



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

ANAYASA YARGISININ DEMOKRATİK MEŞRUIYETİ

TAYLAN BARIN

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

NİSAN 2016



ANAYASA YARGISININ DEMOKRATİK MEŞRUIYETİ

Taylan BARIN

**DOKTORA TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

NİSAN 2016

Doktora Tez Kabul ve Onay Sayfası

Taylan BARIN tarafından hazırlanan “Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Bülent YAVUZ

Anayasa Hukuku, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~.....



Başkan: Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Anayasa Hukuku, Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~.....



Üye: Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

İdare Hukuku, Gazi Üniversitesi

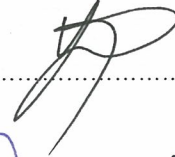
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~.....



Üye: Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Hukuk Bilimleri, Karadeniz Teknik Üniversitesi

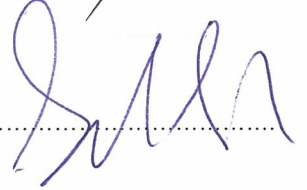
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~.....



Üye: Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞULLARI

Anayasa Hukuku, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~.....



TezSavunmaTarihi:15/04/2016

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Suna BAŞAK

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Taylan BARIN

15.04.2016

ANAYASA YARGISININ DEMOKRATİK MEŞRUIYETİ

(Doktora Tezi)

Taylan BARIN

GAZİ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Nisan 2016

ÖZET

Bu çalışmada, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti sorunu incelenmektedir. Çağımızın meşruiyet kaynağı olarak kabul edilen ‘demokrasi’ ile iktidarı sınırlama düşüncesi olan ‘anayasacılık’ arasında bir denge kurularak demokrasiler ‘anayasal’ sıfatıyla betimlenmeye başlanmıştır. Bir siyasal sistemde, çoğunluğun sınırlandırılması suretiyle anayasacılığa yaklaşıldığı oranda demokrasiden ödün verilmekte, çoğunluğun yönetimi olan demokrasiye yaklaşıldığı nispette de anayasacılık düşüncesinden uzaklaşmaktadır. Bu nedenle anayasacılık düşüncesinin en etkin aracı olan anayasa yargısı, demokrasi ile sürekli uyum sorunu yaşamaktadır. Ancak ampirik veriler göstermektedir ki, demokratikleşme dalgaları ile anayasa yargısının yaygınlaşması benzer bir seyir izlemiştir. Buna rağmen anayasa yargısı ile demokrasinin pek çok ülke örneğinde birlikte varolmaları, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti tartışmasını sona erdirmeye yetmemiştir. Anayasa yargısı sıklıkla anti-demokratik bir kurum olmakla itham edilmektedir. Anayasa yargısının demokratik meşruluğunu sağlayabilmesi ve ardından koruyabilmesi ise, anayasacılık ile demokrasi arasındaki dengenin kurulabilmesine bağlıdır. Çalışmanın birinci bölümünde, tarihten günümüze ‘meşruiyet’ kavramının dönüşümü, demokrasi kavramı ile anayasal demokrasinin ortaya çıkışı incelenmiştir. İkinci bölümde anayasa yargısının teorik temelleri ve demokrasiyle birlikte gelişim süreci ele alınmış, üçüncü ve son bölümünde ise anayasa yargısı ile demokrasinin bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin görüşler tahlil edildikten sonra, anayasacılık ile demokrasi arasındaki dengenin sağlanması ve korunmasına ilişkin teorik ve kurumsal önerilere yer verilmiştir.

Bilim Kodu : 501.2.003

Anahtar Kelimer : Meşruiyet, Demokrasi, Anayasacılık, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısının Sınırları.

Sayfa Adedi : 306

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Bülent YAVUZ

DEMOCRATIC LEGITIMACY of JUDICIAL REVIEW

(Ph. D. Thesis)

Taylan BARIN

GAZI UNIVERSITY

INSTITUTE of SOCIAL SCIENCES

April 2016

ABSTRACT

This study is focused on the question of the democratic legitimacy of judicial review. The notion of 'constitutional democracy' is a product of balancing between democracy as contemporary source of legitimacy, and constitutionalism as the idea of limited government. Transition of legitimacy from history to date and the born of the 'constitutional democracy' are examined in the first chapter. In a political system the consequence of limitation on majority rule is appeasement of democracy. There is a dichotomy between constitutionalism and democracy. Internal characteristics of judicial review have had problems with democratic theory. However, empirical studies on the democratisation waves show that, proliferation of judicial review draw a correspondance with democratisation around the world. Theoretical basis and development process of judicial review investigated in the second chapter. Constitutional Court's power of judicial review would also protect limited government and individual liberty. On the other hand, some theorists claim that judicial review incompatible with democratic government. Judicial review can only provide and preserve its democratic legitimacy by balanced between democracy and constitutionalism. The third chapter of study consists of theoretical discussion on democratic legitimacy of judicial review, and suggestions on strengthening its democratic legitimacy in theoretical and institutional aspects.

Science Code : 501.2.003

Key Words : Legitimacy, Democracy, Constitutionalism, Judicial Review, Constitutional Court, Limits of Judicial Review

Page Number : 306

Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

TEŞEKKÜR

Doktora çalışmalarım boyunca değerli yardım ve katkılarıyla beni yönlendiren, kıymetli tecrübelerinden faydalandığım danışmanlarım Prof. Dr. Hasan TUNÇ'a ve Doç. Dr. Bülent YAVUZ'a, tavsiyeleriyle çalışmama nitelik kazandıran Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ'a ve Prof. Dr. Murat SEZGİNER'e, uzakta olmasına rağmen telefon ve e-posta aracılığıyla desteğini esirgemeyen Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ'e, eleştiri ve yönlendirmeleriyle çalışmama destek olan Doç. Dr. Erdal ABDULHAKİMOĞLULLARI'na, çalışmama dair sorularımı yanıtsız bırakmayan Doç. Dr. Vahap COŞKUN'a, tez konumun belirlenmesinde ve içeriğinin oluşturulmasında katkılarını benden esirgemeyen Prof. Dr. Zühtü ARSLAN'a, 2003'ten bugüne on üç yıldır öğrencisi olduğum Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev yapan kıymetli hocalarım ve arkadaşlarıma, doktora çalışmalarına başladığımdan beri personeli olduğum Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesinin başta dekanı Prof. Dr. M. Fatih UŞAN olmak üzere tüm hocalarım ve çalışma arkadaşlarıma, manevi destekleriyle ve fedakârlıklarıyla beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan çok değerli eşim Hilal'e, oğullarım Ahmed Asaf ve Mehmed Agah'a ve aileme teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	i
ABSTRACT	ii
TEŞEKKÜR	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

MEŞRUIYET, EGEMENLİK VE EGEMENİN MEŞRULUĞU

1. Genel Olarak İktidar Kavramı ve İktidarın Meşruiyeti	9
2. Meşruiyetin Etimolojisi, Benzer ve Akraba Kavramlarla İlişkisi	13
3. Ortaçağda Meşruiyet Kaynakları	16
3.1. Doğaüstü İlahi Hukuk Doktrini	18
3.2. Providansiyel İlahi Hukuk Doktrini	20
4. Modern Devletin Doğuşu ve Meşruiyetin Egemenlikle Birleşmesi	24
4.1. Meşruiyetin Metafizik Bağlamdan Koparılması: Niccolo Machiavelli (1469–1527)	26
4.2. Meşruiyetin Mutlak ve Sürekli Egemenlikle Birleşmesi: Jean Bodin (1530 – 1596)	29
4.3. Meşruiyetin Günümüze Kadar Uzanan Kaynağı: Sosyal Sözleşme	32
4.3.1. Thomas Hobbes (1588 – 1679)	32
4.3.2. John Locke (1632 – 1704)	36
4.3.3. Jean–Jacques Rousseau (1712 – 1778)	41
4.3.4. Sosyal Sözleşme Kuramı'nın Değerlendirilmesi	44

Sayfa

5. Demokrasi: ‘Demos’ün İktidarı ve Meşruiyeti	45
5.1. İlk Demokrasi: Antik Yunan	47
5.2. Doğrudan Demokrasinin İmkânsızlığı, Temsili Demokrasinin Zorunluluğu	49
5.3. Temsili Demokrasinin İki Yolu: “Halk Egemenliği” Karşısında “Milli Egemenlik”	51
5.3.1. Halk Egemenliği	53
5.3.2. Milli Egemenlik	54
5.3.3. Seçmenlerin Egemenliği mi?	58
5.3.4. “Emredici Vekâlet Teorisi” Karşısında “Temsili Vekâlet Teorisi”	60
5.4. İki Farklı Demokrasi Modeli: “Çoğunlukçu Demokrasi” ve “Çoğulcu Demokrasi”	62
5.4.1. Çoğunlukçu Demokrasi	63
5.4.2. Çoğulcu Demokrasi	67
5.5. Demokrasi Evriminin Son Halkası: Anayasal Demokrasi	71

İkinci Bölüm

ANAYASA YARGISININ TEORİK TEMELLERİ ve GELİŞİM SÜRECİ

1. Anayasa Yargısının Teorik Temeli: Anayasacılık.....	75
2. Anayasacılığın Gerekleri.....	79
2.1. Hukuk Devleti ve Anayasanın Üstünlüğü	80
2.2. Kuvvetler Ayrılığı.....	84
2.3. Fedaralizm	88
3. Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışını Açıklayan Teoriler.....	90
3.1. Kuvvetlerin Yatay ve Dikey Sınırlarının Muhafazası İçin Anayasa Yargısı	91
3.2. Normativist Hukuki Pozitivizmin Bir Gereği Olarak Anayasa Yargısı	94

Sayfa

3.3. Temel Hak ve Hürriyetlere Etkin Koruma Sağlamak İçin Anayasa Yargısı	98
3.4. Hirschl: Hegomonik Koruma Tezi.....	100
3.5. Ginsburg: Sigorta Olarak Anayasa Yargısı	106
3.6. Uluslararası Talep ve Baskılara Yanıt Olarak Anayasa Yargısı	108
4. Anayasa Yargısının Gelişim Süreci.....	112
4.1. İlk Karar: 1610 Bonham Kararı.....	114
4.2. Birinci Dalga.....	116
4.2.1. Anayasa Yargısının Federal Mantığı	116
4.2.2. Amerika’da Hukukun Üstünlüğü	118
4.2.3. 1803 Marbury v. Madison Kararı ve Önemi	119
4.3. İkinci Dalga: Anayasa’nın Üstünlüğünü Sağlamak.....	122
4.3.1. Birinci Dünya Savaşı Sonrası “Avusturya Dönemi”	122
4.3.2. İkinci Dünya Savaşı Sonrası.....	125
4.3.2.1. Dönemin Şartlarının Getirisi Olarak Anayasa Mahkemeleri	127
4.3.2.2. Totaliter Rejim İhtimaline Karşı Anayasa Yargısına İki Örnek: İtalya ve Almanya	131
4.3.2.3. Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu	135
4.4. Üçüncü Dalga: Demokratikleşme Dalgası ve Soğuk Savaş Sonrası.....	139
4.4.1. Huntington’ın Üçüncü Dalga Demokratikleşme Tezi	139
4.4.1.1. Genel Olarak Demokratikleşme Dalgaları ve Ters Dalgalar.....	140
4.4.1.2. 1974 – 1989 ve Sonrasında Anayasa Yargısının Yayılması	142
4.4.2. Üçüncü Dalgada Demokrasi – Anayasa Yargısı İlişkisi	149

Üçüncü Bölüm

ÇAĞIMIZDA ANAYASA YARGISININ SINIRLARI ve

MEŞRULUĞU SORUNU

1. Anayasa Yargısı ile Demokrasiyi Bağdaştıran Teoriler.....	153
1.1. Çoğunluk-Karşıtı, Çoğulculuğun Teminatı Olarak Anayasa Yargısı.....	154
1.2. Dworkin: Hakları Ciddiye Almak.....	157
1.3. Katı Anayasaların Sonucu ve Anayasanın Üstünlüğünün Teminatı Olarak Anayasa Yargısı.....	162
1.4. Prosedürel Tez.....	164
2. Anayasa Yargısı ile Demokrasiyi Bağdaştırmayan Teoriler.....	167
2.1. Halk Egemenliğine Dair Tereddütler	167
2.2. Yargıçların Temel Hakları Daha Fazla Koruyacakları Ön Kabulünün Eleştirisi	170
2.3. Waldron: Tüm Hakları Mümkün Kılan Hak Olarak Siyasi Katılım Hakkı... ..	173
3. Anayasa Yargısında Yorum ve Demokratik Meşruluğa Etkisi	178
3.1. Anayasayı Yorumlama Gerekliliği ve Hermeneutik	181
3.2. İki Yorum Metodu: Klasik Yorum Anlayışı Karşısında Çağdaş Yorum Anlayışı	183
3.3. Başlıca Yorum Yöntemleri ve Yorumda Belirlilik	187
3.4. Anayasa Yargısının Sınırı ve Yargısal Aktivizm	192
3.4.1. Anayasa Yargısının Sınırları.....	192
3.4.1.1. Yargısal Kendi Kendini Sınırlama (Judicial Self-Restraint)	193
3.4.1.2. Siyasi Sorun Doktrini (Political Question Doctrine)	196
3.4.2. Sınırların İhlali: Yargısal Aktivizm	200
3.5. Doğru Yorumun İmkânsızlığı Yanlış Yorumu Tespit Etmemize Engel Mi?205	

Sayfa

4. Anayasa Mahkemelerinin Kurumsal Yapısında Demokratik Meşruluk Sorunu.....	209
4.1. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	210
4.1.1. Genel Olarak Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı.....	211
4.1.2. Anayasa Mahkemesinin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	214
4.2. Mahkeme Üyelerinin Belirlenmesi ve Görev Süresi	217
5. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Meşruluk Sorunu.....	222
5.1. Mahkemenin Bazı Kararlarında Nitelikli Çoğunluğun Aranması.....	227
5.2. Mahkeme Kararlarının Parlamentolarca Askıya Alınabilmesi.....	234
5.3. Halkyolaması ile Kabul Edilen Kanunların Anayasallık Denetimine Tabi Olmaması	238
SONUÇ	243
KAYNAKÇA.....	249
ÖZGEÇMİŞ	305

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
Alm.	: Almanca
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Der.	: Derleyen
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Edts.	: Editörler
Iss.	: Issue
İng.	: İngilizce
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Md.	: Madde
No.	: Number
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih

TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TEPAV	: Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı
TESEV	: Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı
Vol	: Volume
v.	: Versus
Y.	: Yıl
Yay.	: Yayınları
Yay. Haz.	: Yayına Hazırlayan
YKY	: Yapı Kredi Yayınları

GİRİŞ

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, çağımızın meşruiyet kaynağı olduğu genel kabul gören demokrasiye meydan okuma potansiyeli barındırdığından dolayı, ortaya çıktığı ilk günden bu yana demokratik meşruiyet nazarıyla tartışılmaktadır. Bu çalışma, anayasa yargısının demokratik meşruiyeti tartışmasına, güneşin altında yeni bir şey yok (*nihil sub sōle novum*) prensibini kabul ederek, mütevazı bir katkı yapmayı amaçlamaktadır.

