtildiğinin anayasanın metnine bakarak anlaşılabilirliği; metne bakmanın yanı sıra yorum faaliyetlerini gerçekleştiren aktörlerin ve toplum pratiğinin kendisinin de anayasal kimliğin belirlenmesinde pay sahibi olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle, Türkiye’de anayasal kimliğe ilişkin belirleme yapabilmek için hem anayasal gelişmelerden hem de Anayasa Mahkemesinin kararlarından yola çıkmanın yararlı olacağı düşünülebilir.

Önceki kısımlarda, anayasal kimliğin, siyasal topluluğun “*kurucu öz*”ü, dolayısıyla da anayasanın özü olduğu belirtilmiştir. Türkiye için bu “*kurucu öz*”ün laiklik olduğunu söylemek olanaklıdır. Laiklik ilkesi, 1961 ve 1982 Anayasalarının 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer almakla birlikte; Türk pozitif hukukuna ilk kez, 1924 Anayasası’nda 1937’de yapılan değişiklikle⁹⁶ 2. maddedeki devletin temel niteliklerinden biri olarak girmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında Cumhuriyetin ana hedefi, Türk ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi olarak belirtilmiş olup Türk Devrimleri bu ana hedefe ulaşmanın aracı ve laiklik ilkesi de Devrimin üzerine inşa edildiği temel değerdir. Bu bağlamda konunun yapılandırılmasını, Osmanlı Döneminden günümüze anayasal gelişmeler ve anayasa mahkemesi kararları üzerine kurarken anayasal gelişmeleri, Anayasa Mahkemesi’nin kurulduğu tarih olan 1961’e kadar ele alınmanın 1961 Anayasası sonrasındaki gelişmeleri Mahkeme’nin kararları ile birlikte değerlendirmenin sistematik açısından yararlı olacağını belirtmek gerekmektedir. Bu çerçevede, 1961 ve sonrası Dönem, laiklik ilkesinin korunmasına ilişkin pozitif düzenlemeler ve laiklik ilkesine ilişkin kurumsal meseleler şeklinde iki başlık halinde ele alınacaktır.

Anayasal gelişmeler incelendiğinde, laikleşme hareketlerinin *Tanzimat Dönemi*yle⁹⁷ başladığını; Cumhuriyet Döneminde ivme kazandığını söylemek olanaklıdır. Bu bağlamda, Tanzimat Döneminde gayrimüslimlerin hak ve özgürlüklerinin ve kanun önünde eşitliğinin sağlanmasına yönelik girişimler,

Yıldırım’ın Karşıoy gerekçelerinde “Sistematik olarak Anayasa’yı değerlendirdiğimizde, yasamanın asliliği, genelliği, yasama yetkisinin devredilemezliği ve idarenin kanuniliğinin anayasal kimliğimizin önemli bir parçasını oluşturduğunu görmekteyiz” denilmek suretiyle yasama yetkisinin nitelikleri ve kanunilik ilkesi anayasal kimlik olarak değerlendirilmiştir.

⁹⁶ 5.2.1937 tarih ve 3115 sy Kanun, md.1.

⁹⁷ Çalışmada *Tanzimat Dönemi*, Tanzimat Fermanıyla başlayıp Islahat Dönemini de kapsayan bir süreci ifade edecek biçimde kullanılmıştır.

kanunlaştırma hareketlerinde teokratik çizgiden uzaklaşılması⁹⁸ ve yargı örgütü ile yargılama usulünün değiştirilmesine yönelik gelişmeler laikleşme hareketlerinin örnekleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁹ Meşrutiyet Döneminde, 1876 Kanun-ı Esasi, öğretide bazı yazarlarca¹⁰⁰ o döneme kadarki fiili durumun hukukileştirilerek mutlakiyetin kurumsallaştırıldığı ve Halife-Padişahın haklarının halka ve Meclise karşı korunduğu iddiasıyla eleştirilmektedir. Zira Kanun-ı Esasi'nin 11. maddesi “*Devleti Osmaniyenin dini, din-i islâmdır*” hükmünü içermektedir. Diğer bazı yazarlarca¹⁰¹ Kanun-ı Esasi'nin devlet hayatında dini ve vicdani yaptırımlar yerine laik, objektif esasları tesis ettiği belirtilmektedir. Kanun-ı Esasi'de 1908 tarihli Değişikliklerle iktidarın yapısında ve kişi hak ve özgürlükleri alanında yeni düzenlemelere gidilmiş olmakla birlikte; devletin monarşik ve teokratik yapısı korunmaya devam etmiştir. Ancak yargı organlarını birleştirmek ve şer'î kurumların etkisini azaltarak mahkemelerin doğrudan Adliye Nezaretine bağlanmasını sağlamak; kadının öğrenim ve kamu hizmetine girme haklarının sağlanması ve aile hukuku ile kişiler hukuku alanında dini hükümlerden ayrılması II. Meşrutiyet Döneminin hukuku laikleştirme girişimi olarak ele alınmaktadır.¹⁰² Milli Mücadele Dönemi, anayasal gelişmelerde, ulusal bağımsızlığın kazanılması ve egemenliğin ulusa devri amacını ortaya koyan önemli gelişmeleri barındırmaktadır: Birincisi, 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu (Anayasa) ile egemenlik yetkisinin Türk ulusuna ait olduğu ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin ulusun gerçek temsilcisi olarak bu yetkiyi kullanacağı hüküm altına alınmıştır. İkincisi, 1 Kasım 1922 tarihinde Saltanat, Halifelikten ayrılarak kaldırılmıştır. Üçüncüsü, 29 Ekim 1923 tarihinde

⁹⁸ Kanunlaştırma hareketi içerisinde yeni yasaların bir bölümünün yabancı kökenli olması bir bölümünün de yerli ama örfi hukuk kaynaklı - din ötesi kurallardan oluşması laikleşme göstergesi olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda, 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi, 1851 tarihli Kanun-ı Cedid adlı yeni Ceza Yasası ve 1850 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun laik içerikli Yasa örneklerindedir. Bkz. Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri (Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı 2011)*,100.

⁹⁹ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 99-102.

¹⁰⁰ Recai Galip Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, (İstanbul 1957), 144; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası* (Fakülteler Matbaası, İstanbul 1970), 65; Tarık Zafer Tunaya, *Batılılaşma Hareketleri*, (İstanbul 1999), 44.

¹⁰¹ Hüseyin Nail Kubalı, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, (İstanbul 1960), 77.

¹⁰² Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu* (Arkadaş Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2013), 365; Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, 213- 214.

Anayasa'daki değişiklikle¹⁰³ Cumhuriyet ilan edilmiştir.¹⁰⁴ Bu gelişmelerde laiklik açısından önem taşıyan nokta, Saltanatın kaldırılmış olmasına rağmen Halifeliğin muhafaza edilmesi ve Anayasa'nın 2. maddesinde "*Devletin dini İslam'dır*" ibaresinin yer almasıdır. Halifeliğin muhafazası, dönemin koşulları gereği amacın dış politikada bağımsızlığın kazanılması, iç politikada egemenliğin tesis edilmesi ile açıklanabilir. Cumhuriyet'in ilanı ile birlikte Halifeliğin kaldırılması, yeni ulusal devlet düzeninin temelleri kurulurken uluslaşma sürecinin bir parçası olarak *ulusöncesi* bir kurumun varlığının anlamsızlığı ve laikleşme yolunda gerekli bir adım olarak açıklanmaktadır. Zira 3 Mart 1924 tarihli "*Hilafetin İlgasına Dair Kanun*" ve aynı tarihli "*Şeriye ve Evkaf ve Erkan-ı Harbiye Umumiye Vekâletlerinin İlgasına Dair Kanun*" laikleşme yolundaki bu adımın göstergeleri olarak kabul edilebilirse de Anayasa'da devletin dininin İslam olduğu ibaresi korunmuştur.¹⁰⁵ 1922 itibarıyla yürürlüğe giren Türk Devrimi, halifeliğin kaldırılması, eğitim, hukuk, toplumsal yaşam, din gibi pek çok alanda köklü reformlar içermektedir. Bu reformlar, uluslaşma ve ulus – devlet sürecinin laik içerikle dönüştürülmesine yönelmiştir. Bu bağlamda laiklik; siyasal, toplumsal ve kültürel alanlarda dinin ve onun temsilcilerinin gücüne son vermek için inanç ve ibadet hususlarıyla sınırlı olmak üzere dini, devletten ayırma anlayışıdır. Dinin rolü, modern bir ulus devletteki dinin rolüne çekilmek istenmiş ve bu anlamda yasal düzenlemelerde dinin istismarını önlemeye yönelik hükümlere yer verilmiştir.¹⁰⁶ Her ne kadar 1924 Anayasası'nın ilk şeklinde "*Devletin dini İslam'dır*" ibaresi yer almışsa da 1928 yılında bu ibarenin Anayasa'dan çıkarılması, 1937'de laiklik ilkesinin Anayasa'ya açıkça eklenmesi ve Anayasa'nın, içerisindeki dinsel öğelerden arındırılması; Devrim'in üzerine kurulu olduğu değerlerin laiklik olduğuna işaret etmektedir. Bu belirlemenin yanı sıra, anayasakoyucunun laikleşme kimliği ile topluma da çağdaşlaşmayı aşladığını söylemek olanaklıdır. Tanzimat Dönemiyle başlayan ve Cumhuriyet'in kurucu felsefesi olarak ivmelenen laikleşme hareketlerinin genel bir değerlendirmesi yapıldığında; Tanzimat'ın geleneksel kurum ve kavramları ortadan kaldırmaksızın geleneksel kurumların yanında laik kurumların da yer aldığı ikinci bir yapı oluşturduğunu; Cumhuriyet Döneminin

¹⁰³ 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun.

¹⁰⁴ Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 279, 289.

¹⁰⁵ Bülent Tanör, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, 287.

¹⁰⁶ Bernard Lewis, Modern Türkiye'nin Doğuşu, 556.

ayırıcı niteliğinin ise bu ikici yapının ortadan kaldırarak laik kurumların/kavramların hayata geçirilmesi olduğunu belirtmekte yarar vardır.¹⁰⁷

Laiklik ilkesinin Türk Devrimine yön veren bu özel öneminden dolayı, 1961 ve 1982 Anayasalarında bu anlayış, Başlangıç kısmında ve Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde, din özgürlüğünün tanınıp korunması ve din ile devlet işlerinin ayrı tutulması şeklinde iki yönüyle yer bulmuştur. Anayasa Mahkemesi de çeşitli tarihlerde verdiği kararlarında, laiklik anlayışının Türk Devrimine hâkim olduğunu; laiklik düzenine ilişkin kuralların ancak Cumhuriyetin ana hedeflerini gerçekleştirme şeklinde yorumlanabileceğini ve bunun Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde 1971 tarihli bir kararında laiklik anlayışını şu şekilde ifade etmiştir:

“Anayasa'nın 153. maddesinde, bu Anayasa'nın hiçbir hükmünün Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, madde metninde gösterilmiş devrim kanunlarının, bu Anayasa'nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu şekilde anlaşılacağı ve yorumlanacağı belirlenerek böylece lâik Devlet düzeninin korunması hedef tutulmuş bulunmaktadır. 1961 Anayasasıyla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu esasların Anayasa'da yer alması, az önce açıklanan, ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğunu, Anayasa'da benimsenmiş lâiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana ereğin Anayasa'da öngörülen birçok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatır.”¹⁰⁸

Bu anlamda, laiklik ilkesinin korunmasına ilişkin pozitif düzenlemeleri, din ve inanç özgürlüğünün anayasa ile güvence altına alınması ve dinin istismarının önlenmesi (AY md 24/son); siyasal partilerin tüzük ve programlarının laik Cumhuriyet ilkesine uygun olması (AY md. 68/4); Devrim Yasalarının korunması (AY md. 174) ve laiklik ilkesinin

¹⁰⁷ Taner Timur, Türk Devrimi (AÜSBF Yayınları 1968), 153. vd.

¹⁰⁸ AYM Karar: 1970/53E. 1971/76 K. 21.10.1976 AYM Kararlar Dergisi Sayı 10, s.63.

değiştirilemez hükümler arasında yer alması (AY md.2) şeklinde Mahkeme kararlarıyla birlikte ve laikliğin temas ettiği kurumsal meseleleri, Diyanet İşleri Başkanlığına Genel İdare içinde yer verilmesi (AY md. 136) ile siyasal parti kapatma davaları şeklinde ele almak olanaklıdır.