Çalışmamızın merkezine aldığımız konu anayasa yargısının demokratik meşruiyeti olmasına rağmen, birinci bölümde siyaset bilimi ve felsefesini yakından ilgilendiren “meşruiyet” kavramına yoğunlaşmıştır. Bu tercihimizin çalışmamız açısından iki temel anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, çalışmanın ancak “meşruiyet” kavramının anlaşılmasıyla hüviyet kazanacağına ilişkin inancımızdır. İkincisi ise, meşruiyet kavramı ile anayasa yargısı arasındaki bağın hem sebebi hem de sonucu ilgilendiren boyutlarının olmasıdır.

Meşruiyetin anayasa yargısıyla kurduğu bu sebep sonuç ilişkisi kısaca şöyle açıklanabilir: Anayasa yargısı bir normun anayasallığını denetlerken aslında denetim yaptığı norma, meşruluğa yönelik sorular yöneltmektedir. Hem doğal hukuk taraftarlarının hem de pozitivism yanlılarının teorilerinde anayasa yargısına yer vermeleri, kurumun bu meşruiyete katkısını öne çıkarmaktadır. Pozitivist normativizmin kurucusu Kelsen’in saf hukuk teorisinde (*pure theory of law*) normların psikolojik, sosyolojik ve ahlaki yönlerine yer yoktur. Teori, kuralların yalnızca normatif düzende kendisinden üstte yer alan normdan kaynaklanıp kaynaklanmadığına ve yasalaşırken takip edilmesi gereken usul kurallarına riayet edilip edilmediğine odaklanmaktadır. Bu yaklaşımda anayasa yargısının işlevi, bir normun normlar hiyerarşisindeki yerinden hareketle hukuka uygunluğunun ve meşruluğunun sağlanmasından ibarettir. Doğal hukuk anlayışında ise, sınırlı devletin gerçekleştirilmesi ideali, normların doğal hukuk nazarıyla geçerliliklerinin araştırılmasını mecbur kılmaktadır. İnsanın, yalnızca insan olduğu için sahip olduğu hakları ortadan kaldıran düzenlemeler doğal hukuka aykırı olacağı için bunların meşrulukları da tartışmalı hale gelecektir. Anayasa yargısı burada

devreye girerek bir meşruluk sorgulaması yapmaktadır. Birbirine karşıt iki teorinin, doğal hukuk ve pozitivist hukuk anlayışının bir araç olarak anayasa yargısına yer vermesi, anayasa yargısının hukuk düzenlerindeki meşruluğu sağlamaya yönelik potansiyel katkısına olan inanıştan kaynaklanmaktadır. Anayasa yargısının varlığı her iki anlayışta da üstün hukuku korumaya yöneldiği için meşru kabul edilmekte, üstün hukuku koruduğu ölçüde de meşru çıktılar sunabilmektedir.

Meşruiyet, modern siyaset teorisinin kuşkusuz en çok tartışılan kavramlarından bir tanesidir¹. İktidarın kazanılması yalnızca kuvvet ile mümkün olsa da, elde tutulması ve sürdürülebilmesi meşruluğuna bağlıdır. Bu nedenle bir meşruiyet kaynağı aramayan, düzenleyici veya uygulayıcı gücünü yasaya bağlı kılmayan siyasal iktidar var olamaz². Meşruluk ise siyasal düzenin doğru (*right*) ve adil (*just*) olduğuna dair toplumdaki kanaat neticesinde içselleştirilmeye layık görülmesidir³.

İktidarın meşruluğuna toplumun ikna olması, iktidarın çağında ve coğrafyasında cari olan meşruiyet kaynağına dair toplumu tatmin etmesine bağlıdır. Siyasi düşünceler tarihinde çok farklı iktidar kuramları ile modellerinin bulunması ve evrensel bir iktidar tanımının genel geçer bir şekilde yapılamaması da meşruiyetin kaynağındaki bu değişkenliğe işaret etmektedir⁴.

Meşruiyetin kaynağı, Ortaçağ sonlarına kadar metafiziksel öğelere referansla açıklanmış, modern egemenlik teorilerinin ortaya çıkması ve özellikle de çağımızda etkisini halen devam ettirmekte olan sosyal sözleşme teorisinin kabulüyle, insanı ve onun aklını merkeze alan kuramlara yönelmiştir. Modernite öncesi dönemlerde anayasa yargısı benzeri bir kuruma yer verilmemesinin sebebi metafizik veya dini temelli kurallarla meşruiyet krizinin aşılmış olmasındandır. Dini otoritelerin o dönem kurallarına ilişkin yaptığı değerlendirmeler, kilise ile devlet arasındaki meşru hukukun ne olduğunun tespitine ilişkin çatışmalar, günümüz anayasa yargısı ile benzer işlevler yürütmüşlerdir. Ortaçağ sonrasında ortak hukukun (*common law*), kanunlardan üstün olduğuna yönelik anlayışın ve bir takım yargı kararlarının anayasa yargısının ilk nüveleri sayılmaları, kanunların

¹ Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 43.

² Çetin, H. (2003). Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti – Meşruiyetin İktidarı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, s. 66.

³ Habermas, J. (1979). *Communication and the Evolution of Society*, (İngilizceye çev. McCharthy, T.), Boston Beacon Press. s. 178.

⁴ Çetin, H. (2003). s. 62.

kendilerinden üstte yer alan normlarla çatışması ve meşruiyet kaynaklarıyla olan ilişkilerine odaklanan girişimler olarak değerlidir.

Ortaçağ'da Batı Avrupa'da otorite, dünyevi ve ruhani olmak üzere düalist bir yapıya sahipti ve bu iki merkez birbirini dengeleyerek ve sınırlayarak iktidarın mutlak olmasını engelliyordu⁵. Anayasacılık hareketlerinin başladığı 18. yüzyılda hukuk artık dünyevileşerek din ve gelenekten bağımsızlaşmıştır⁶. Doğal hukuk ve doğal haklar öğretisinin hukuk ve felsefe dünyasında geniş yankı bulduğu bu zaman diliminde insanoğlunun doğuştan sahip olduğu varsayılan haklara vurgu yapılmaktaydı. Doğal hukuk, doğaüstü güç eksenli modernite öncesi siyasal iktidar ilişkilerine açıkça karşı çıkmaktaydı. Machiavelli ile başlatabileceğimiz modern devlet düşüncesi, önceki dönemin dinsel, mitolojik ve geleneksel meşruiyet arayışları yerine rasyonel temeller üzerine bir devlet kuramını koymuştur⁷. Bu istikamette kaçınılmaz olarak devletin insan unsuru ön plana çıkmış ve kökenleri iki bin yıl öncesine, Antik Yunan'a kadar, götürülebilen "demokrasi"nin yeniden keşfine tanık olunmuştur.

Antik Yunan'daki site devletlerine nispeten çok daha kalabalık nüfusa sahip olan modern devletlerde, demokrasinin uygulanabilme imkânları da demokrasinin orijinal haline kıyasla değişkenlik göstermiştir. Demokrasinin orijinal hali olan doğrudan demokrasiden ödün verme pahasına temsili demokrasi ilkesi seçilerek, demokrasi ayakta tutulmaya çalışılmıştır. Bu aşamada hem temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki, hem de çoğunluğun karar verme prensibi üzerine kurulu olan demokraside, çoğunluğun herhangi bir sınıra tabi olup olmadığı tartışılmıştır. Netice itibariyle geline nokta, demokrasinin ancak çoğunluk iktidarının sınırlandırılmasıyla ayakta durabileceği ilkesi benimsenmiş ve iktidarı sınırlandırma düşüncesi olan "anayasacılık" ile çoğunluğun iktidarı sonucunu doğuran "demokrasi" fikrini birleştiren "anayasal demokrasi", demokrasinin yeni kavramsal zeminini oluşturmuştur⁸. Demokrasi evrimi çağımızda "anayasal demokrasi" kavramı ile tamamlanmış gibi görünmesine rağmen bu kavrama yönelik itirazlar bitmemiş, anayasacılığı etkin biçimde sağlayabilecek kurum olan

⁵ Gönenç, L. (2008). Ortaçağ Avrupası'nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, cilt II: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 286.

⁶ Oder, B. E. (2004). *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, İstanbul: Anahtar Kitaplar Yayınevi, s. 38.

⁷ Çetin, H. (2002). Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2., s. 2.

⁸ Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 50.

anayasa yargısının anti-demokratik veya demokratik meşruiyetten yoksun olduğuna yönelik eleştiriler artarak devam etmiştir.

Anayasanın en temel işlevi, güç kullanma tekeline sahip bir kurum olan devlete meşruiyet temeli sağlamaktır. İktidarın doğaüstü meşruiyeti anlayışının tarihe karıştığı onyedinci yüzyıldan bu yana siyasette en önemli soru şu olmuştur: Bazı insanlara diğerleri üzerinde tahakküm kurma yetkisi veren şey nedir? Bazı insanlar, diğerlerini, normalde nefret etmeleri gereken kanunlara uymaya hangi gerekçeyle zorlayabilmektedir? Ondokuzuncu yüzyılın başından itibaren bu sorulara verilen ortak yanıt, gittikçe yaygınlaşan bir şekilde, yönetme hakkının, yani meşruiyetin anayasal demokrasiden geldiği olmuştur⁹.

Anayasa yargısı, bir demokrasinin “anayasal” sıfatıyla anılmasını sağlayan en etkin kurum olarak nitelendirilmesine karşın, dayanağını doğrudan doğruya toplumdan almadığından dolayı, çağımızda cari olan meşruiyet kaynağından ancak dolaylı olarak beslenebilmektedir. Anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sorgulanmasının nedenini, cari meşruiyet kaynağına olan bu mesafesi olduğu söylenilebilir. İktidarın meşruiyetine dair değişiklikler ve demokrasinin iki bin yıl aradan sonra yeniden benimsenmesi, hukuk kurallarının meşruiyetini sorgulama fonksiyonu üstlenmiş bir kurumun, bu defa halkı doğrudan temsil etmediğinden bahisle demokratik meşruiyetinin sorgulanmasına sebebiyet vermiştir. Demokrasinin güncel formu olan “anayasal demokrasiye” dönüşmesi ile birlikte anayasa yargısı bu meşruluk itirazlarını büyük ölçüde öneleyebildiyse de bitirememiştir.

Anayasa yargısının teorik düzeyde demokratik meşruiyetten yoksun olduğu iddia edilmekteyse de özellikle geride bıraktığımız yarım aşra ilişkin yapılan araştırmalarda elde edilen ampirik verilerin bu tezi doğrulamadığı iddia edilmektedir¹⁰. Bu doğrultuda dünyadaki demokratikleşme dalgaları incelendiğinde, demokratik devlet sayısının artışıyla anayasa yargısının yaygınlaşması arasında benzersiz bir uyumun gözlemlendiği belirtilmektedir. Anayasa

⁹ Dworkin, R. M. (2011). Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri, *Anayasa Yargısı*, C. 28. s. 28.

¹⁰ Huntington, S. P. (1993). *Üçüncü Dalga, Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (çev. Özbudun E.) Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, s. 11-22.

yargısının altın çağını yaşadığı günümüzde, bu kuruma yer vermeyen yerleşik demokrasi yok denecek kadar azdır¹¹.

Anayasacılığın küresel anlamda önlenemez yükselişi 21. Yüzyılın anayasacılık ve anayasa yargısı çağı olarak adlandırılması sonucunu doğurmuştur¹². Yargı erki tarihinde olmadığı kadar yönetimde pay sahibi olmaya başlamıştır¹³. Anayasa yargısına yönelik bu teveccüh yargının iktidarı (*juristocracy*) veya yargının üstünlüğü (*judicial supremacy*) endişesini beraberinde getirmiş, zaman zaman anayasaya dair son sözün yargıçlar tarafından söylenmesi halk egemenliğinden kopuş olarak algılanmıştır. Anayasa yargısının meşru olmadığını savunan görüş genelde bu minvalde itirazlarını yükseltmiş ve tüm hakları mümkün kılan hak olarak tasvir ettikleri “siyasal katılım hakkını” zayıflattığı için kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine karşı çıkmışlardır¹⁴.

Anayasa yargısı ile demokrasiyi bağdaştıran, hatta bir adım daha ileri giderek anayasa yargısının ideal demokrasinin içinde mündemiç olduğunu düşünen yazarlar, anayasanın üstünlüğünün sağlanabilmesi ile temel hak ve hürriyetlerin etkin şekilde korunabilmesinin ancak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile mümkün olacağını iddia etmişlerdir. Anayasal demokrasi de bunu gerektirmekte, anayasa yargısının çoğunluğun yönetim hakkına sınır getirmesi çağımızın demokrasi anlayışıyla uyum göstermektedir. Özetle, anayasa yargısını çoğunluk karşıtı (*counter-majoritarian*) olması, demokrasi karşıtı (*counter-democratic*) olduğu anlamına gelmemektedir¹⁵.

Anayasa yargısının demokrasiyle ilişkisine ilişkin her iki görüş de kendisine ikna edici argümanlar bulabilmektedir. Aynı anayasa mahkemelerinin, aynı anayasa yürürlükteyken, üstelik aynı yargıçlar görev yaparken vermiş olduğu birbirine tam anlamıyla zıt olan kararları, her iki görüşün de iddialarını

¹¹ Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press. Tablo I.I. s. 7-8.

¹² Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press. s. 1

¹³ Stone Sweet’in “Yargıçlarla Birlikte Yönetmek” kitabının başlığı bile bu tabloyu gözler önüne sermektedir. Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press.

¹⁴ Waldron, J. (1998). Participation: The Right of Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 98. s. 307.

¹⁵ Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press. s. 31.

kuvvetlendirmelerine hizmet etmektedir. Burada işaret ettiğimiz ayrışmanın ortaya çıkışı, kuşkusuz “yorum” farkıyla yakından ilişkilidir.

Her metin gibi anayasalar da yoruma muhtaçtır ve nihai yorumun kimin tarafından yapılacağı önem arz etmektedir. Anayasanın anlamlandırılması hususunda ortaya çıkan bu geniş alanda söz sahibi olan yargıçların demokratik meşruiyetini güçlendirmeye yönelik çeşitli görüşler ortaya atılmış, çağımızın cari meşruiyet kaynağı olan demokrasi ile anayasa yargısı organları arasında uyumu sağlayabilecek öneriler gündeme gelmiştir.

Anayasa yargısının demokrasiye katkıları inkâr edilemez. Gerçekten de, anayasa mahkemeleri, hukuk devletinin, şimdiye kadar insanoğlunun keşfedebildiği en güvenilir bekçileridir¹⁶. Bu tespitin haklılığına rağmen, Anayasa Mahkemeleri eliyle siyasetin yargısallaşması tüm dünyada artış gösterirken, anayasa yargısının doğduğu topraklarda dahi meşruiyet tartışmaları, kurumun iki asırlık geçmişine karşın, henüz hitama ermediği görülmektedir.

Çalışmanın birinci bölümünde meşruiyet kavramı tanımlanmış, egemenlikle ilişkisi incelenmiş ve tarihten günümüze geçirdiği evreler tahlil edilmiştir. İlk bölümde çağımızın meşruiyet kaynağının “demos” ve onun yönetimi anlamına gelen demokrasi ile cari demokrasi modeli olan “anayasal demokrasi” tetkik edilmiştir. Demokrasileri anayasal kılabilen en etkin araçlardan biri olan anayasa yargısının, çağımızın demokrasi anlayışıyla uyumu ve demokratik meşruiyeti ise halen tartışılmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde, demokrasinin cari sıfatı “anayasal”ın teorik temeli olan anayasacılık düşüncesi tetkik edilmiş, adeta anayasacılığın teminatı olarak görülen anayasa yargısının, ortaya çıkışı ve gelişim süreci incelenmiştir. Bu bölümde dünyadaki demokratikleşme dalgalarıyla anayasa yargısının küresel manada yaygınlaşması karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Üçüncü ve son bölümde ise, demokrasi ile anayasa yargısının bağdaşıp bağdaşmadığına dair tartışmalar incelenmiştir. Demokrasi ile anayasa yargısını bağdaştıran teorilerde belirtilen çekinceler ile bağdaştırmayan teorilerin argümanlarından hareketle, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini kuvvetlendirebilecek öneriler tartışılmıştır.

¹⁶ Kıratlı, M. (1982). Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler, *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 3., Ankara: Ankara Üniversitesi Yayını. s. 129.

Çalışmada günümüzde geçerli olan meşruluk kaynağı tespit edilmekte, anayasa yargısıyla bu kaynak arasındaki ilişki belirledikten sonra, anayasa yargısının kendisinden beklenen işlevi en iyi şekilde yerine getirebilmesi için demokratik meşruluğunun güçlendirilmesi gereğine işaret edilmekte ve anayasa yargısını bu hedefe yaklaştıracı bir takım çözüm önerilerinin sunulması hedeflenmektedir.





Birinci Bölüm

Meşruiyet, Egemenlik ve Egemenin Meşruluğu

1. Genel Olarak İktidar Kavramı ve İktidarın Meşruiyeti

Aristoteles'in belirttiği üzere insan, tabiatı gereği siyasal bir "hayvandır" ve toplum halinde yaşamaya ihtiyaç duyar¹⁷. Toplum halinde varolmak asgari ölçüde barış ve düzeni gerekli kılar. Herkes için geçerli olan bazı davranış standartları olmadan insanların barış ve düzen içinde yaşamaları ise mümkün değildir¹⁸. Böyle bir üst örgüte gerek kalmaksızın insanların kendi aralarında anlaşarak yaşadıkları bir döneme tarihte rastlanılamaması bu görüşü kanıtlamaktadır¹⁹. Üst otoritenin varlığı, tabiatı gereği "iktidar" (power) ile mümkün olabilmektedir. İktidar kavramı bu denli vazgeçilmez bir konuma sahip olmasına karşın, sosyal bilimlerde anlaşılması en çetrefilli kavramlardan birini oluşturmaktadır. Dahl, "İktidar Kavramı" isimli makalesine şöyle başlamaktadır:

*"İktidar nedir? İnsanların çoğunun iktidarın anlamına dair sezgisel düşünceleri mevcuttur. Buna rağmen, bilim insanları önemli bir sosyal fenomen olan iktidar kavramının sistematik çalışmalarda kullanılabilecek kadar kesin bir ifadesini henüz formüle edememişlerdir."*²⁰

Aradan geçen yarım asırdan uzun süreye rağmen Dahl'ın bu tespiti halen geçerliliğini korumaktadır. Dahl, iktidara ilişkin kendi sezgisel düşüncesini şöyle aktarmaktadır. A'nın B üzerinde iktidarı mevcuttur ve A bu iktidara binaen B'ye

¹⁷ Aristoteles. (2002). *Politika*, çev. Tunçay, M. 6. Baskı, İstanbul: Remzi Kitabevi. Kitap I, Bölüm 2. s. 9. Aristoteles devleti de doğada varolan biri olarak görmektedir. "Aristoteles için, herhangi bir şeyin "doğa"sı, onun ilk değil son durumudur. Bu sona yönelen büyüme sürecine de, "Doğa" denmektedir. Bundan, devletin doğada varolan şeyler sınıfına girdiği ve insanın doğadan siyasal bir hayvan olduğu sonucu çıkar." (aynı yerden naklen)

Aristoteles'in ileri sürdüğü bu görüşün, sosyal bilişsel ve duygusal sinirbilimince (*social cognitive and affective neuroscience (SCAN)*) incelendiği ilginç bir çalışma için bkz. Proctor, D. ve Brosnan, S. (2011). *Political Primates: What Other Primates Can Tell Us about the Evolutionary Roots of Our Own Political Behavior*, içinde *Man Is by Nature a Political Animal*, der. Hatemi, P. K. ve McDermott, R. Chicago: Chicago University Press. ss. 47-72.

¹⁸ Erdoğan, M. (2015). Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet, *Haşim Kılıç'a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 332.

¹⁹ Hakyemez, Y. Ş. (2004). *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı: Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 22.

²⁰ Dahl, R. A. (1957). The Concept of Power, *Behavioral Science*, Vol. 2, Issue 3, s. 201.

aksi halde yapmayacağı bir şeyi yaptırır²¹. Benzer bir şekilde, Kapani'ye göre iktidar başkalarının davranışlarını etkileyebilme, kontrol edebilme olanağıdır²².

Şu halde iktidar, içtimai hayatın tamamına sirayet eden ve sosyal ilişkilerin her kademesinde kendini gösteren bir olgudur ve dini, iktisadi, siyasi vb. gibi pek çok şekilde ortaya çıkabilmektedir²³. İktidarın çeşitli görünüşleri siyaset teorisyenlerinin ekseriyeti açısından açıklayıcılıktan uzak kabul edilmiş, tartışmalar siyasal iktidar merkezli sürdürülmüştür. Bu nedenle modern siyaset bilimciler, politika biliminin temel kavramı olan iktidarı "siyasal iktidar"la sınırlandırmışlardır. Siyaset biliminin konusunu, devlet içindeki iktidara önemli ölçüde etkide bulunan kuvvetlerle ilgili faaliyetler oluşturmaktadır²⁴. Siyasal iktidar; ülkenin ve toplumun bütünü üzerinde geçerli olması, diğer iktidarlardan üstün olması, maddi kuvvet ve zor kullanma gücüne sahip olması bakımından sosyal iktidardan ve diğer iktidarlardan ayrılır. Siyasal iktidarda bunlara ek olarak bir de rıza ve itaat unsuru bulunmaktadır²⁵. Siyasal iktidar, toplumsal rızaya dönüşmedikçe bir zoru, bir zorunluluğu ve bir zorbalığı temsil etmektedir. Bu nedenle siyasal iktidarların tamamının temel problemi toplumsal rıza arayışı olmuştur²⁶. Buna rağmen, siyasal iktidar, kurulum aşamasında rızaya çok fazla ihtiyaç duymaz, "güç" bu aşamada gerekli ve çoğu zaman da yeterli olmaktadır. İlk insandan günümüze siyaset felsefesi anlamında "güç" veya "kuvvet" hep belirleyici kriter olagelmıştır. Ancak "kuvvet" siyasal iktidarın devamını tek başına sağlamaya yeterli olamamış, insanların iktidara rıza göstermeleri için meşruluğunu ispatlama gereği ortaya çıkmıştır.

Schopenhauer yönetime ilişkin bu hususu şöyle değerlendirmektedir;

²¹ Dahl, R. A. (1957). s. 202-203.

²² Kapani, M. (2007). *Politika Bilimine Giriş*. Ankara: Bilgi Yayınevi, s. 49.

Akal iktidarı şöyle tanımlar: "Bazı kişi ve kümelerin, başka kişi ve kümeler üzerindeki etkisi" Akal, C. B. (1990). *Sivil Toplumun Tanrısı*, İstanbul: Afa Yayınlar, s. 39.

²³ Çam, E. (2005). *Siyaset Bilimine Giriş*, 9. Basım, İstanbul: Der Yayınları. s. 94.

İktidar hakkındaki sosyal teoriler için bkz. Barry, N. P. (2003). *Modern Siyaset Teorisi*, çev. Erdoğan, M. ve Şahin, Y. Ankara: Liberte Yayınları. s. 117-120.

²⁴ Daver, B. (1968). *Siyasal Bilime Giriş*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 40.

²⁵ Kapani, M. (2007). s. 50-54.

İktidar ve Siyasi iktidar kavramları için ayrıca bkz. Gönenç, L. (2007). Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları için Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, s. 147-150.

²⁶ Çetin, H. (2003). Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti – Meşruiyetin İktidarı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, s. 62.

“... yeryüzünde hükümrân olanın hak değil güç ya da kuvvet olması ve sonuncunun önceki üzerinde jus primi occupantis (ilk işgalin hakkı) üstünlüğüne sahip olmasıdır. Dolayısıyla kuvvet asla yok edilemez ve fiilen dünyadan kaldırılamaz, onun her zaman yeri olacaktır. İsteyip talep edebileceğimiz onun her zaman hakkın yanında yer alması ve onunla birlikte olmasıdır.”²⁷

Kuvvetin, hakkın yanında yer alıp almadığının tespiti, meşruiyet temelli bir sorgulama gerektirir. Meşruiyet, insanların “niçin” itaat edeceği sorusuna verilen cevaptır. İktidar bir meşruiyet kaynağına dayanmadan ayakta duramaz. Toplumdan onay alması zorunlu olan iktidar, ancak insanları ne adına yönettiğini belirtmek suretiyle maşruluğunu sağlayabilecektir²⁸. İktidar yalnızca güce dayanmakla yetinmeyip, aynı zamanda gücün sadece kendisi tarafından kullanılması gerektiğine dair bir inancı da oluşturmali ve bu gücü elinde tutmasının meşru dayanakları olduğu hususunda yönetilenleri ikna edebilmelidir²⁹.

“Siyasal iktidarın kaçınılmaz olarak şu soruyu cevaplaması gerekir ki eylemleri haklı, emirleri uyulabilir, cezaları katlanabilir, hataları mazur görülebilir olsun veya aşkın bir nedensellik adına insanları itaate nasıl sürükleyebildiğinin bahanesine onları inandırabilsin; neden? ve ne adına?, hangi amaç? ve ne/kim için yönetim?, bu gücü kullanma hakkını ve yetkisini nereden aldın?”³⁰

Çetin’in yönelttiği bu soruların cevabı meşru iktidarda yani “otorite” kavramında yatmaktadır. İktidar yalnızca meşruiyetinin varlığı halinde otoriteye dönüşebilmektedir³¹. Ancak bu dönüşüm otoriteyi meşruluk sorgulamalarından

²⁷ Schopenhauer, A. (2009). *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine* (çev. A. Aydoğan). İstanbul: Say Yayınları, s. 100.

²⁸ Çetin, H. (2003). s. 66.

²⁹ Coşkun, V. (2009). *Ulus-Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 28.

³⁰ Çetin, H. (2003). s. 62.

Weber iktidar ile otorite kavramlarını ayırmakta, iktidarı sosyolojik bir kavram olarak kabul ederken, otoriteyi normatif ve felsefi bir kavram olarak ele almaktadır. Egemenliğin üç temel meşrulaştırılma biçiminden bahsederken “geleneksel otorite”, “karizmatik otorite” ve “Ussal/yasalara dayanan otorite” kavramlarını tercih etmesi de bu ayırmadan kaynaklanmaktadır. Weber, M. (2004). *Sosyoloji Yazıları*, (çev. Parla), T. 6. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 132-133. Benzer ayırım için bkz. Barry, N. P. (2003). *Modern Siyaset Teorisi*, Çev: Erdoğan M. ve Şahin, Y. Ankara: Liberte Yayınları. s. 191-199. Weber’in otorite tipolojilerinin kısa bir anlatımı için bkz. O’Neil, P. H. (2010). *Essentials of Comparative Politics*, 3. Baskı, Londra ve New York: W. W. Norton & Company Ltd., s. 35-39. Yazar Otorite tiplerini şöyle Örneklendirmiştir: Geleneksel Otorite: Monark (Kraliçe Elizabeth), Karizmatik Otorite: Devrimci Kahraman (Vladimir Lenin), Ussal/Yasal Otorite: Seçilmiş Yönetici (Barack Obama), s. 37.

³¹ Bal, H. (2014). Siyaset Teorisinde ‘Otorite’ Kavramı, *Turkish Studies*, Vol. 9/2, s. 248.

münezzeh kılmaz. Aksine otorite daima yukarıdaki soruların muhatabı olmaya devam eder. Birbirinden oldukça farklı ve uzak gibi görünen meşruluk ve otorite kavramlarının, siyaset teorisinde sıklıkla yan yana kullanılmasının nedeni de budur. Şu farkla ki; siyaset felsefesi açısından bir siyasal toplum için otorite ve meşruiyet kavramları özel bir anlam ifade etmektedir. Bu kapsamda otoriteden, devletin bir şeyi emretme veya yasaklama hususundaki ahlaki gücü; meşruiyetten ise devletin tanzim ve icra ettiği emir ve yasaklarındaki ahlaki uygunluk anlaşılmaktadır³².

Tarihten günümüze tüm toplumlarda güç ile meşruiyet ilişkisinin benzer olduğunu iddia eden Beetham'a göre meşruiyet için şu üç boyuta bakılması gerekir³³:

Meşruluğun Kriterleri	Meşru Olmayan iktidar Formları
Kurallara Uygunluk (Hukuki Geçerlilik)	Gayrimeşruluk <i>illegitimacy</i> (Kuralların Çiğnenmesi)
Kuralların toplumda yaygın olan inanışlarca haklılaştırılması	Meşruluk Açığı <i>legitimacy deficit</i> (Kurallar ile Destekleyici inanışlar arasındaki çelişki, yaygın olan inanışların yokluğu)
Açık Rızaya dayanan Meşrulaştırma	Gayrimeşrulaştırma <i>delegitimation</i> (Rızanın geri alınması)

Otorite kavramının farklı tanımları, anarşist görüşler ve tenkidi için bkz. Shapiro, S. J. (2002). *Authority, The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Coleman, J. L., Himma, K. E. ve Shapiro, S. J., Oxford ve New York: Oxford University Press. ss. 382-439.

Otorite kavramının siyaset bilimindeki Dahl, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Heaven: Yale University Press. s. 124-188.

³² Estlund, D. M. (2008). *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton ve Oxford: Princeton University Press. s. 2.

Yazar ahlaki uygunluğu bir örnekle şöyle açıklamaktadır: Devlet, sizin ahlaki eğiliminizi gözardı ederek sizden vergi talep ederse, bu otoritesinde eksiklik olduğu anlamına gelir. Şayet bu vergi borcunu ödemediğiniz için size hapis cezası verirse bu sefer de vergi kanunu meşruiyetini kaybedecektir. Otorite ve meşruluğun olmadığı böyle bir durumda devlet muazzam bir güce erişir. Ancak canavarca (brute) güç, ahlaki bir tartışmanın konusu değildir. Bir bıçak da doğru veya yanlış olarak kullanılabilir. Bıçağın ahlaki sorgulanması, bıçaklara ilişkin detaylara yönelik değildir. Tıpkı gücün kullanımına ilişkin ahlaki soruların, fiili gücün tabiatına yönelik olmadığı gibi.

³³ Beetham, D. (1991). *The Legitimation of Power*, New York: Palgrave. s. 20.