A. Laiklik İlkesinin Korunmasına İlişkin Pozitif Düzenlemeler

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasındaki “*Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*” hükmü, 68. maddenin 4. fıkrasındaki “*Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri,.... lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz*” hükmü ve Başlangıç'ta yer alan “*Hiçbir faaliyetin lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;*” ifadesi, devletin laik niteliğini ortadan kaldırmaya yönelik girişilecek herhangi faaliyetin yasaklı olduğunu gösteren ve laiklik ilkesinin korunmasına yönelik Anayasa'daki açık düzenlemelerdir.

Türk Devriminin laiklik ilkesi ile olan kopmaz bağı, anayasakoyucunun Türk Devriminin korunmasına yönelik Anayasa'nın 174. maddesindeki özel düzenlemesi ile pozitif bir temele yerleştirilmiştir. Anayasa'nın 174. maddesinde “*Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.*” denilerek aynı hükümde ilgili Devrim Yasaları açıkça sayılmıştır. Bu hüküm, Devrim Yasalarının anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilemeyeceğine işaret etmektedir.¹⁰⁹

Nihayet laiklik ilkesi değiştirilemez hükümler arasında yer almakla, anayasayı değiştirmenin hem maddi hem biçimsel sınırını oluşturmaktadır. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, değiştirilemez hükümler, içinde sabitlenen ilke ve normların önemine işaret etmekte ise de maddelere dokunulmaksızın bu hükümlerin içinin boşaltılması yoluyla değiştirilemezliğin aşıldığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Bu halde

¹⁰⁹ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 82.

anayasal kimlik, anayasaya aykırı değişiklikler aracılığıyla anayasanın başkalaştırılmasının önüne geçilebilmesini sağlamaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde verdiği 1970 tarihli kararı ve 1982 Anayasası döneminde verdiği 2008 tarihli kararı, “değiştirilemezliğin” kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır.

1970 tarihli kararında Mahkeme, 1961 Anayasası’ndaki değiştirilemezlik hükmü olan 9. maddedeki Cumhuriyet’in yalnız “Cumhuriyet” sözcüğünden ibaret bir anlama gelmediğini; sözcüğün muhafaza edilerek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını; 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirlenmiş “Cumhuriyet” sözcüğüyle ifade edilen Devlet sistemi olduğunu belirtmiştir. Devamında, “*Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.*”¹¹⁰ şeklindeki ifade ile anayasa değişiklikleri yolu ile anayasanın özünün yok edilmesinin önüne geçilmesine olanak sağlamıştır.

Mahkemenin 2008 tarihli kararı, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik öngören 5735 sayılı Yasa’nın iptaline ilişkindir. Mahkeme, Yasa’nın gerekçesinden, Komisyon ve Genel Kurul görüşmelerindeki açıklamalardan Yasa’nın temel hedefinin yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması olduğunu belirtmiştir. Mahkemece, Anayasa’da değişiklik öngören Yasa’nın içeriğinin laiklik ilkesine aykırı olduğu saptanmıştır. Laiklik ilkesinin değiştirilemez hükümler içinde yer alması nedeniyle Yasa’nın, Anayasa’nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme bu gerekçeyi, “... yöntem bakımından dinî siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu

¹¹⁰ AYM Karar, E. 1970/1. K. 1970/31 K.T. 16.6.1970 AYM Kararlar Dergisi Sayı 8, s. 323. Aynı yöndeki kararlar için bkz. E. 1971/41 K. 1971/37 K.T. 13.4.1971; E. 1973/19 K. 1975/87 K.T. 15.4.1975; E. 1975/167 K. 1976/19 K.T. 23.3.1976; E. 1977/82 K. 1977/117 K.T 27.9.1977.

sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.”¹¹¹ şeklinde ifade etmiştir.¹¹²

B. Laiklik İlkesine İlişkin Kurumsal Meseleler

Laiklik ilkesinin temas ettiği konulardan biri, Anayasa'nın, Diyanet İşleri Başkanlığına ilişkin 136. maddesidir. Bu hükümde, Kurumun genel idare içinde yer alacağı ve laiklik ilkesi doğrultusunda görevlerini yerine getireceği düzenlenmiştir. Laik bir devlette din kurumlarının devlet işlevlerini göremeyeceği veya devlet kurumlarının da din işlevlerini ifa edemeyeceği açıktır. Bu bağlamda Diyanet İşleri Başkanlığının idare içinde yer alan bir devlet kurumu niteliğinin laiklik ilkesi ile çeliştiği belirtilmektedir.¹¹³ Anayasa Mahkemesi yukarıda yer verilen 1971 tarihli kararında, bu hususa ilişkin olarak şu belirlemeleri yapmıştır: “... lâiklik ilkesi din ve Devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesinin oluşturduğu koşullar arasındaki ayrılıkların, lâiklik anlayışında da ortaya ayrımlar çıkarması zorunlu bir sonuçtur. ...Anayasa Koyucu Anayasadaki lâiklik ilkesinin anlamını tayin ederken mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerk veya bağımsız oldukları biçiminde bir anlam kastetmiş değildir. Hristiyan dininin taşıdığı özelliğe göre din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması esasının, kilisenin bağımsızlığı biçiminde mânalandırılmasında bir sakınca görülmemiştir. Çünkü Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir. Bu

¹¹¹ AYM Karar, E. 2008/16 K. 2008/116 K.T 5.6.2008 AYM Kararlar Dergisi Sayı 45, Cilt 2, s. 1239.

¹¹² Mahkemenin değiştirilemez hükümler ve anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin görüşü ilerleyen yıllardaki kararlarında (Bkz. AYM Karar: 2010/49E. 2010/87K. 7.7.2010 ve 2016/54E. 2016/117K. 3.6.2016) farklılaşmıştır. Ancak bu çalışma kapsamında laiklik ilkesiyle ilişki bağlamındaki kararlara yer verilmiştir.