İktidarlar yukarıdaki iki sütun arasında zik-zaklar çizerek daima meşru otorite olmanın yollarını aramaktadır. Aslında iktidar denklemi, halen Schopenhauer'un belirttiğine benzer bir şekilde kurulmaktadır. Değişen, iktidarların “meşruluk” ölçütüyle daha fazla sorguya tabi tutulmasıdır. Meşruiyet bir defa elde edilmesiyle tükenen bir olguya değil, süreklilik arz eden bir arayışa işaret etmektedir. Meşruiyet ve bu yolla otoritenin sorgulanması daha ziyade kurulan iktidarın sürdürülebilirliğiyle alakalıdır. Meşruluk, yöneticiyi sorgulamaya yarayan bir araç olarak işlevseldir. Yönetilenler bu arayışlarında tatmin oldukları müddetçe iktidarın meşruluğu sağlanmış olacak; meşruluk sınavı atlatılır atlatılmaz, iktidar müstakbel meşruluk arayışlarına doyurucu cevaplar vermek üzere kendisini sürekli olarak meşruluk temelli yeniden inşa edecektir.

2. Meşruiyetin Etimolojisi, Benzer ve Akraba Kavramlarla İlişkisi

Meşruluk ve egemenlik ile ilgili kavramsal çerçeveyi çizerken öncelikle “meşruluk” kavramının ne anlama geldiğini ortaya koymak gerekir. Bu anlamda “meşruiyet” kelimesinin etimolojisi, akraba ve benzer sözcüklerle mukayesesi önem arz etmektedir. Meşru kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup yasal, hukuka uygun anlamına gelmektedir³⁴. Meşruluk, “haklı olmak” savını içermektedir³⁵. Türkçede kullanılan “şer’i, şeriat, meşru, meşruiyet, teşri”³⁶ Arapça “Şer” (شَرع) mastarından türeyen ve tamamı hukukla ilgili olan diğer terimlerdir³⁷.

Meşruluk, İngilizcede “legitimacy”³⁸ kavramıyla ifade edilmektedir. Kelimenin etimolojik kökeni ise latince “lex” yani “kanun, kural, yasa”ya dayanmaktadır. “Lex”

³⁴ TDK Büyük Türkçe Sözlük, “meşru” maddesi, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.562654a3eadfd8.09295346 (erişim tarihi: 20.10.2015)

³⁵ Gürbüz, A. (2013). *Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları*, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 9.

³⁶ “Meşruiyet” kelimesi de benzer çağırışımı yapmakla beraber, “şart” mastarından türetilmiş olup kelime anlamı itibarıyla “şarta, koşula bağlanmış” anlamına gelmektedir.

³⁷ Şahin, E. (2015). *Türk Siyasi Tarihinde Anayasa, İktidar ve Meşruiyet Sorunu*, Ankara: Adalet Yayınevi. s. 5.

³⁸ Aynı kökten türeyen kelimeler: legalism, legalist, legality, legalize, illegal, illegality, legist, lex, legacy, legate, legation, delegacy, delegate, delegation, relegate, relegation, legitim, legitimate, legitimacy, legitimation, legitimize, illegitimacy, illegitimate, legislate, legislation, legislative, legislator, colleague, college, collegial, collegiate, collegium, leal, lealty, loyal, loyalist, loyalty, and disloyal, disloyalty. Partridge, E. (2006). *Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English*. London: Routledge, s. 1747 “legal” maddesi.

de tıpkı “şeriat” gibi din kaynaklı kurallardan müteşekkildir³⁹. Aynı kökten türemiş olan *legimitas* kelimesi Roma hukukunda, hukuka uygun anlamında kullanılmıştır. Ortaçağ metinlerinde nadiren rastlanılan bu kelime “kadim (*ancient*) gelenek ve törelere uygun” anlamında kullanılmıştır. Bazı metinlerde ‘*legitima auctoritas*’ (adli merci) ile ‘*regale preceptum*’ (kraliyet yetkisi); ‘*legitima potestas*’ (kanun salahiyyeti) ile ‘*tyrannica usurpatio*’ (diktatörün yönetime el koyması) kavramları birbirlerinin zıt anlamlıları olarak kullanılmıştır. 1338 yılında Bavyera seçim kanunlarında günümüzdeki manasına en yakın haliyle, ‘*ex sola electione censeatur ... pro vero et legitimo imperatore*’ (O, yalnız seçim usulüyle hakikat ve hukuk adına hükümdar olabilir) şeklinde kullanılmıştır⁴⁰. Sosyal yaşamda devletin işgal ettiği alan arttıkça, kavram dini kökenlerinden bağımsızlaşarak, devletin hukuk/kanun koyma yetkisine işaret eden bir anlama dönüşmüştür⁴¹.

“Hukukilik, hukuksallık, kanunilik, hukuka uygunluk, kanuna uygunluk” kavramları da hukuki manaları itibariyle meşruluğa benzeyen diğer kavramlardır. Ancak bu kavramlar ile meşruluk arasında giderek genişleyen bir anlam farklılığı bulunmaktadır. Çağımızda kavramlar arasındaki bu makas açılmaktaysa da, tarihte bu kavramların aynı anlamları veren sözcükler olarak kullanıldığını unutmamak gerekir. Modernite öncesi din ile hukuk arasındaki ilişkiden her devlet benzer şekilde etkilenmiş; köklerinden koparılmış olmakla beraber Türkçedeki “meşru” kelimesi gibi İngilizcedeki “legitimacy” kelimesinin günümüze intikal etme serüvenleri benzerlik göstermiştir. Kelimelerin değişen anlamları ile yerlerine gelen yenileri, bize açıkça bir zihniyet değişimi olduğunu göstermektedir. Din kaynaklı kuralların yerine zamanla beşer kaynaklı kuralların gelmesiyle ciddi bir anlam

Güncel İngilizcede kavram aynı zamanda nesebin tashihi anlamında kullanılmaktadır. “*The legal status of a child born to parents who were married at the time of his conception or birth.*” Martin, E. A. (ed.)(2003). *A Dictionary of Law*, 5. Baskı, Oxford ve New York: Oxford University Press. “legitimacy” maddesi, s. 285.

³⁹ Partridge, E. (2006). *Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English*. London: Routledge, s. 1747. “legal” maddesi.

⁴⁰ Sternberger, D. (1968). “Legitimacy” maddesi, *International Encyclopedia of Social Sciences*, ed. Sills, D. L. Vol. 9., New York: The Macmillan Company & The Free Press, s. 245.

Yazar burada kavramın tarihsel görünümü için Platon, Aristoteles, Agustin, Padova’lı Marsilius, John Locke, Joseph de Maistre’den örnekler vermekte; kavram üzerindeki modern tartışmalara ise sosyoloji bilimi için Max Weber, hukuk bilimi için Carl Schmitt, tarih bilimi için Guglielmo Ferrero üzerinden değinmektedir.

Kavramın ahlak felsefesindeki görünümü için bkz. Phelps, M. L. (2014). Doppelgangers of the State: Private Security and Transferable Legitimacy, *Politics & Policy*, Vol. 42, Issue 6, ss. 824-849.

⁴¹ Dindeki adalet vurgusu, hem birey ile Tanrı arasındaki ilişki hem de bireyin somut yaşamla ilişkisi bakımından önem taşır ve toplumsal yaşam, ahlak ve hukuk, adalet kavramından beslenir. Hukukun meşruluğu sorunsalı da adaletle sağlıklı bir öze ve işleve kavuşur. Gürbüz, A. (2002). Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 5. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 17-18.

kayması yaşanmıştır. Yüzyıllar boyunca benzer anlamlara referans veren kelimeler egemenin başka bir ifadeyle hukukun kaynağının değişmesiyle orijinal anlamlarını yitirmişlerdir. Kavramların anlamlarında yaşanan bu kopuşu Balı şöyle ifade etmektedir;

“... hukuksallık ve meşruluk kavramlarının Orta Çağ’ın sonuna kadar sorunsuz yürüyen ilişkilerinin, hukukun rasyonel bir irade ürünü olarak algılanmaya ve yapılmaya başlaması ve bu çerçevede hukuksallığın, belli yetki ve usul şartları çerçevesinde üretilmesiyle birlikte sorunlu hale gelmeye başlamış olduğudur.”⁴²

Gelinen noktada “meşruluk” ile diğer “hukuka uygunluk” kavramları özdeş değillerdir⁴³. Kanuniliği pozitif hukuka uygunluk, meşruluğu ise pozitif hukukun “hukukiliğini” değerlendirme ölçütlerine uygunluk olarak tanımlayabiliriz. Bu anlamıyla da “meşruluk” klasik hukuki pozitivizmin dışlamak istediği “ahlaki” ve “politik” ölçütleri içerecek biçimde anlaşılmaktadır⁴⁴. Meşruiyet, hukukiliğe karşı ileri sürülebilmektedir⁴⁵. Hukukilik veya yasallık, her zaman geniş anlamda (sosyo-politik) meşruluğun temelini sağlamak bakımından yeterli olamamakla birlikte genellikle onun karinesi sayılabilmektedir⁴⁶.

“Anayasal Devlet” ile “Anayasalı Devlet” veyahut “Hukuk Devleti” ile “Kanun Devleti” gibi benzer çağrışımlar yapan kavramlar da artık biri “olan”ı diğeri olması gereken “ideal”i yansıtır şekilde kullanılmaktadır. Kanaatimizce bu terminolojiye eklenen her bir kavram durumu giderek daha da karmaşık hale getirmekte ve pozitif hukukla ideal hukukun arasının daha da açılması sonucunu doğurmaktadır. Son tahlilde, hukuka ilişkin kullanılan kavramların neredeyse tamamı özgün haliyle anlaşılamaz hale gelmiştir.

⁴² Balı, A. Ş. (2011). *Hukuk – Toplum – Siyaset Üzerine Söyleşiler*. Konya: Çizgi Kitabevi, 124-125.

⁴³ Balı, “hukukun meşruluğu” ifadesinin dilbilgisel olmasa da kavramsal ve teorik açıdan sorunlu olduğunu, hukukun ancak “hukuksallık” bağlamında sorgulanabileceğini iddia etmektedir. Yazara göre hukuk “pozitif hukuka” indirgenmemeli, nasıl ki bir normun yürürlükte olması onu fiilen etkin kılmıyorsa, teorik ve kavramsal olarak da o normu hukuk olarak nitelendirmemiz gerekmemektedir.

İlgili tartışma için bkz. Balı, A. Ş. (2006). *Hukukun Meşruluğu, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi* Arkivi, 16. Kitap, Haz. Ökçesiz, H. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 72-85.

Benzer bir tartışma ve hukuksallık ile ahlaksallık ilişkisi için bkz. Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, İkinci Baskı, New York: Oxford University Press. ss. 200-212.

⁴⁴ Köker, L. (2008). Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar. *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, cilt I: Siyaset Bilimi, Yazıcı, S., Gözler, K., Keyman, F. (Editörler). Ankara: Yetkin Yayınları, s. 333.

⁴⁵ Atay, E. E. (1997). Hukukta Meşruiyet Kavramı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1. S. 2, s. 128.

⁴⁶ Kapani, M. (2007). s. 89.

Meşruluk kavramındaki dönüşümün temel nedenini meşruluğun kaynağının değişmesinde aramak gerekir. Meşruiyet kaynakları, bugünkü anlamıyla egemenlik kavramının doğuşundan önce ve sonra olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ortaçağ, egemenliğin bugünkü anlamının öncesine, Rönesansla birlikte Ortaçağın bitmesi ise sonrasına işaret etmektedir.

3. Ortaçağda Meşruiyet Kaynakları

Ortaçağdan genelde V. yüzyıl ile XVI. yüzyıl arası dönem kastedilmektedir. Roma İmparatorluğunun çöküşüyle kapandığı varsayılan Antik Çağ ile Rönesansla birlikte açıldığı düşünülen kültürel ilerleme çağının arasındaki dönemi ifade eder⁴⁷. Ortaçağ, aynı zamanda henüz modern devletin dolayısıyla da bugünkü anlamıyla egemenlik kavramının doğmadığı bir zamanı ifade etmektedir. Ancak daha eski çağlarda olduğu gibi Ortaçağda da çeşitli sosyal düzen kuralları vardı ve bu kurallar geçerliliklerini büyük ölçüde toplum içerisindeki inanışlarla uyumlarından kaynaklanan meşruluklarından almaktaydılar. Keza siyasal iktidar da mezkûr dönemde bugünkü anlamına benzer şekilde kendisini göstermekteydi. Örneğin, Romalılar “egemenlik” kelimesini bilmiyorlardı fakat kavramın ifade ettiği fikri “*imperium*” kelimesi ile üstün kudretin astları üzerindeki kudretinden doğan hükmünün yürütmesi anlamında, egemenlik kavramının tüm unsurlarını barındıran bir formda kullanılmaktaydılar⁴⁸. Siyasal iktidar hususunda Stoa felsefesinden ilham alan Roma devleti, “Evrensel dünya devleti”, “Dünya yurttaşlığı”, “Tüm insanların kardeşliği” ve “Herkes için geçerli olan doğal-evrensel yasalar” gibi kavramlarla kendi egemenliğinin ideolojisini oluştururken, egemenliği altına aldığı

⁴⁷ Ağaoğulları, M. A. (Ed.) (2014) *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 237.

İlk Çağ, M. S. 529 senesinde Atina'daki felsefe okullarının (*academia*) Bizans İmparatoru “Justinianus” tarafından kapatılması ile sona ermiştir. Bu olay aynı zamanda Antik Felsefenin sona ermesi anlamına gelmektedir. Aster, E. V. (2005). *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, günümüz diline uyarlayan. Okur, V. 3. Baskı, İstanbul: İm Yayınları. s. 346.

⁴⁸ Duguit, L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri*. Çev. Derpil, S. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 56.

yeni topraklarda tüm insanlık için geçerli (yani evrensel) olan “kavimler hukuku”nu (*ius gentium*) uygulayarak hukuk temeline dayanan bir düzen oluştuyordu⁴⁹.

Etkisi Ortaçağ'da dahi hissedilen Antik Yunan siyaset felsefesinde, özellikle de Platon'un eserlerinde, devlet ve iktidar üzerine yoğun fikri tartışmalar mevcuttur. İktidarın meşruiyeti Antik Yunan'da temelde iki önemli etkene; toplumsal rıza ve Tanrılara dayanıyordu⁵⁰. Kanunların meşruiyetinin Tanrıya dayandırılması, Platon'daki felsefi Tanrıcilikle, Ortaçağ'da vahye dayanan Tek Tanrıcılığın birbirine çok yakın olduğu gibi bir izlenim uyandırmış; Marsilius Ficinus, Platon'u Atinalı Musa olarak adlandırmıştır⁵¹. Ancak bu görüş gerçeği yansıtmamaktadır. Platoncu (*Platonic*) hukuk anlayışı ile Musacı (*Mosaic*) hukuk anlayışı aynı seviyede değildir; aralarındaki büyük farklılıkların yanı sıra aslında birbirlerine zıtlıklar içerir. Musacı hukuk anlayışı yasakoyucu (*law-giver*) varsayımı üzerine inşa edilmiştir ve bu yasakoyucunun olmadığı durumlarda hukuk hakikate olan bağlılığını, geçerliliğini ve yetkisini kaybederek anlamsızlaşır. Bu hukuk anlayışı, etik sistem geliştiren Sokrates, Demokritos, Platon ve Aristoteles ile Stoacılar ve Epikürcüler gibi Antik Yunan düşünürlerinkinden oldukça farklıdır. Etik düzen geliştiren bu düşünürlerin tamamı bir ve aynı temel entelektüelizmi paylaşırlarken, etik düzenin ölçütlerine akılla ulaşmışlardır. Oysa Antik Yunan

⁴⁹ Işıldak, M. (2010). Stoa Felsefesinin Güçlü Roma Devletinde Gelişmesinin Roma Hukukuna Yansıyan Sonuçları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 20. Kitap, Haz. Ökçesiz, H. Ve Uygur, G. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s.176-177.

Stoa Devlet Felsefesi için bkz. Birand, K. (1958). *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, s.103-104.

⁵⁰ Platon'un (Eflatun) Devlet isimli eserinin dördüncü kitabında yer alan aşağıdaki pasaj dönemin meşruiyet algısını son derece berrak bir şekilde ortaya koymaktadır:

“ - Bence gerçek bir kanun koyucu, bu türlü kanunlar, kurallarla vaktini kaybetmez. Düzenlemek istediği devlet, ister iyi olsun, ister kötü. İyiyse, kanunları değiştirmeye lüzum yok, kötüyse, koyacağı kanunların birçoğunu kim olsa koyar, birçoğu da kendiliğinden toplumun yaşama düzeninden çıkar.

- Öyleyse, kanun koyma işinde ne kalıyor bize?

- Hiçbir şey, dedim; ilk kanunları, en önemli, en güzel olanları koymak Apollon'un işidir.

- Nedir bu kanunlar?

- Tapınakların kuruluşu; kurbanlar; büyük küçük Tanrılara, kahramanlara yapılan törenler; ölülerin gömülmesi, saygı görmesiyle ilgili kanunlar; çünkü bu türlü işleri biz bilmeyiz. Bir devlet kurarken, aklımız varsa, biz de atalarımızın başvurduğu varlığa başvurur, yalnız onun sözünü dinleriz. Dünyanın göbeğinde oturan Tanrı, hiç şüphesiz atalarımıza ve bütün insanlara yol gösteren Tanrıdır.”

Platon. (2002). *Devlet*, çev. Eyuboğlu, S. ve Cimcoz, M. A., 4. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları. s.105-106.

İktidarın meşruiyetiyle toplumsal rıza arasındaki bağlantıyı ise şöyle aktarmaktadır:

“ - Kaç çeşit insan yaratılışı varsa, o kadar da devlet şekli olacak elbet. Devlet şekilleri meşe ormanlarından, kayalıklardan mı çıkıyor dersin, yoksa yurttaşların her işte ağır basan huylarından mı?”

Aynı eser, s. 210.

⁵¹ Cassirer, E. (1946). *The Myth of the State*, New Haven: Yale University Press. s. 81.

Ayrıca bkz. Ciholas, P. (1979). Plato: The Attic Moses? Some Patristic Reactions to Platonic Philosophy, *The Classical World*, Vol. 72, No. 4, ss. 217-225.

entelektüelizminin aksine Peygamber dini derin ve kararlı bir gönüllülükle (iman) nitelendirilmiştir. Hiçbir akıl yürütme ve mantıksal gerekçelendirme de insanların bu iradeyi anlamasını sağlayamamaktadır⁵².

Ortaçağ öncesi akıl ve metafizik öğeler meşruiyette temel vazife icra ederken, Ortaçağa gelindiğinde din ön plana çıkmıştır. Roma hukuk geleneği ile kitab-ı mukaddesindeki dini temaların birleşmesi, Hristiyan Kilisesinin meşruiyetini sağlamasına güçlü bir hazırlık mahiyetindeydi. Bu hazırlık Hristiyanlıktan ilham alan devlet ideolojisinin de başlangıcını oluşturmaktaydı⁵³. İdeolojinin yerleşmesini müteakip, devletin yönetme yetkisi kutsal, insan ötesi ve üstün bir güce dayanmak suretiyle meşruluğunu sağlayabilmiştir⁵⁴.

Ortaçağ Hristiyan teolojisinde biri diğerine ulaşmada araç olarak görülen iki devlet; Dünya Devleti ile Tanrı Devleti fikri vardır. Kralın temsil ettiği Dünya devletini sosyal bir varlık olan insanlar, Kilisenin ve Papalığın temsil ettiği Tanrı Devletini ise müminler oluşturur. Dünya devleti kiliseye tabi olarak barışı ve birliği temin etmeli, böylelikle insanların Tanrı devletine erişmelerini sağlamalıdır. Kral ancak böylesine kutsal bir gayeye hizmet etmekle meşruiyet kazanabilmektedir⁵⁵.

Ortaçağda meşruiyetin kaynağının din olduğuna şüphe yoktur. Meşruiyetin kaynağının teokratik temellerde olduğu varsayımı, ilahi gücün iktidarı doğrudan seçip seçmemesine göre ayrıma tabi tutulmaktadır. İzleyen altbaşlıkta açıklamaya çalıştığımız doğaüstü ilahi hukuk doktrini, Tanrı'nın iktidarı yaratırken onu kullanacak olanı da seçtiği varsayımına dayanırken, providansiyel ilahi hukuk doktrini Tanrı'nın iktidarı kullanacak olanı doğrudan seçmediği ve fakat iktidarı seçme yetkisini yarattığı topluma verdiği varsayımı üzerine kuruludur.

3.1. Doğaüstü İlahi Hukuk Doktrini

Doğaüstü ilahi hukuk doktrininde iktidarın sahibi Tanrı'dır ve iktidarı (hükümdarı) seçme iradesini doğrudan kendi eliyle kullanmaktadır. Hükümdarın direkt Tanrı tarafından seçilmesinin en önemli sonucu, iktidarın sorumluluğu hususunda ortaya çıkmaktadır. Kullandıkları egemenlik yetkilerini herhangi bir

⁵² Cassirer, E. (1946). s. 81-82.

⁵³ Ullman, W. (1975). *Law and Politics in the Middle Ages: An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press. s. 35.

⁵⁴ Hakyemez, Y. Ş. (2004). s. 20.

⁵⁵ Akbay, M. (1948) *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, C. 1, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları. s. 129-130.

vasıtaya ihtiyaç duymaksızın doğrudan Tanrıdan alan hükümdarlar, feodal beylere veyahut da halka karşı değil yine kendi meşruluk kaynağı olan Tanrı'ya karşı doğrudan doğruya sorumludurlar⁵⁶.

Meşruluğunu doğrudan Tanrı'dan alan hükümdar, böylelikle mukaddes bir zırha bürünerek, dine aykırı hareketlerinden dahi sorgulanamaz bir statüye erişmiştir. Bununla birlikte hükümdar iktidarını doğrudan Tanrıdan aldığı için, iradesine karşı yapılan her isyan Tanrının takdirine karşı yapılmış sayılmakta ve ölümcül günah (*mortal sin*) kabul edilmekteydi. Çünkü haksız hükümdar asla Tanrının temsilcisi olamazdı, bu nedenle (haksız gibi görünse dahi) ona tabi olunmalıydı⁵⁷. Hükümdarlar Tanrının vekilidirler, bu nedenle kendilerinin ve diğer insanların üzerinde kötülükleri imha etmekle ve erdemleri kurmak ve arttırmakla mükelleftirler. Bu vazifeleri nedeniyle yalnızca vekillikle değil, aynı zamanda Tanrının adaletini de temsille yükümlüdürler. Lordlar ve Krallar prensip olarak İncil'in şeriatını kuvvetli bir biçimde savunmalıdırlar ve kendi günlük yaşamlarında İncil'e özenle ve sebat ederek uymalıdırlar. Hükümdarlar adaleti herkes için tesis etmelidirler çünkü Tanrı'nın esas vekili olarak Tanrı'dan gelen buyruklara sahip olan kendileridir⁵⁸.

Kilise zaman içinde aslında Tanrı'nın krallara bu denli geniş yetki vermediğini iddia ederek dinin esas muhatabı olarak kendisini görmüş ve bu doktrine karşı çıkmıştır. Bu nedenle esasında Tanrı ile Hükümdarı özdeşleştiren bu teori, aynı zamanda Ortaçağ dengeleri açısından da oldukça kritik bir iktidar mücadelesini devlet lehine çözmeye yarıyordu. Şöyle ki; hükümdarın doğrudan Tanrı tarafından seçilmiş olması, aynı zamanda Papalığın hükümdar üzerindeki etkisini de ortadan kaldırmaya hizmet etmekteydi. Nitekim Kardinaller, hükümdarın iktidar yetkisinin bu yolla genişlemesine “*Sezar'a ait olanı vermekle yetinmeyip, Tanrı'ya ait olanı da verdiği*” savıyla karşı çıkmışlardır⁵⁹.

Kilise ile devlet arasında yaşanan iktidar çatışmasında kiliseye göre daha dünyevi olanı temsil eden devletin eli bu teorilerle güçlendirilmiş böylelikle de kilisenin geri planda kalması sağlanmıştır⁶⁰. Ancak meşruluğun temeli olarak

⁵⁶ Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Yayınevi. Cilt I. s. 441.

⁵⁷ Cassirer, E. (1946). s. 104-105.

⁵⁸ Farr, W. (1974). *John Wyclif as Legal Reformer*, Leiden: E. J. Brill, s. 74.

⁵⁹ Burdeau'dan aktaran Teziç, E. (1991). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 86.

⁶⁰ Teziç, E. (1991). s. 86. 1. dipnot

görülen din, kilisenin sosyal düzen içerisindeki ağırlığını giderek arttırmasıyla Kral aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Teorik düzlemde, meşruiyetin kaynağı bakımından olmasa da kullanımı bakımından bir ayrıma gidilmiş ve Providansiyel İlahi hukuk doktrini doğmuştur.

3.2. Providansiyel İlahi Hukuk Doktrini

Latince “*providentia*” kökünden türeyen Providansiyel kelimesi mana olarak “Tanrının inayeti, Allah’ın takdiri veyahut takdiri ilahi”ye karşılık gelmektedir⁶¹. Doktrin de kavramın bu manasını yansıtmaktadır. Egemenlik yetkisi, yani hâkimiyet, Tanrıda olmakla beraber, Tanrı bu yetkinin kullanma hakkını toplumla paylaşmakta ve iktidar, egemenlik yetkisine toplum aracılığıyla kavuşmaktadır. Başka bir ifadeyle; egemenlik de her şey gibi Tanrıdan gelmektedir. Ancak burada egemenliğin bizatihi kendisi değil fakat “cevheri” Tanrıya dayanmaktadır. Kullanılan manasıyla egemenlik ise insanlardan gelmektedir⁶².

Doğaüstü ilahi hukuk doktrini ile providansiyel ilahi hukuk doktrini arasındaki temel ayrım, egemenliğin “cevheri” ile “kullanım hakkı” arasındaki farklılaşmadan ibarettir. Bu düalizmin tabii sonucu olarak hükümdar, bu doktrine göre topluma karşı sorumlu olmaya başlar. Çünkü Tanrı, insanı yaratmış ve aralarında toplum düzeni ihdas etmiştir. Hükümdar ise kaderinde olduğu için iktidar sahibi olmuştur. Fakat devletin üç sacayağından birisi olan ve yaratılmış olduğundan şüphe edilmeyen insan unsuru vesilesiyle sahip olduğu yetkilerle donatılabilmektedir. İnsana yapılan bu vurgu, providansiyel ilahi hukuk doktrinini demokratik egemenlik teorilerinin öncüsü yapmaktadır. Kısaca, egemenliğinin kaynağı Tanrıdan gelen fakat topluma karşı sorumlu, toplumun arzularına uygun davranmakla mükellef bir hükümdar tarihte ilk defa belirmiştir⁶³.

Providansiyel ilahi hukuk doktrini açısından dönemin en önemli teorisyeni Aquino’lu Thomas’tır. 1225 ile 1274 yılları arasında yaşamış olan Thomas, doğal hukuk teorisyenidir. Thomas’ın özgünlüğü Aristoteles’in dünyasına İncil’in ruhunu

⁶¹ Süheyy Derpil, Leon Duguit’nin eserini Türkçeye çevirirken bu kavram yerine “mukadder” ilahi hukuk doktrinini kullanmayı tercih etmiştir. Duguit, L. (1954). s. 62 vd.

Kavramın ayrıntılı bir etimolojik araştırması için bkz. Partridge, E. (2006). s. 3691 vd. “vide” maddesi.

⁶² Duguit, L. (1954). s. 63.

⁶³ Hakyemez, Y. Ş. (2004). s. 22.

katmasından gelir⁶⁴. Aristoteles'in siyasal görüşlerinin anahtarı olan "zoon politikon" kavramını dinselileştirerek benimser ve kendi siyaset algısını temellendirmede kullanır⁶⁵. Thomas, "iyilik yapılmalı, kötülükten kaçınılmalı" (*good is to be done, evil is to be avoid*) şeklinde özetler doğal hukukun temel prensibini. Ancak iyilik kavramı içerisine, kişilerin kendi kendilerine yönelik yapacaklarını eklediği gibi, başta aile ve çocuklar olmak üzere topluma yönelik yapılması gerekenleri de ekler. Çünkü iyi hayat kişilerin yalnızca kendilerine yönelik yapacaklarını içermeyip aynı zamanda paylaşılan/ortak iyilikleri de kapsar⁶⁶.

Thomas'ın topluma verdiği önem, iktidarın da bireyler eliyle kurulup işletildiği sonucunu doğurmuştur. Kişinin içinde yaşadığı topluma adanmasını salık veren Aristoteles ile kişinin Tanrı'ya adanması gerektiğini savunan Hristiyan öğretisi Thomas'ın teorisinde birleşmiş ve kökü Tanrı'da olan iktidarın insanların eseri olacağı sonucuna ulaşılmıştır⁶⁷.

Skolastik düşünce geleneğine mensup olan Thomas ilkin yasayı tanımlar. O'na göre yasa "toplumun başında bulunan yöneticinin ortak yararı sağlamak için açıkladığı bir akıl buyruğudur". Tanımdan da anlaşılacağı üzere yasanın amacı ortak yararı sağlamak, dayanağı ise insan aklıdır. Ancak insan aklı, Thomas'ın en üst aşamada gördüğü ölümsüz yasaya, yani Tanrıdaki üstün aklın izlerini taşıyarak Tanrıyla bir çeşit işbirliği neticesinde ortaya çıkan yasaya, işaret etmektedir. Akıllı ve ussal bir varlık olan insan, diğer yaratıklardan farklı olarak içinden gelene kapılıp sürüklenmektense, Tanrının kendisine yüklediği görevi bilerek ve isteyerek yerine getirebilmektedir⁶⁸.

Aquino'lu yasaları da üçe ayırarak inceler. 1- Lex Aeterna (Öncesiz – Sonsuz Kanunlar), 2- Lex Naturalis (Tabii Kanunlar) 3- Lex Humana (Beşeri Kanunlar). İlk sınıfta yer alan kanunların, insan aklı tarafından kendiliğinden bulunması imkânsızdır. Bunlar, Tanrı tarafından "kutsal esin" yoluyla bildirilir ve ancak kiliseden öğrenilebilir. Bu kanunlar bakımından Kilise ne derse insan onu

⁶⁴ Alford, C. F. (2010). *Narrative, Nature, and The Natural Law, From Aquinas to International Human Rights*. New York: Palgrave Macmillan, s. 24.

⁶⁵ Tunçay, M. (2014). *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 258.

⁶⁶ Thomas'ın koruma içgüdüsüne dair görüşleri izleyen başlıkta ele aldığımız Hobbes ile benzeşmekteyse de, Hobbes'tan kapsam noktasında ayrılmaktadır. Hobbes, Leviathan'ında bireylerin yalnızca kendi hayatlarını koruma motivasyonu ile hareket ettiklerini iddia ederken, Thomas iyiliğin toplumsal anlamda da karşılığı olduğuna vurgu yapmıştır. Alford, C. F. (2010). s. 31-35.