¹¹³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (Seçkin Yayınları 23. Baskı 2023), 80.

durumda ülkemizde din hürriyetinin Anayasa ile çizilen sınırlarının ihlâli dinin sömürülmesi ve kötüye kullanılması, Devletin lâiklik esasına dayanan düzenine karşı gelinmesi anlamını taşımakta. ...Böyle bir tutumun ve sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dinî örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmuştur.Diyanet İşleri Başkanlığının idare içinde yer almasının ve mensuplarının memur niteliğinde sayılmasının birçok tarihi nedenlerin, gerçeklerin ve ülke koşullarıyla gereksinmelerinin doğurduğu bir zorunluk sonucu olduğundan kuşku yoktur.”¹¹⁴

Mahkeme, 1982 Anayasası döneminde 1986 yılında vermiş olduğu bir başka kararında 1971 tarihli kararına atıfla benzer şekilde laiklik anlayışını sürdürmüştür.¹¹⁵ 1989 tarihli Yükseköğretim Kurumlarında türban serbestisine ilişkin yasal düzenlemenin denetlenmesine yönelik kararında Mahkemece, laikliği aklın ve bilimin öncülüğündeki uygar bir yaşam biçimi, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi, siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilke olarak belirtilmiştir.¹¹⁶

¹¹⁴ AYM Karar: 1970/53E. 1971/76 K. 21.10.1971 AYM Kararlar Dergisi Sayı 10, s.63.

¹¹⁵ AYM Karar: 1986/11E. 1986/26 K. 4.11.1986 AYM Kararlar Dergisi Sayı 22, s.310-314.

¹¹⁶ “Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlar yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. ... Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim, aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. ... Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiştir, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik din ve mezheplere inananlar, bu ayrımlara karşın birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. ... Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Lâiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden

Laiklik ilkesine ilişkin bir diğer kurumsal mesele siyasi partilerin kapatılması davalarıdır. Anayasa Mahkemesinin militan/mücadeleci demokrasi anlayışının görünümü olarak siyasi parti kapatma davalarında, laikliğe aykırı eylemlerde bulunduğu düşünülen partilerle ilgili olarak kapatma kararı verdiği görülmektedir. İlk olarak 1961 Anayasası Döneminde 1971 yılında Milli Nizam Partisinin kapatılması kararında Mahkeme, partinin en yetkili organlarınca benimsenen din derslerinin okutulmasının zorunlu olması, Pazar günlerinin tatilinin İslam'a aykırı olduğu, Hilafetin gelmesinin zorunlu olduğu ve Türk Ceza Kanunu 163. maddesinin kaldırılması vb. yönündeki taleplerini laikliğe aykırılık nedeniyle kapatma sebebi olarak kabul etmiştir.¹¹⁷ 1982 Anayasası Döneminde Mahkeme, 1983 tarihli Huzur Partisinin kapatılması kararında¹¹⁸ üniversitelerde din öğretiminin zorunlu hale getirilmesi taleplerini; 1993 tarihli Özgürlük ve Demokrasi Partisinin (ÖZDEP) kapatılması kararında¹¹⁹ Diyanet İşleri Başkanlığının kapatılması ve din işlerinin cemaatlere bırakılması taleplerini; 1998 tarihli Refah Partisinin kapatılması kararında¹²⁰ ve 2001 tarihli Fazilet Partisinin kapatılması kararında¹²¹ parti yöneticilerinin kamu kurum ve kuruluşlarında başörtüsü serbestisinin olması yönündeki taleplerini laikliğe aykırı bulmuş ve partinin

ayırılmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.” AYM Karar, E. 1989/1 K. 1989/12 K.T. 7.3.1989 AYM Kararlar Dergisi Sayı 25, s. 144-147.

¹¹⁷ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1971/1E. 1971/1 K. 20.5.1971 AYM Kararlar Dergisi Sayı 9, s. 3-19.

¹¹⁸ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1983/2E. 1983/2K. 25.10.1983 AYM Kararlar Dergisi Sayı 20, s. 350-374.

¹¹⁹ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1993/1E. 1993/2K. 23.11.1993 AYM Kararlar Dergisi Sayı 30 Cilt 2, s. 841-935.

¹²⁰ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1997/1 E. 1998/1K. 16.1.1998 AYM Kararlar Dergisi Sayı 34 Cilt 2, s. 762-1145.

¹²¹ AYM Karar: Siyasi Parti Kapatma 1999/2E. 2001/2 K. 22.6.2001 AYM Kararlar Dergisi Sayı 37 Cilt 2, s.922-1552.

laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini belirlemiştir.

Mahkemenin, 1961 Anayasası Döneminden 2012 yılına kadar yukarıda söz edilen kararlarında anayasakoyucunun Türkiye için benimsediği kendine özgü laiklik anlayışını pekiştirdiği görülmektedir. Bu bağlamda, kararlarında Mahkemece, din özgürlüğünün anayasa ile güvence altına alınmış olmasının, bu alanın denetimsiz bırakılacağı anlamına gelmediği belirtilmiştir; Diyanet İşleri Başkanlığının gerekliliği ve zorunluluğunun tarihi olguların sonucu olduğuna dayandırılmış; laiklik aklın ve bilimin öncülüğündeki uygar bir yaşam biçimi, siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi olarak tanımlanmış ve nihayetinde devlete toplum ve bireyi dönüştürme ödevi yüklenmiştir. Siyasal partilerin kapatılması kararlarında partilerin hangi eylemlerinin laikliğe aykırı olduğu belirlenmesi yapılmıştır. Ancak 2012 yılında “İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair” 6287 sayılı Yasa’nın anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararında¹²² Mahkemenin bu zamana kadarki aktif laiklik anlayışından uzaklaştığı görülmektedir.

Mahkemenin 2012 tarihli kararında, ilgili Yasa’nın sekiz yıllık kesintisiz zorunlu eğitimin “ilköğretim ve ortaöğretim” şekline dönüştürülmesini ve okullarda “Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberin hayatı” derslerinin seçmeli ders olarak okutulmasını öngören hükümlerinin denetlenmesinde laiklik ilkesi anlayışı şu şekilde ortaya konulmuştur:

“Laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir. Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak,

¹²² AYM Karar: 2012/65E. 2012/128K. 20.9.2012 AYM Kararlar Dergisi Sayı 50 Cilt 2, s.1341-1486.

koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. ... Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletle dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir. Farklı dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. ... Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. ... Buna göre, dava konusu kural, devletin din eğitimi konusunda üstlendiği pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. Kuralla getirilen isteğe bağlı seçmeli derslerin, kişilerin kendi isteği ve küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebi kapsamında sağlanacak olan din eğitim ve öğretiminin gereği olduğu açıktır. Öte yandan, kanun koyucunun 'Hz. Peygamberimizin Hayatı' ismini tercih etmesi zorunlu olarak İslam dini ile devlet arasında bir aidiyet ilişkisinin kurulması sonucunu doğurmaz." Mahkeme, bu kararındaki laiklik anlayışını 25.6.2014 tarihli bireysel başvuru kararında da benimsemiştir.¹²³