⁶⁷ Akın, İ. (1987). *Kamu Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 57.

⁶⁸ Akın, İ. (2013). *Devlet Doktrinleri*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 50-51.

uygulamakla mükelleftir⁶⁹. Çağdaşı pek çok düşünür gibi Thomas da, kilisenin klasik teorisine dönüşü çıkış yolu olarak görmektedir. Manevi konularda ruhani iktidar olan Kiliseye, dünyevi konularda ise dünyevi iktidar olan Kral'a itaati savunmaktadır⁷⁰.

Thomas, Tanrıyı bütün krallıkların üstünde bir iktidar olarak görür ve krallığın soysuzlaşıp Tiraniye dönüşmesi ihtimalinde halkın kralı işbaşından uzaklaştırmasını, şayet bunu başaramıyorsa Tanrıya başvurmasını salık verir. Çünkü zorbayı ancak Tanrı yola getirebilir⁷¹. Aquino'lu Thomas'ın "*omnis potestas a Deo, per populum*" (Bütün iktidarlar halk aracılığıyla Tanrıdan gelir) sözü bu teorinin ve Thomas'ın düşüncelerinin özünü açıklar niteliktedir⁷².

Thomas'tan yaklaşık yarım asır sonra, yeniçağa henüz geçmeden önce, Orta Çağda da devlet ile kilisenin ayrılmasını, dolayısıyla laik hukuk düzenine geçmeyi savunan düşünürler olmuştur. Azınlıkta kalan bu düşünürlere en önemli örnek 1290 ila 1349 yılları arasında yaşamış olan Ockham'lı William'dır. O'na göre mademki din ve iman meseleleri üzerine tartışmak mümkündür, papanın iktidarının sebeplerini bulmak ve sınırlarını çizmek için bu tartışma yapılmalıdır, çünkü bu hem papanın kendisi hem de inananlar için faydalıdır⁷³. Aquino'lu Thomas'ta beliren ve Tanrıya atfen çıkan "ölümsüz yasa" fikrine William, yine aynı saikle, Tanrının aşkınlığını korumak ve Hristiyanlığın değerlerini takdis etmek adına, karşı çıkar. O'na göre insan akli kutsal değerleri kavrayamayacak kadar sınırlıdır. Tanrı, yalnızca yaratıcının bizatihi kendisi olan Tanrı tarafından münferit olarak, doğrudan ve mükemmel olarak kavranabilir⁷⁴. Tanrıya üstünlük tanıma noktasında çağdaşlarıyla aynı yerde duran William akıl ile imanı birbirinden ayırır. Bu ayrımın tabii bir sonucu olarak yeryüzü iktidarı ile yer ötesi iktidarı iki farklı kuvvete bağlar. Devlet iki koldan yürütülemeyeceği için yer ötesi iktidarının yetkilerini sınırlamış, yeryüzü iktidarının yetkilerini ise dönemine göre alışılmadık

⁶⁹ Hirş, E. (1996). *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, 2. Baskı, güncel dile çeviren: Veziroğlu, S. B. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 113.

⁷⁰ Akbay, M. (1948). s. 137-140.

⁷¹ Akın, İ. (2013). s. 54.

⁷² Gözler, K. (2011). s. 442.

⁷³ Crozat, Ch. (1941). Orta Çağda Dört Devlet Nazariyecisi: Aegidius Romanus (Gilles), Occam, Bartolus, Wycliff, (çev. Günyol, V.) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7., S. 4., s. 389.

⁷⁴ Klocker, H. (1996). *William of Ockham and the Divine Freedom*, 2. Baskı, Milwaukee: Marquette University Press. s. 80.

bir biçimde genişletmiştir⁷⁵. Nihayetinde yeryüzü iktidarı insan aklına bağlanmış, pozitif hukuk Tanrısal kaynaktan kurtarılmıştır⁷⁶.

Burada zikredilmesi zaruri olan bir diğer isim de Padova'lı Marsilius'tur. 1275 ile 1342 yılları arasında yaşamış olan düşünür 1324'te kaleme aldığı "Barışın Koruyucusu" (*Defensor Pacis*) adlı eserinde⁷⁷, yasaların yaratıcısı olarak kendi iç dinamiğinden kaynaklanan ihtiyaçlarına cevap arayan bir topluma işaret etmektedir. Bu denklemde hükümdara düşen rol ise yalnızca yasaları uygulamaktır⁷⁸. Yasa insan iradesinin ifadesidir ve kaynağını insan aklından alan kararların dışavurumudur. Çünkü Tanrı bu hususta seçim hakkını (*arbitrium*) insan iradesine teslim etmiştir⁷⁹. Yasama erkinin halka verilmesini açıklarken, halkın ya da onu temsil eden "*pars valentior*"un, gerek hacim ya da kütle olarak, gerek etkin erdem ya da eylem olarak, toplumu oluşturan herhangi bir bölümden daha büyük olmasını öne sürer. Yasaları kendilerinin yaptığı hissine kapılan yurttaşların ona boyun eğmeye de razı olacaklarından kuşku duymaz⁸⁰. Padova'lı Marsilius'ta halkın temelde iki işlevi vardır: İlki yasanın metafizik ve uhrevi bağlarını koparıp yalnızca bu dünyaya özgüleyerek Kilisenin yasama erkine müdahalesini önlemek ve halkı yasamanın kaynağı haline getirmek. İkinci işlevi ise, kralın iktidarını uhrevi veya metafizik referanslar yerine yalnızca halkın çıkardığı yasaları yürütmekle meşrulaştırmasıdır⁸¹.

Ortaçağın başlarında meşruiyetin kaynağı doğrudan Tanrı olarak biliniyorken, providansiyel ilahi hukuk doktrinin gelişmesiyle birlikte meşruiyetin kaynağında bir değişim yaşanmasa da, kullanımına ilişkin anlayış farklılığı ortaya çıkmıştır. Cevheri yine Tanrıda olan meşruiyetin kullanımı, başka bir ifadeyle kullanılan iktidar yetkisinin Tanrının rızasını ne ölçüde yansıttığı, sorgulanmaya

⁷⁵ Akın, İ. (2013). s. 62-65.

Yazarın Ockham'lı William'ı incelediği bölümün başlığı "Tanrıdan Kopan İnsan"dır. Bu başlık dahi yalnız başına hem William'ın düşünce evrenini hem de egemenliğin seyrini göstermektedir.

⁷⁶ Hakyemez, Y. Ş. (2004). s. 23.

Ockham'ın fikirleri 14. Yüzyıla damgasını vurmuş, fikirleri tüm Avrupa'da akademi ve entelektüel dünyada yankı bulmuştur. Özellikle İngiltere ve Fransa örnekleri için bkz. Courtenay, W. J. (2008). *Ockham and Ockhamism*, Leiden ve Boston: Brill Publications. s. 91-143.

⁷⁷ Eserin İngilizce tam metni ve Leo Strauss'un felsefi ve açıklayıcı girişi için bkz. Brett, A. (çev.) (2005). *Marsilius Of Padua: The Defender Of The Peace*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁷⁸ Akal, C. B. (2005). *İktidarın Üç Yüzü*, 3. Baskı, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, s. 41.

⁷⁹ Granett, G. (2006). *Marsilius of Padua and 'The Truth Of History'*, Oxford ve New York: Oxford University Press. s. 62.

⁸⁰ Ağaoğulları, M. A.; Köker, L. (1997). *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, 2. Baskı, Ankara: İmge Yayınları, s. 59.

⁸¹ Ağaoğulları, M. A.; Köker, L. (1997). s. 60.

başlanmıştır. Aquino'lu Thomas'ın açtığı bu yoldan ilerleyen diğer düşünürler de Tanrının mukaddesliğine eleştiri yöneltmeden, iktidarın meşruiyetini sorgulamanın yollarını aramışlardır. Bu dönemi, iktidarın meşruiyeti bağlamında öne çıkaran etken ise, meşruiyete dair tüm dengelerin Tanrıya endekslenmesinden kaynaklanmaktadır. Hükümdar, kral, devlet, kilise vb. gibi tüm otoriteler tek bir gaye için, Tanrı iradesini yansıtmak adına hükmetmiş veya hükmetmeye çabalamışlardır. Modern devletin doğuşu, aynı zamanda günümüzde kullandığımız anlamıyla egemenlik kavramının tarih sahnesinde belirmesidir. Bu gelişmeyle birlikte, meşruiyet ile egemenlik bütünleşmeye başlamıştır.

4. Modern Devletin Doğuşu ve Meşruiyetin Egemenlikle Birleşmesi

Modern öncesi dönemde meşruluk yaklaşımları, usule değil esasa yoğunlaşmaktaydı. Doğal hukuk geleneğinde iki yaklaşım bulunmaktaydı. İlkinde göre, üstün hukuk Tanrı'dan gelen emirlerden oluşmaktadır. İlahiyat merkezli (*theological*) bu görüşe göre meşruluk, ilahi (*divine*) hukuk, pozitif hukuka yansıtıldığı takdirde sağlanacaktır. Doğal hukukun ikincisi yaklaşımı amaçsal/gai (*teleological*) yaklaşımdır ve insanı belirli hedeflere yönelmiş amaç sahibi varlıklar olarak görür. Fakat bu amacı belirlemeyi bireye değil devlete bırakır. Her iki yaklaşım da bireyi içermemekte ve meşruluğun yukarıdan aşağıya otoriter bir şekilde dayatılması sonucunu doğurmaktadır. Moderniteyle birlikte bireyin önemi artmaya başlamış, egemenin meşruluğunda ilahi ve amaçsal yaklaşımlar yerini epistemolojik doğal hukuk geleneğine bırakmıştır⁸². Benzer şekilde Schmitt bu dönüşümden bahsederken, modern devletin ilahiyata ait kavramları sekülerleştirerek (*secularized theological concepts*) kullandığını iddia etmiştir⁸³.

⁸² Pilon, R. (1992). Individual Rights, Democracy, and Constitutional Order: On The Foundations of Legitimacy, *CATO Journal*, Vol. 11, No. 3. s. 378-379.

⁸³ Schmitt, C. (2005). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, (İngilizceye çev. Schwab, G.), Chicago ve London: Chicago University Press. s. 36. Benzer görüş için bkz. Eckstein, H. (1980). Devlet "Bilimi" Üzerine, (çev. Turhan, M.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S.1-4. s. 218.

Gerçekten modern devletin meşruiyet zeminine ilişkin dönüşümü birden olmamış, aşamalı bir geçiş süreci yaşanmıştır. Egemenlik yetkilerinin, başta bizzat İlahi gücün kendisi tarafından kullanıldığı varsayıliiyorken, Ortaçağın sonlarına doğru bu gücün kaynağı/cevheri Tanrı'da olmak üzere insanlarla paylaşıldığı kanaati yaygınlaşmıştır. Bu zihinsel dönüşümde Providansiyel ilahi hukuk doktrini, egemenliğin seyri bakımından kritik bir dönemece tekabül etmektedir. İnsanoğlu ancak bu dönemeci geçtikten sonra nihai egemen sıfatını kazanabilme yolunda ilerleme kaydedebilmiştir. Bu serencamı Birsin şöyle aktarır:

“Orta Çağ'da hükümdar-kilise çelişkisi üzerine kurulan devlet düşüncesi hükümdar lehine gelişme güzergâhına girince, devleti, kilisenin etkisinden kurtarma çabalarına teorik zemin oluşturacak çalışmalar ortaya çıkmaya başladı. Bu, değişen zihniyetin kendi paradigmasını kurma çabasıydı. Bu bağlamda Jean Bodin, Machiavelli, Thomas Hobbes, J.J. Rousseau, gibi yalın devlet iktidarının teorisini yapan düşünürler ortaya çıkmaya başladı. Bu gelişme, adeta devleti yeni paradigmaya göre, teori ve pratik olarak yeniden inşa etme sürecidir. Meşruiyet temin eden geleneksel yapılardan arınan iktidarın meşruiyet krizi, artık klasik bağlamının dışına çıkarak meşruiyeti sağlayacak bütüncül bir teorinin geliştirilmesini gerektirmektedir.”⁸⁴

Tarihsel bir okuma yapıldığında yeni devlet düşüncesinin Westfalya Antlaşması'yla geçerlilik kazandığı görülmektedir. 1618 ila 1648 yılları arasında süren ve 1648 Westfalya Barış Antlaşmasıyla neticelenen 30 Yıl Savaşları Katoliklere karşı Protestanların zaferiyle sonuçlanmıştır. Westfalya Antlaşması'yla birlikte, egemen aktör olarak Devletler ilk kez tarih sahnesine çıkmışlardır⁸⁵. Westfalya öncesi uluslararası sistem yerel bir düzen üzerine inşa edilmişti ve bu düzenin aktörleri ancak sınır komşularıyla iletişime geçebilen egemen devletlerdi⁸⁶. Sınırlı bir toprak parçasında kendi alanlarında özgürce hareket etmeyi ve birbirlerinin coğrafi sınırlarına saygı göstermeyi kabul eden Prenslikler, egemenliğin karşılıklı kabulüne dayalı modern egemenliğin temellerini

⁸⁴ Birsin, M. (2012). Ortaçağdan Aydınlanmaya Kıta Avrupa'sında Meşruiyet Paradigmasının Dönüşümü, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 4, s. 13. ss. 5-24.

⁸⁵ Otuz yıl savaşları ve Westfalya barış antlaşması için bkz. Whaley, J. (2012). *Germany and the Holy Roman Empire: Volume I From Maximilian I To The Peace Of Westphalia 1493 – 1648*, Oxford ve New York: Oxford University Press. VII. Bölüm s. 563-645. Westfalya barış antlaşması için özellikle: s. 619-632.

⁸⁶ Larkins, J. (2010). *From Hierarchy to Anarchy Territory and Politics before Westphalia*, New York: Palgrave Macmillan, s. 3.

atmışlardır⁸⁷. Weber'in deyimiyle sınırları içerisinde meşru şiddet tekeline sahip olan ve uluslararası anlamda geçerli tek hüviyeti haiz "devlet"in doğumu Westfalya ile gerçekleşmiştir⁸⁸. Egemenliğin seyri anlamında bu gelişme, aynı zamanda dünyevi devletin, kilise karşısında elde ettiği zaferi de barındırmaktadır⁸⁹.

Demokratik egemenlik teorileri⁹⁰ olarak da adlandırılan ve egemenliğin kaynağını metafizikten kopararak beşeri kaynaklara özgüleyen bu teorinin ortaya çıkışı, Nietzsche'nin veciz ifadesi olan "Tanrı öldü"de (*Gott ist tot*) kendisini bulmaktadır. Burada Nietzsche herhangi bir dine yönelik olarak Tanrı'nın öldüğüne işaret etmemekte fakat Tanrı'nın herhangi bir ahlaki değere ve dolayısıyla meşruiyete kaynaklık etme kapasitesinin ortadan kalktığını iddia etmektedir⁹¹. Netice itibarıyla modern devlet, kendi meşruiyet temelleri üzerinde yükselmektedir. Bu meşruiyet anlayışı aynı zamanda bugünkü anlamıyla "egemenlik" kavramının da doğuşuna işaret eder. Takip eden alt başlıklarda kavramın dönüşümü, teorik altyapısını hazırlayan düşünürlerin fikirleri bağlamında tartışılacaktır.