Yukarıda, anayasal kimlik kavramının tanımlanmasına ilişkin kısımda; anayasal kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olanın, anayasada kimliğe ilişkin bir belirleme yapılmışsa bile bunun yanı sıra, yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılması olduğu belirtilmiştir. Türkiye’de anayasal kimlik olarak aldığımız laiklik anlayışı da -laikliğin Mahkeme içtihatları ve toplum pratiğindeki karşılığı ile bu ikisi arasındaki etkileşim yoluyla- bu belirlemeden hareketle ortaya konulabilir. Bir değerlendirme girişimi olarak Türkiye’de laiklik için şu soru sorulabilir: Laikliğin, anayasal gelişmelerde Tanzimat Döneminden başlayarak Türk Devrimleri ile ivme kazanması; 1961 ile 1982 Anayasası hükümlerinde perçinlenmesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında 2012 yılına kadar aktif laiklik biçiminde şekillenmesinin, *merkez – çevre* paradigmasıyla açıklanması olanaklı mıdır? Shils’e göre “... her toplumun bir merkezi vardır. Bu merkez, değerlerin, inançların varlık alanına ilişkin bir fenomen olup o toplumu yöneten sembollerin, değerlerin ve inançların düzeninin merkezidir.”¹²⁴ Gönenç, Shils’in bu paradigmasını, bunun tek boyutlu olmadığı, çoklu eksenler –

¹²³ AYM Bireysel Başvuru No: 2014/256, prg. 133.

¹²⁴ Edward Shils, “Center and Periphery: Essays in Macrosociology,” (University of Chicago Press 1975), 1.

mekânlar ve aktörler etrafında şekillendiğini ifade ederek yatay ve dikey boyutuyla ele almıştır.¹²⁵ Dolayısıyla *merkez – çevre* arasındaki çatışma, bu iki alanı yaratan eksenler, mekânlar ve aktörler arasında yatay ve dikey boyutuyla gerçekleşmektedir. *Gönenç*; burada, *iktidar*, *sivil toplum* ve *siyasal toplum* olmak üzere üç temel çatışma mekânından söz etmektedir.¹²⁶

Bu açıklamalar ışığında, Osmanlı’da çatışma, merkezdeki yönetici seçkinler ile çevreyi oluşturan kitle arasında dikey boyutta cereyan etmekte; laikleşme, modernleşmenin bir parçası olarak merkezin değeri şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Cumhuriyet’le birlikte laiklik, anayasakoyucu ve Anayasa Mahkemesi gibi Cumhuriyet’in merkezi kurumlarının benimsediği *merkezi* değer olarak Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar yerini aktif laiklik anlayışı biçiminde korumaktadır. Ancak Cumhuriyet Döneminde, özellikle 1961 Anayasası sonrası siyasal gelişmeler, *çevre*’nin siyasal toplum ve sivil toplum mekânlarında “*yakın çevre*” – “*uzak çevre*” biçiminde şekillendiğini göstermiştir.¹²⁷ Dolayısıyla laiklik anlayışında gerilim, *merkez* ile *uzak çevre*’nin siyasal ve sivil toplum mekânlarında gerçekleşmiştir. *Uzak çevre*’nin siyasal aktörleri olan siyasal partiler açısından Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu, parti programlarında merkez değerlerin açıkça reddedilmesini veya alternatif bir düzenin savunulmasını engellemektedir. Ancak parti liderlerinin açıklamaları, önerilen politikalar ve tabanın niteliği *uzak çevre*’nin merkez değerlerle açık bir çatışma halinde olduğunu göstermektedir.¹²⁸ Bu bağlamda, Refah Partisi ve Fazilet Partisi gibi siyasal partilerin kapatılmasına ilişkin Mahkeme kararları bu çatışmanın açık göstergesi olarak kabul edilebilir. 2000’li yılların başında, *uzak çevre* içinde yer alan siyasal partilerin kapatılması sonrası bu çevrenin siyasal hareketi, *yakın çevre*’ye konumlanmaya başlamıştır. Başlangıçta, bu siyasal hareket ile merkez aktörler arasında gerilimler ortaya çıksa da AB Uyum süreci devam ederken her iki taraftan da bu gerilim tırmandırılmamıştır. Ancak zaman içinde siyasal gelişmeler, bu siyasal hareketin *yakın çevre* yerine *merkeze*

¹²⁵ Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek” *Toplum ve Bilim* 2006, 131-133.

¹²⁶ Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” 131- 132.

¹²⁷ Bkz. Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” 141-149.

¹²⁸ Levent Gönenç, “2000’li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek,” 142.

konumlanması şeklinde kendini göstermiştir. Bu aşamada, tüm bu gelişmeleri, Jacobsohn'un anayasal kimliği anlamlandırmak için bir anayasanın metinsel olarak dili ile o anayasayla bağlı olanların davranışı veya sosyal düzen arasındaki uyuma/çatışmaya bakmanın gerekliliği görüşünden hareketle değerlendirmek olanaklıdır. Anayasa Mahkemesinin 2012 tarihli kararı ile aktif laiklik anlayışından uzaklaşılması; *merkez*'deki yeni siyasal değerle Mahkemenin uyumlaştığının ve *eski merkez*'in *çevre*'ye kaymaya başladığının bir göstergesi olarak okunabilir. Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar ve bu tarihten sonrasına ilişkin laiklik ilkesi üzerine olan bu belirlemeler, anayasal kimliğin değiştiği biçiminde yorumlanmaya elverişli bulunmamaktadır. Zira, anayasal kimlik olarak laiklik, aktif laiklikten pasif laikliğe doğru bir anlayış değişikliği boyutunda cereyan etmiş olup bu gelişme, yorum yoluyla dahi Anayasa Mahkemesince anayasal kimliğin içinin boşaltılmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