4.1. Meşruiyetin Metafizik Bağlamdan Koparılması: Niccolo Machiavelli (1469–1527)

Machiavelli'yi, iz bırakan çağdaşı diğer düşünürlerden farklı kılan temel özellik bir teori kurmaktansa, yaşadığı dönemde hasta devlet olarak gördüğü İtalya'ya bir reçete sunma arayışında olmasıdır. Burckhardt'ın da belirttiği gibi,

⁸⁷ Philpott'an aktaran, Beriş, H. E. (2008), Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 1, s. 58-59.

⁸⁸ Davutoğlu, A. (2003). Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 20, s. 48-49. (ss. 46-58)

⁸⁹ Larkins, J. (2010). s. 54-55.

⁹⁰ Gözler, "demokratik egemenlik teorileri" kavramına itiraz etmekte, bu teorilerin gerçek anlamda demokratik bir rejime yol açıp açmayacaklarının tartışmalı olduğunu ileri sürmektedir. Bu kavram yerine "beşeri egemenlik teorileri" kavramını önermekte ancak kendi eserlerinde de "demokratik egemenlik teorileri" kavramını yerleşikliğinden dolayı kullanmayı tercih etmektedir. Her ne kadar demokratik sözcüğü etimolojik olarak "demos" yani halkın iktidarı anlamına gelse de demokrasinin aldığı anlamlar zaman içinde oldukça çeşitlenmiştir ve bir yönetim biçimine referans vermektedir. Biz de Gözler'in eleştirisine katılıyoruz ancak aynı sebepten dolayı kavramı yerleşik haliyle kullanmayı tercih ediyoruz.

Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, 2011. Cilt 1. s. 442.

⁹¹ Westfalya sonrası, her ne kadar metafiziksel öğelerin meşruiyet kaynağı olma özellikleri sarsıldıysa da tamamen ortadan kalkmamıştır. Westfalyanın sona erdirdiği savaş netice itibarıyla bir din savaşıdır ve savaş sonrasında Avrupalı devletlerin sosyolojileri dini anlamda homojenleşmiştir. Din ulus-devletlerin meşruiyet kaynağı olmaya devam etmiş; tek devlet, tek din ve erken modern çağda yükselen ulus devletin şekillendirdiği tek hukuk anlayışı benimsenmiştir. Şu farkla ki; aynı dönemde başlayan dünyevileşme (*secularization*) süreci devletle din arasında derin bir kırılma meydana getirmiş, devletle hukuk arasındaki bağı ise kuvvetlendirmiştir. Böylelikle dünyevi (*secular*) hukuk, hızla dinden arındırılmıştır. Zucca, L. (2012). *A Secular Europe: Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford: Oxford University Press. s. 185.

*Machiavelli'nin ilk ve son düşüncesi, devletin selâmeti olmuştur*⁹². Kendisi de bir devlet adamı (bürokrat ve diplomat) olan Machiavelli, eserlerini kendi siyasi tecrübesinden esinlenerek kaleme almıştır. Kuşkusuz her düşünürün fikirlerinin şekillenmesinde yaşadığı dönemin şartları ve o dönemdeki teorik tartışmalar belirleyici olmaktadır. Fakat tarihsel okuma Machiavelli'yi anlamada çok daha kritik bir önemi haizdir ve yaşadığı dönemin şartları göz ardı edilerek düşünürün fikirlerini kavrayabilmek neredeyse imkânsızdır. Machiavelli'nin "Livy"⁹³ Üzerine Söylevler" isimli kitabını İngilizceye çeviren yazarlar, düşünürün yaşadığı dönem olan Rönesans ile Machiavelli'nin ilişkisini tanımlamak için; *Machiavelli Rönesans'ta yaşadı, Rönesans da Machiavelli'de, insan ile zaman tam anlamıyla bütünleşmiştir*, ifadelerini kullanmışlardır⁹⁴.

15. yüzyılın sonlarına doğru çok sayıda parçaya ayrılan İtalya'da Machiavelli Floransa Cumhuriyetinin hizmetinde çalışmıştır. 1512 yılına gelindiğinde Floransa'da iktidar el değiştirmiş ve Machiavelli'nin de işine son verilmiştir. Bu duruma üzülen düşünür, kendisini, İtalya'yı yeniden ayağa kaldırabilecek bir formül bulmaya adanmıştır⁹⁵. Bu yönüyle Machiavelli bir düşünürden ziyade bir aksiyon/eylem adamı olarak tarihte iz bırakmıştır. Gerçekten de Machiavelli'nin Hükümdar adlı eserinin 26. ve sonuncu bölümünün adının "*İtalya'yı Almağa ve Barbarların Elinden Kurtarmağa Teşvik*"⁹⁶ olması O'nun bu özelliğini ön plana çıkarmaktadır.

Machiavelli görüşlerini iki kitapta toplamıştır. Bunlardan ilki Cumhuriyete ilişkin görüşlerini derlediği "Tito Livio'nun (Livy) Tarihe Ait İlk On Kitabı Hakkında Söylevler" (*Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*)⁹⁷ ikincisi ise Monarşiye ilişkin görüşlerini derlediği "Hükümdar"dır (*Il Principe*). Eserlerinde, devletler nezdinde yaşanan pek çok olumsuzluğu kiliseye bağladığı dikkat çekmektedir. Bir Kardinal'in İtalyanların savaştan anlamadığı yönündeki eleştirisine, Fransızlar da

⁹² Burckhardt, J. (1958). *İtalya'da Rönesans Kültürü*, çev. Baykal, B. S., İstanbul: Maarif Basımevi, C. 1, s. 121.

⁹³ İngilizce'de Livy olarak bilinen Titus Livius Patavinus, milattan önce 59 ila milattan sonar 17 yılları arasında yaşamış, Roma ve Romalılar hakkında neşriyat yapmış tarihçidir.

⁹⁴ Machiavelli, N. (1996). *Discourses on Livy*, çev. Mansfiel, H. C. ve Tarcov, N. Chicago ve London: University of Chicago Press. s. xvii.

⁹⁵ Akın, İ. (2013). s. 67.

⁹⁶ Machiavelli, N. (1955). s. 104.

Eser İngilizce'den Türkçeye çevrilirken eserin ismi olarak "Prens" tercih edilmiştir. Bkz. Machiavelli, N. (2009). *Prens*, çev. Tolga, A. İstanbul: Say Yayınları.

⁹⁷ Kitabın İngilizce Çevirisi için bkz. Machiavelli, N. (1996). *Discourses on Livy*, çev. Mansfiel, H. C. ve Tarcov, N. Chicago ve London: University of Chicago Press.

devlet işlerinden anlamazlar; şayet anlasalardı kilisenin devlet içerisinde bu kadar güç kazanmasına müsaade etmezlerdi şeklinde cevap vermiştir⁹⁸.

Siyasi tecrübesiyle yapmış olduğu tarih okumalarını birleştiren düşünür, tarihsiz bir Kutsal Ktiap'tan çıkarılacak Tanrı-Kul ilişkisinden, dünyevi bir tarih kitabından çıkarılacak hükümdar-yönetilen ilişkisini yeğlemektedir⁹⁹. Bu tercihinin bir de İtalya'yı yeniden eski ihtişamına kavuşturma arzusu eklenince, eserlerinde ahlakilik kaygısının güdülmemesi ile hükümdarı mutlak güce kavuşturacak her yolun mubah olarak kabul edilmesi, kendi içinde tutarlı bir zemine oturmaktadır¹⁰⁰.

Machiavelli ile Ortaçağ Skolastik düşüncesinden ve providansiyel ilahi hukuk doktrinince savunulan tüm iktidarların Tanrı'dan geldiği tezinden bir kopuş yaşanmıştır. Gerçek manasıyla iktidar yeryüzüne inmiştir. İktidar, dini veya ahlaki herhangi bir kaynağa referans vermeksizin varlık sebebini kendinden menkul kılmış, dinsel ve metafizik değerlerden de arınarak laik bir temel üzerine oturmuştur¹⁰¹. Machiavelli bu görüşünü şu şekilde açıklar;

“Kim ki başkasının kudretlenmesine sebep olur, kendini mahveder; zira bu kudret, sebep olan kimsenin ya kuvveti veya mahareti ile meydana gelmiştir; bunların her ikisi de yeni kudret kazanan için şüpheli ve çekinilecek şeylerdir.”¹⁰²

Varlığını başka hiçbir değer ve kuruma borçlu olmayan iktidarın, ilkesi (*auctoritas*) ile kullanımını (*potestas*) tek merkezde toplanarak aslında modern ulus-devlet kuramı ortaya konmuştur¹⁰³. Machiavelli iktidarı örgütlerken hükümdarın yasalar, ordular ve dine önem vermesi gerektiğini söyler. Şu farkla ki; düşünür dini, Ortaçağdaki gibi iktidarın özünü oluşturan bir cevher olarak değil, yalnızca iktidarın toplum tarafından kabulünde kullandığı bir enstrüman olarak tasavvur eder. Machiavelli dine değil, dinin halkı etkileme yeteneğine ilgi duyar¹⁰⁴. İktidarın elde edilmesi ve elde tutulması hususunda her şeyi araçsallaştıran

⁹⁸ Machiavelli, N. (1955). s. 13.

⁹⁹ Akal, C. B. (2005). s. 51.

¹⁰⁰ Yaygın kanaat Machiavelli'nin ahlak ve din ile siyaset arasındaki bağı koparttığı yönünde olmasına rağmen, aslında Machiavelli'nin kastının ahlak ve dinin siyaset tarafından belirlenmesi olduğu da savunulmaktadır. Ağaoğulları, M. A.; Köker, L. (1997). s. 176.

¹⁰¹ Beriş, H. E. (2014). *Egemenlik: Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği*, Ankara: Tezkire Yayınları, s. 64-65.

¹⁰² Machiavelli, N. (1955). s. 13-14.

¹⁰³ Ağaoğulları, M. A.; Köker, L. (1997). s. 188.

¹⁰⁴ Öztürk, A. (2013). Machiavelli Düşüncesinde Cumhuriyetçi Özgürlük ve Kurucu Lider İmgesi, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 68, No. 2, s. 189-190.

Machiavelli, meşruiyete de aynı nazarla bakar ve yöneticilerin ülke için en fazla faydayı sağlayabilecek şekilde halka dayanarak muktedir olmasını meşruiyet için yeterli görür.

Machiavelli'nin analizlerindeki yenilik; görüşlerini, özgürlük, kamu yararı ve yurttaşların yüceliği gibi erken dönem İtalyan Cumhuriyetçi geleneğe dayandırmasıdır. O'na göre şehirler bizihi kendi yurttaşları tarafından kurulmuş, bu hususuta yurttaşlar hükümdarlardan herhangi bir direktif almamışlardır¹⁰⁵. Machiavelli'nin bu akıl yürütmesi meşruiyete bakışını da etkiler. Meşruiyet açısından Machiavelli'nin katkısını özgün kılan, iktidarın metafizik bağlardan kopararak laik sisteme geçişinde, yeni kaynağını halktan alması gerektiğini tavsiye etmesi olmuştur.

Papalık hâkimiyetine karşı çıkarken, İtalya'nın birliğine engel olarak gördüğü feodal düzene de karşı çıkar ve iktidarın derebeylere değil halka dayanması gerektiğini söyler¹⁰⁶. Soylular veya gücün paylaşıldığı feodal dönemdeki ilişkilere dayalı bir egemenlik anlayışını ise düzensizliğin devamı olarak görür ve halkta ısrar eder. Düşünürün netice itibariyle demokratik egemenlik savunucusu olduğu iddia edilebilir¹⁰⁷.

4.2. Meşruiyetin Mutlak ve Sürekli Egemenlikle Birleşmesi: Jean Bodin (1530 – 1596)

Machiavelli'nin demokrasi bağlamındaki fikirleri benimsenmiş, egemenlik ile halk giderek bütünleşmeye başlamıştır. Aynı zamanda demokratik rejimle beraber Feodalite ortadan kalkmış ve Modern devlete doğru geçiş de hızlanmıştır. Yeni rejimde devlet başkanının seçimle belirlenmesi veya eskiden olduğu gibi bir hanedan üyesi olarak miras yoluyla devlet başkanlığını alması hukuki bağlamda çok önemli değildir. Çünkü devlet, hükümdardan ayrılarak ondan bağımsız bir kişilik (*bittabi, tüzel kişilik*) kazanmıştır. Bunun neticesinde hükümdarın

¹⁰⁵ Skinner, Q. (1990). Machiavelli's *Discorsi* and the Pre-humanist Origins of Republican Ideas, içinde, *Machiavelli and Republicanism*, der. Bock, G., Skinner, Q. ve Viroli, M. Cambridge: Cambridge University Press. s. 137.

Machiavelli ve Cumhuriyetçilik için ayrıca bkz. Öztürk, A. (2013). ss. 181-204., Rahe, P. A. (ed.) (2006). *Machiavelli's Liberal Republican Legacy*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁰⁶ Ekinci, E. B. (1996). Machiavelli ve Hukuk Tarihindeki Yeri, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C: 10, S: 1-3, s. 248.

¹⁰⁷ Hakyemez, Y. Ş. (2004). s. 29.

mamelekiyle devlet mameleki de ayrılmıştır. Hükümdar veya devlet başkanının iradesi ancak anayasanın tanıdığı devlet iradesini kullanmakla sınırlandırılmıştır¹⁰⁸.

Ortaçağ'ın ayırıcı vasfı, devlet otoritesinin hükümdarın ülke üzerindeki “mülkiyet” hakkından doğduğuna olan inanıştır. Daha açık bir ifadeyle Ortaçağ'da “devlet”; Hükümdar, Kral veya Sultan ile aynı şeydir, O'nun kişiliğindedir¹⁰⁹. Bu düşünce Machiavelli'de de bu şekildedir. Machiavelli de egemeni “Bir” olarak düşünmüş fakat onun devamlılığından bahsetmemiş; egemeni hükümdarın bedeniyle birlikte ele almıştır. Bodin konuyu Machiavelli gibi olgular üzerinden tartışmakla yetinmemiş aynı zamanda kuramsal olarak da incelemiştir. XVI. yüzyılda Fransız krallığının unsurları hazırlanırken, egemenlik kavramı halkı dışlamayan bir biçimde belirmiş ve Bodin'in “Cumhuriyet” (*La Republique*) isimli meşhur kitabında en mükemmel ifadesini bulmuştur¹¹⁰. Egemenlik, siyasi gücün kullanımını meşrulaştırmak için yeni bir dışsallık oluşturarak, “devlet”i yepyeni bir iktidar aracı olarak mümkün kılmaktadır. Söz konusu olan dışsallığın farklı bir biçimde yeniden kurulması, tanrısallıktan bağımsızlaşmış bir siyasi güç düşüncesinin hükümdarın bedensel varlığına bağlı kalmaktan kurtarılması, egemen denem ve soyut niteliğini zaman dışlıktan ve süreklilikten alan kavramın oluşturulması ile günümüzdeki egemenin tarihsel kökleri ilk defa bu denli kristalize olmuştur¹¹¹.