SONUÇ

Anayasal kimlik kavramı, kavramın tanımlanmasına yönelik anlayışlardan hareketle, bir siyasal topluluğun özünü ilgilleyen temel, kurucu, kalıcı nitelikte bir kavrama atıfta bulunmaktadır. Bu kurucu öz zaman zaman anayasada bulunan ancak nihayetinde anayasayı "o anayasa" yapan niteliktedir. Zira bu kimlik, bir siyasal topluluğun anayasasının kimliği olması yönüyle diğer kolektif kimliklerden farklıdır. *Rosenfeld* bunu, anayasal kimliğin kendilerini diğer topluluklardan ayırt etmeye yarayan bir imge oluşturması gereken "*tasavvur edilmiş*" bir topluluğa (*imagined community*) ait olması şeklinde ifade etmektedir. Ancak bir anayasanın varlığı da tek başına anayasal kimliğin belirlenmesinde yeterli değildir. Bu kimliği başka siyasal toplulukların kimliklerinden ayıracak olan, yukarıda da belirtildiği gibi anayasada kimliğe ilişkin ifadelerle yer verilmesinin yanı sıra, bu kimliğin hitap ettiği siyasal topluluğun pratiğinde kabul görmesi veya yorum faaliyetleri yoluyla anlamlandırılmasıdır. Zira *Jacobsohn*'un kimliğin *diyalojik* (karşılıklı etkileşim halinde) olarak ortaya çıktığı ve bir ulusun geçmişini ifade eden siyasal istek ve taahhütlerin bir karışımını ve aynı zamanda toplum içinde bu geçmişi bazı şekillerde aşmaya çalışanların kararlılığını temsil ettiği yönündeki belirlemesi, buna işaret etmektedir. Böylece anayasal kimliğin anlamlandırılmasında, yalnızca anayasanın metninde yer alan kimliğe ilişkin bir taahhüdün bulunması yeterli olmayıp bu ifadenin toplum pratiğinde de kabul görmesi gerekliliği açıktır. Çünkü siyasal ve yargısal yorum faaliyetinin gerçekleştiği alanlardaki aktörlerin (yargı,

yasama, diğer kamusal – özel aktörler) yorum faaliyetleri de kimliğin anlamlandırılmasında pay sahibidir. Öte yandan mahkeme kararlarında kimlik kavramının farklı gerekçelerle farklı şekillerde formüle edilmesi, kavramın farklı işlevleri olabileceğini göstermiştir. Bu bağlamda anayasal kimliğin, ulusal üstü kurumlarla bütünleşme süreçlerinde egemenlik yetkisinin paylaşılmasında; temel hak ve özgürlüklerin korunmasında; anayasa değişikliklerinin meşrulaştırılmasında ve zaman zaman siyasal iktidarların ulusal üstü kurumlarla bütünleşme süreçlerinden kaçınmalarına yönelik siyasal kararlarının meşru *gösterilmesinde* işlev sahibi olduğu görülmektedir. Bununla birlikte kavramın kötüye kullanıldığı örneklerin olduğu da açıktır. Kavramın kötüye kullanılmasından kaynaklı olarak işlevsiz olduğu görüşleri de öğretide pek çok kez dile getirilmiştir. Bununla birlikte anayasalarda değişmez maddelerin olduğu anayasal düzenlerde anayasal kimlik kavramının varlığı veya gerekliliğinin anlamsız olduğu ve bu nedenle işleve sahip olmadığı da düşünülmüştür. Ancak, değiştirilemez hükümlerin varlığına rağmen anayasalarda anayasaya aykırı değişikliklerin ortaya çıkabildiği ve bunun sınırının anayasal kimlik kavramı olabileceği çalışmada açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışma, Türkiye üzerine kısa bir değerlendirmeyi de içermektedir. Bu bağlamda, - teorik olarak - anayasal kimliğin bir siyasal topluluğun “*kurucu öz*”ü olarak tanımlanmasından yola çıkılarak Türkiye için bu “*kurucu öz*”ün laiklik olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede laikliğin, anayasal gelişmelerde Tanzimat Döneminden başlayarak Türk Devrimleri ile ivme kazanması; 1961 ile 1982 Anayasası hükümlerinde perçinlenmesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında 2012 yılına kadar aktif laiklik biçiminde şekillenmesi, *merkez – çevre* paradigmasıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Osmanlı Modernleşmesinden itibaren Cumhuriyet’le birlikte laikliğin, anayasakoyucu ve Anayasa Mahkemesi gibi Cumhuriyet’in merkezi kurumlarının benimsediği *merkezi* değer olarak Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar yerini aktif laiklik anlayışı biçiminde koruduğu belirtilmiştir. *Gönenç*’in, 1961 Anayasası sonrası siyasal gelişmelerin, *çevre*’nin siyasal toplum ve sivil toplum mekânlarında “*yakın çevre*” – “*uzak çevre*” biçiminde şekillendiği tespitinden hareketle, siyasal parti kapatma kararları, laiklik anlayışında gerilimin, *merkez* ile *uzak çevre*’nin siyasal ve sivil toplum mekânlarında gerçekleştiği öngörüsü ile örneklendirilmiştir. Nihayetinde 2000’li yılların başında, *uzak çevre* içinde yer alan siyasal partilerin kapatılması sonrası bu çevrenin siyasal hareketinin, önce *yakın çevre*’ye ve zaman içinde *yakın çevre* yerine *merkeze* konumlanması şeklindeki siyasal gelişmeler ve Anayasa Mahkemesinin 2012

tarihli kararı ile aktif laiklik anlayışından uzaklaşılması; *merkez*'deki yeni siyasal değerle Mahkemenin uyumlaştığının ve *eski merkez*'in *çevre*'ye kaymaya başladığının bir göstergesi olarak okunmuştur. Mahkemenin 2012 tarihli kararına kadar ve bu tarihten sonrasına ilişkin laiklik ilkesi üzerine olan bu belirlemeler, anayasal kimliğin değiştiği biçimde yorumlanmaya elverişli bulunmamaktadır Zira, anayasal kimlik olarak laiklik, aktif laiklikten pasif laikliğe doğru bir anlayış değişikliği boyutunda cereyan etmiş olup bu durum, yorum yoluyla dahi Anayasa Mahkemesince anayasal kimlik kavramının özüne dokunulmadığının bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan. Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası. İstanbul: Fakülteler Matbaası. 1970.
- Belov, Martin. "The Functions of Constitutional Identity Performed in the Context of Constitutionalization of the EU Order and Europeanization of the Legal Orders of EU Member States." *Perspectiv on Federalism*, Vol. 9(2) (2017): 72-97.
- Blankenagel, Aleksandr. "Конституционная Идентичность - Призрак бродит по решениям европейских конституционных судов»: что делать с конституционной идентичностью?" [Anayasal Kimlik- Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Kararlarına Bir Hayalet Musallat Oluyor": Anayasal kimlikle ne yapmalı?], *Сравнительное Конституционное Обозрение* [Karşılaştırmalı Anayasa İncelemeleri]: No.4, (Moskova 2018): 42 - 64.
- Bogdandy, Armin von - Schill, Stephan. "Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty." *Common Market Law Review*, Vol. 48, No.5 (October 2011): 1417 - 1453.
- Besselink, Leonard F.M. "National and constitutional identity before and after Lisbon." *Utrecht Law Review*, Vol. 6, Issue 3, (2010): 36 -49.
- Cartabia, Marta. "The Legacy of Sovereignty in Italian Constitutional Debate." *Sovereignty in Transition*, edited by Neil Walker, London: Bloomsbury Publication. 2006.
- Cloots, Elke. "National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU." *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 45, No. 2 (2016): 82-98.
- Fabbrini, Federico - Sajo, Andras. "The Dangers of Constitutional Identity." *European Law Journal*, Vol. 25, No. 4 (July 2019): 457-473.
- Faraguna, Pietro. "On the identity clause and its abuses: "back to the Treaty." *European Public Law*, Vol. 27, Issue 3, (2021): 427- 447.

- Gönenç, Levent. "2000'li Yıllarda Merkez – Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek." *Toplum ve Bilim*. (2006): 129 – 152.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayınları. 2020.
- Habermas, Jürgen. *Eine Art Schadensabwicklung*. Berlin: Suhrkamp Verlag. 1987.
- Habermas, Jürgen. *Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat in Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung* edited by Charles Taylor (1993) Aktaran, Monika Polzin, "Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul" *German Law Journal*: Vol. 18, No. 7, (2017): 1595-1616.
- Halmi, Gabor. "Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law." *Review of Central and East European Law*, Vol. 43, Issue 1, (Brill- Nijhoff Publication: 2018): 23 – 42.
- İspolinov, Alexei. "Приоритет права Европейского Союза и национальная (конституционная) идентичность в решениях Суда ЕС и конституционных судов государств – членов ЕС" [AB Adalet Divanı ve AB Üye Devletleri Anayasa Mahkemelerinin Kararlarında Avrupa Birliği Hukukunun ve Ulusal (Anayasal) Kimliğin Önceliği], *Сравнительное Конституционное Обозрение [Karşılaştırmalı Anayasa İncelemeleri]*: No.4, (2017) 47-68.
- Jacobsohn, Gary Jeffrey. *Constitutional Identity*. Cambridge, USA: Harward University Press. 2010.
- Jacobsohn, Gary Jeffrey. "Constitutional Identity." *The Review of Politics*, Vol.68, (2006): 361-397.
- Kochenov, Dimitry. *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, (Netherlands: Walters Kluwer Publication. 2008.
- Kubalı, Hüseyin Nail. *Türk Esas Teşkilat Hukuku*. İstanbul: Tan Matbaası.1960.
- Kucherenko, Petr - Klochko, Elena. "The Concept of Constitutional Identity as a Legal Argument in Constitutional Judicial Practice," *Russian Law Journal*, Vol. 7, No. 4 (2019): 99-124.
- Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*. İstanbul: Arkadaş Yayınları, 6. Baskı. 2013.
- Martí, José Luis. "Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People." *National Constitutional Identity and European Integration* edited by Alejandro Saiz Arnaiz and Carina Alcoberro Llivina. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia Publishing. 2013.

- Müller, Jan Werner. *Constitutional Patriotism*. Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2007.
- Okandan, Recai Galip. *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası. 1957.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları 23. Baskı. 2023.
- Özkan, Zeynep. *Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi*. Adana: Karahan Kitabevi. 2019.
- Özkan Güneş, Zeynep – Uzunpınar, Ç. Serra. “Hukukun Araçsallaştırılması Yoluyla Hukuk Devleti İlkesinde Aşınma: Avrupa Konseyi Ülkelerinden Deneyimler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 71, sy. 2, (Haziran 2022), 621-682.
- Pernice, Ingolf. “Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union.” *DVBI*, Heft 12, s.1, (Juni 2000): 1-28.
- Reestman, Jh - Besselink, Leonard FM. “Constitutional Identity and The European Courts.” *European Constitutional Law Review*. Vol. 3, Issue 2, June 2007. Cambridge Uni Press. (January 2007): 177-181.
- Rosenfeld, Michel. “Constitutional Identity.” *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by Michel Rosenfeld and András Sajó. London: Oxford University Press. 2012.
- Rosenfeld, Michel. “Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity.” *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy* edited by Michel Rosenfeld. Durham: Duke University Press. 1994.
- Rosenfeld, Michel. “The European treaty–constitution and constitutional identity: A view from America.” *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3(2-3), (2008): 316 -331.
- Rosenfeld, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*. London and Newyork: Routledge. 2010.
- Rosenfeld, Michel. “Deconstructing Constitutional Identity in Light of the Turn to Populism.” *Deciphering the Genome of Constitutionalism* edited by Ran Hirschl and Yaniv Roznai. Cambridge University Press. 2024
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press. 2017.
- Sajo, Andras. “On Constitutional Identity and the Loyalties of the Constitutional Judge.” *Cardozo Law Review* w 40, no. Festschrift (August 2019), 3253-3276.
- Saunders, Cheryl. “Constitutional Identity”, Full Text in “Round table of the IacI-Aıdc Constitutional Identity: Universality of Constitutionalism vs. National Constitutional Traditions?.” St. Petersburg, Russia 10-13 June 2021.

- Schanda, Balázs. "Hungary's Christian Culture as Subject of Constitutional Protection." *Studia z Prawa Wyznaniowego*, Issue 23, (2020): 55 - 72.
- Scheppelle, Kim Lane. "Autocratic Legalism." *The University of Chicago Law Review*, Vol. 85, No. 2 (March 2018): 545 – 584.
- Scholtes, Julian. "Abusing Constitutional Identity." *German Law Journal*: Vol. 22, No. 4. (June 2021). 534-556.
- Shils, Edward. "Center and Periphery: Essays in Macrosociology." University of Chicago Press 1975.
- Simon, Sven. "Constitutional Identity and Ultra Vires Review in Germany." *Central European Journal of Comparative Law (CEJCL)*: Vol. 2, No. 1 (2021): 185- 206.
- Śledzińska-Simon, Anna. "Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland." *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Issue 1, (January 2015): 124 -155.
- Stein, E. "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution." *American Journal of International Law*: Vol.75, No.1, (Cambridge 1981) Cambridge Uni Press 1-27.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı. 2011.
- Timur, Taner. *Türk Devrimi*. Ankara: AÜSBF Yayınları. 1968.
- Tunaya, Tarık Zafer. *Batılılaşma Hareketleri*. İstanbul: Arba Yayınları.1999.
- Varga, Andras Zs. . "Role of Constitutional Courts in the Protection of National/Constitutional Identity." *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*. (2018): 333-340.

İnternet Makaleleri

- Faraguna, Pietro. "A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors." *Jean Monnet Working Paper No. 10/15*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2688667 E.T:19.4.2023.
- Halmai, Gabor. "The Misuse of Human Dignity and Constitutional Identity: The Case of Hungary." https://me.eui.eu/wp-content/uploads/sites/385/2018/11/Dignity_identity_Hungary_Halmai.pdf E.T:19.4.2023.
- Richards, Claudina. "EU Law Before the French Courts: The Curious Incident of the Question Prioritaire de Constitutionnalité." https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2167351

- Waldron, Jeremy. “Constitutionalism.”: A Skeptical View”,
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=hartlecture> E.T:19.4.2023
- Albert, Richard. “Counterconstitutionalism.” Dalhousie Law Journal 1: Vol. 31 (2008), 37. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1424055 E.T: 19.4.2023
- Roznai, Yaniv. “Towards a Theory of Unamendability.” NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-12, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2569292, 20. E.T: 19.4.2023
- Faraguna, Pietro – Drinóczi, Tímea. “Constitutional Identity in and on EU Terms.” <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/> E.T:19.4.2023
- Pech, Laurent - Kelemen, Daniel - Uitz, Renata. Piet Eeckhout and Federico Fabbrini, “National Courts Cannot Override CJEU Judgments.” <https://verfassungsblog.de/national-courts-cannot-override-cjeu-judgments> E.T:19.4.2023;
- Giscard D’Estaing’in İkincillik İlkesine İlişkin Avrupa Parlamentosu Kurumsal İşler Komitesi Raporundaki görüşü için Bkz. Doc. A3-163/90/Part B, 4/7/1990.
- The Chancellery of the Prime Minister, White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, (2018), 82-83. <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf> E.T:19.4.2023

Mahkeme Kararları

- AYM, E. 1970/1 K. 1970/31 Kt. 16.6.1970 AYM Kararlar Dergisi Sayı 8.
- AYM, E. 1970/53. K. 1971/76 Kt. 21.10.1976 AYM Kararlar Dergisi Sayı 10.
- AYM, E. 1986/11 K. 1986/26 Kt. 4.11.1986 AYM Kararlar Dergisi Sayı 22.
- AYM, E. 1989/1. K. 1989/12 Kt. 7.3.1989 AYM Kararlar Dergisi Sayı 25.
- AYM, E. 2008/16 K. 2008/116 Kt . 5.6.2008 AYM Kararlar Dergisi Sayı 45, Cilt 2.
- AYM, E. 2012/65 K. 2012/128 Kt. 20.9.2012 AYM Kararlar Dergisi Sayı 50 Cilt 2.
- AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1971/1 K. 1971/1 Kt. 20.5.1971 AYM Kararlar Dergisi Sayı 9.
- AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1983/2 K. 1983/2 Kt. 25.10.1983 AYM Kararlar Dergisi Sayı 20.

AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1993/1 K. 1993/2 Kt. 23.11.1993 AYM Kararlar Dergisi Sayı 30 Cilt 2.

AYM, Siyasi Parti Kapatma E. 1997/1 K. 1998/1 Kt. 16.1.1998 AYM Kararlar Dergisi Sayı 34 Cilt 2

AYM, Siyasi Parti Kapatma, E. 1999/2 K. 2001/2 Kt. 22.6.2001 AYM Kararlar Dergisi Sayı 37 Cilt 2

AYM, Bireysel Başvuru No: 2014/256 25.6.2014

AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18 R, Order of the Court, 17.12.2018; AB Adalet Divanı Karar: ECJ, *Commission v. Poland*, C-619/18, Judgment of the Court, 24.06.2019

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi Kararı,

BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II (22 October 1986). E.T:19.4.2023

Fransız Anayasa Konseyi Decision no. 2004-496 DC of 29 July 2004.

[https://www.conseil-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm)

[constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm](https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2004/2004498DC.htm)E.T:19.4.2023

Fransız Anayasa Konseyi Kararı, Decision no. 2006-540 DC of 27 July 2006.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2006/2006540DC.htm>

E.T:19.4.2023

İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararı, Decisioni 232/89, Spa Fragd v Amministrazione delle Finanze, 21 Aprile 1989. E.T:19.4.2023

İtalyan Anayasa Mahkemesi Kararı, Frontini v Minister delle Finanze [1974] 2 CMLR 372 https://learninglink.oup.com/static/5c0e79ef50eddf00160f35ad/casebook_99.htm E.T:19.4.2023

RF AYM Karar: 14 Temmuz 2015 No:21-P/2015

<http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision201896.pdf>

RF AYM Karar: 19 Nisan 2016 No:12-P/2016 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf>

RF AYM Karar: 19 Ocak 2017 No: 1-P/2017 <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>

Trybunał Konstytucyjny [Constitutional Tribunal], May 11, 2005, K 18/04 (decision on the Accession Treaty)

Macaristan Anayasa Mahkemesi Kararı Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law

[https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/\\$FILE/EN_22_2016.pdf](https://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/1361afa3cea26b84c1257f10005dd958/$FILE/EN_22_2016.pdf)

CJEU Flaminio Costa v. E.N.E.L. Case No. 6/64 [1964]. Judgment of 15 July 1964
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006E.T:19.4.2023>

CJEU Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA. Case No. 106/77 [1978]. Judgment of 9 March 1978

CJEU Gervais Larsy v Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants. Case No. C-118/00 [2001]. Judgment of 28 June 2001.

CJEU Poland v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:98]. Judgment of 16 February 2022.

CJEU Hungary v. Parliament and Council Case No. 157/21 [2022:97]. Judgment of 16 February 2022.

CJEU Michaniki v Ethniko Simvoulío Radiotileorasis and Others, Case No. Case C-213/07 [2008:731]. Judgment of 16 December 2008.

Raporlar

Venice Commission Hungary Opinion on Act IXXXVIII of 2023 on the Protection of National Sovereignty CDL-AD(2024)001, 18 March 2024.