Bodin “*Devletin Altı Kitabı*” isimli bir eser telif etmiş; eserine devlet aygıtını tanımlayarak başlamıştır¹¹². Tanıma göre devlet: birkaç aile veya benzeri grubun ortak çıkarlarını egemen güç vasıtasıyla hakça düzenleyen müessesedir¹¹³. Sonra, tanım ve sınırlamanın öneminden bahseden yazar, tanımda geçen her bir ögeyi teker teker tanımlamaya girişmiştir. Bu girişimlerin bir devamı olarak sekizinci bölümde egemeni tartışmaktadır. Latince “*majestas*” kelimesiyle ifade edilen kavram, devlet ve ulus üzerinde verilmiş olunan daimi/sürekli (*perpetual*) ve mutlak (*absolute*) güçtür¹¹⁴. Kral öldüğünde yerine hemen yeni bir kralın geçmesi ve

¹⁰⁸ Özyörük, M. (1977). *İdare Hukuku Ders Notları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 3.

¹⁰⁹ Özyörük, M. (1977). s. 3.

¹¹⁰ Duguit, L. (1954). s. 56.

¹¹¹ Akal, C. B. (2005). s. 72.

¹¹² Devlet Üstüne Altı Kitap'tan Seçme Parçalar için bkz, Tunçay, M. (2014). ss. 175-201.

¹¹³ Bodin, J. (1967). *Six books of the Commonwealth*, Kısaltan ve İngilizceye Çeviren: Tooley, M. J., Oxford: The Kemp Hall Bindery, s. 1.

¹¹⁴ Bodin, J. (1967). s. 24.

hanedanın sürekliliğinin devam etmesi, “Kral öldü, yaşasın kral” şeklinde sloganlaşan ifade tam da bu durumu açıklamaktadır¹¹⁵.

Bodin, egemenliğin sürekliliği ve mutlaklığı yanında, bölünmezlik (*indivisible*) unsuruna da vurgu yapmaktadır. Bodin’e göre yeryüzünde kanun yapmak, savaş ve barışa karar vermek, vergi almak, affetmek vs. gibi egemene ait yetkilerin farklı ellerde toplandığı herhangi bir devlet bulunmamaktadır. Monarşi, aristokrasi veya demokrasi fark etmez; egemenlik bölünmezdir ve her kim kanun koyabiliyor, kendi dilediği yönde emirler verip yasaklar getirebiliyorsa, savaşa ve vergiye karar verebiliyorsa, işte egemen O’dur¹¹⁶.

Bodin için ideal sistem monarşidir. Monarşiyi ve krallık müessesesini, despotizmden ve tiranlıktan ayırt etmek için, Kralın tabii hukuk ile kendi istediği kanun arasındaki ilişkiyi titizlikle gözetmesi gereğinden ve insanların özgürlüğünün korunması ile mülklerinden faydalanmalarının sağlanması gerektiğinden bahsetmiştir¹¹⁷. Bodin’den egemenliğin yalnızca monarşide en iyi şekilde temsil edilebileceği gibi bir sonuç çıkarılabilse de bu sonuç bir parça yanıltıcıdır. Bu öğütlerine rağmen, Bodin’in esas önemseydiği husus egemenliğin bölünmez bir biçimde tek merkezde toplanması zorunluluğudur.

Bodin, egemenlik kavramının kapsamını süreklilik ve mutlaklığı da içerir şekilde genişleterek meşruluğu günümüze kadar gelen yeni mecrasına kesintisiz bir şekilde oturtmuştur¹¹⁸. Sıkı bir monarşi savunucusu olmasına rağmen, monarşi ile meşruiyet arasındaki ilişkiyi tesis etmemiş olması, kurduğu teori açısından büyük bir eksiklik teşkil etmektedir. Egemenliğin kaynağı sosyal sözleşme kuramlarında olduğu gibi tam anlamıyla laikleşmemiş, hükümdarın egemenliğini Tanrısal hukuka dayanarak meşrulaştırmaya devam etmiştir. Başka bir ifadeyle Bodin’e göre hükümdar, Tanrı inayetiyle hükümdar olduğu için ilahi yasalara bağlı kalma mükellefiyetindedir¹¹⁹. Nitekim meşru monarşi kavramıyla Bodin’in kastettiği;

¹¹⁵ Saygılı, A. (2014). Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 1, s. 196.

¹¹⁶ Bodin, J. (1967). s. 55.

¹¹⁷ Bodin, J. (1967). s. 59.

¹¹⁸ “Egemenlik a) Her şeyden önce, devamlı hatta ebedidir; yani zamanla sınırlandırılmamıştır; b) Bölünmezdir; başka deyişle, şartsız ve sınırsız olarak bölünmüş değildir; c) Nihayet, devir ve ferağ olunamaz.” Zabunoğlu, Y. K. (1963). *(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası. s. 45.

¹¹⁹ Akal, C. B. (2005). s. 76.

halkın Kralın yasalarına itaat etmesi, Kralın Tanrı'nın yasalarına itaat etmek suretiyle doğal hürriyet ve mülkiyet hakkını güvence altına almış olmasıdır¹²⁰.

Tanrı, iktidarın ve devletin hem kaynağı hem de hedefidir. Devletin Tanrı'ya bağlılığı böylelikle iktidarın istikrarına ve toplum ile uyumlu olmasına hizmet etmektedir¹²¹.

4.3. Meşruiyetin Günümüze Kadar Uzanan Kaynağı: Sosyal Sözleşme

Egemenlik Machiavelli'nin olgulardan hareketle tanımladığı, Bodin'in ise teorik altyapısını oluşturduğu haliyle günümüzdeki formuna kavuşmuştur. Fakat meşruiyetin kaynağı noktasında tereddütler ancak "sosyal sözleşme" (*social contract*) teorisi ile giderilebilmiştir. Bölüm başlığı olarak modern devletin doğuşu ile egemenlik ve meşruluğun birleşmesini tercih etmemize rağmen, meşrulukla egemenlik fikri temelde ancak "sosyal sözleşme" varsayımı neticesinde buluşabilmiştir. Şu halde Machiavelli ve Bodin'deki egemen ile sosyal sözleşme teorisindeki meşruiyet kaynağı olan "egemen" farklı yerlerden beslenmektedir. Batılı pek çok siyaset felsefesi ve bilimi kitabında olduğu gibi Türkçe literatürde de sosyal sözleşme teorileri genelde Hobbes, Locke ve Rousseau ile ele alınmıştır¹²². Biz de bu geleneği bozmayıp mezkûr düşünürlerin görüşlerini takip ederek sosyal sözleşmeyi açıklamaya çalışacağız.

4.3.1. Thomas Hobbes (1588 – 1679)

İngilizce dilinde siyaset teorisi yazan ilk düşünür Thomas Hobbes'tur. Hobbes, tıp, felsefe ve pozitif bilimler alanında günümüze kadar etkileri devam etmiş olan William Harvey, René Descartes, Galileo Galilei'nin çağdaşıdır ve

¹²⁰ Weinert, M. S. (2007). *Democratic Sovereignty: Authority, Legitimacy, and State in a Globalizing Age*, London: University College London Press, s. 33-34.

¹²¹ Barbier, M. (1999). *Modern Batı Düşüncesinde Din ve Siyaset*, (çev. Gözel, Ö.) İstanbul: Kaknüs Yayınları, s. 32.

İktidarın kaynağı bağlamında Bodin, meşruiyete ilişkin herhangi bir yenilik getirmemesi itibarıyla aslında çağdaşlarından farklı olarak Providansiyel İlahi Hukuk Doktrini başlığı altında incelenebilirdi. Ancak gerek fikri düzlemde durduğu yer ve bilhassa Machiavelli'nin düşünceleriyle ilişkisi, gerekse de yaşadığı dönem ve çağdaşlarının düşüncelerini etkilemesi bakımından Bodin'i modern devlet içerisinde tartışmayı daha isabetli bulduk.

¹²² Akal, XVII. yüzyıl İspanyol düşüncesi ve Francisco Suarez'in sosyal sözleşme kuramının ısrarla görmezden geldiğini, bunun nedeninin ise İspanya'nın Avrupa Ekonomik Topluluğuna girene kadar yok sayılmasına ve Suarezin Machiavelli'den Hobbes'a kadar ulaşan tutarlı çizgide aykırı durmasına bağlamıştır. Akal, C. B. (2005). s. 76 – 92.

Bu bölümü meşruiyet merkezli ele aldığımız ve Suarez'in bu anlamıyla sözleşme öncesi düşünürlerden çok farklı katkıları olmadığı için ayrıca incelemeyeceğiz.

kendisini de tıpkı onlar gibi alanının, yani siyaset biliminin kurucusu olarak görmektedir. Teorisiyle Machiavelli'nin fikirlerini gerçek hayatla buluşturmuş, başka bir ifadeyle Machiavelli'yi mümkün hale getirmiştir. İngiltere'deki iç savaşın nedenini mutlak (*absolute*) gücün yokluğunda gören Hobbes, Bodin'in egemenlik bahsinde açtığı yolu takip ederek bir sonuca varmıştır¹²³. Günümüzde halen devlette Hobbes sistemi geçerliliğini korumaktadır. Düşününürün "Leviathan" adlı eseri 1648 Westfalya antlaşmasından 3 yıl sonra 1651 yılında yayınlanmış ve kapağında Leviathan ile nasıl bir canavar tasavvur ettiğini göstermiştir¹²⁴. Tasavvur edilen canavar; bir elinde kılıç, diğerinde kral asası olan, kral tacı takmış, bedeni ve kolları sosyal sözleşmeyi akdeden insanlardan oluşan, dağların üzerinden göğe doğru yükselirken altında devlete ve kiliseye ait sair kurumları barındıran bir şekle sahiptir¹²⁵.

Hobbes ilk hesaplaşmasını Aristoteles ile yapar ve insanoğlunun "Politik bir hayvan" olduğu savı ile toplum halinde yaşama güdüsüne sahip bulunduğu tezini reddeder¹²⁶. İnsanların neden birlikte yaşadığı noktasında Aristoteles'ten ayrılır¹²⁷. Eserinin ilk bölümünün başlığı "İnsan Üzerine"dir ve henüz giriş kısmında insan doğası ve psikolojisine ilişkin açıklamalarla kitabına başlar. Tabiat halinde insanlar

¹²³ Ardito, A. M. (2015). *Machiavelli and the Modern State The Prince: The Discourses on Livy, and the Extended Territorial Republic*, Cambridge, Cambridge University Press. s. 206.

¹²⁴ Leviathan'dan Seçme Parçalar için bkz, Tunçay, M. (2014). *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, (çev. Lim, S) 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 201 – 251.

¹²⁵ Oxford Üniversitesi yayınlarının dünya klasikleri serisinde 1998 yılında tekrar basılan eser aynı kapağı taşımaktadır. Hobbes, T. (1998). *Leviathan*, Yay. Haz. Gaskin, J. C. A., New York: Oxford University Press.

¹²⁶ Arılar ve karıncalar gibi bazı canlılar bir arada yaşamaktadır. Bu tür canlılar birbirleriyle sosyalleşirler. Birlikte yaşamaktan başka şansları da yoktur zaten. Benzer düşünce ve arzuları vardır. Aynı zamanda bu halden kaynaklı müşterek faydaları da mevcuttur. Fakat insanoğlu farklıdır. 6 adımda açıklar bu farkı;

İnsanlar, şeref ve haysiyet hususunda sürekli yarış halindedirler,

İnsanlar arasında müşterek faydanın tespiti daha zordur, kişiler kendilerini diğer insanlarla kıyaslayarak yüksek üne sahip olmayı önemserler,

İnsanlar diğer canlılardan farklı olarak düşünen canlılar oldukları için her biri toplumu yönetme konusundan diğerinden daha iyi olduğunu iddia edebilmektedir,

Diğer canlılar hep türdeş oldukları için benzer arzu ve şehvetleri taşımalarına rağmen insanlar arasında ciddi bir çeşitlilik vardır ve birinin iyi dediğine diğeri kötü diyebilmektedir,

İnsanlar diğer canlıların aksine türdeşlerine güçlük çıkarabilmekte şayet biri zekâsına ilişkin kabiliyetini ispatlayabildiyse yönetimi de ele geçirebilmektedir,

Son olarak da diğer hayvanlar arasındaki anlaşmanın doğal olduğunu, insanların arasındakinin ise yapıntı yani belirli bir mukaveleye bağlı olduğunu söyler.

Hobbes, T. (1998). *Leviathan*, (Yay. Haz. Gaskin, J. C. A.), New York: Oxford University Press, s. 112-113. (Chapter 46.)

¹²⁷ Hobbes'un bu aykırı düşüncesini şekillendiren önemli etkenlerden birisi de kuşkusuz yaşadığı dönemdir. Yaşadığı dönemin genel karakterini teşkil eden Britanya ve Fransa'daki gruplar, vilayetler ve sınıflar arasındaki nefret ve gizli düşmanlık Hobbes'un insanı içtimai bir varlık olarak görmemesinin sebeplerindendir.

Güriz, A. (1955). Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasal Fikirleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1-2, s. 306.

öyle eşittir ki, vücut ve zihin kabiliyetleri bakımından aralarında hiç bir fark yoktur. Ama vücudunda diğerlerine oranla daha fazla kuvvet tezahür etmiş ve zihnen diğerlerinden üstün insanlar bulunabilir. Fakat hep birlikte bulundukları hal içinde mütalâa edildiğinde, insanlar arasındaki kuvvet ve akıl farkı, öyle pek nazara alınmaya değecek kadar önemli değildir¹²⁸. Bedensel anlamda daha güçlü olanlar veya daha kurnaz olanlar, ancak tüm bu yeteneklerini birlikte ele alarak kendileri lehine faydalar sağlayabilmekteydiler. Daha az güçlü olanlar ise gizli entrikalar veya kendileri gibi olanlarla birleşerek, daha güçlü olanlarla aynı şekilde tehlikeli olabilmektedirler¹²⁹. Böylelikle avantajlı durumda olanların dahi kendilerini güvende hissedemedikleri bir tablo ortaya çıkmaktaydı. Herkesin herkesten korktuğu, bilinmeyen bir geleceğin ve kadim bir belirsizlik halinin yaşandığı bir dönemdi doğa durumu. Hobbes'ta ifadesini bulan "insan insanın kurdudur" (*homo homini lupus*) deyimini, bu dönemi tasvir eden en net özetir¹³⁰.

Doğa haline ilişkin Hobbes'un çizdiği bu tablo, kendi teorisinin de temelidir. Kendi yaşadığı döneme kadar gelen Aristotelesçi yaklaşımı, net bir şekilde reddeden ve kitabının önemli kısmını buna ayıran Hobbes çeşitli varsayımlarla haklı olduğunu kanıtlar gibi görünse de; tarihin herhangi bir evresinde bu şekilde bir doğa durumunun yaşanmış olabileceğine dair herhangi bir kanıt getirememesi, teorisinin en cılız yanını oluşturmaktadır. Bir kurguya dayanan bu tespitler delilden yoksun olmasına rağmen ikna edicilikten uzak değildir. Çünkü varsayım temelli olması sayesinde Hobbes, tüm fikirlerini eserine vurgulu bir şekilde yansıtma imkânına sahip olabilmıştır.

Hobbes'un yanıt aradığı temel soru; otoriteyi neyin mümkün kılacağı ve bireylerin hangi motivasyonla otoriteye itaat edecekleridir. O'na göre doğa durumundaki güvensizlik hali insanları barışı aramaya teşvik etmiştir. Burada insanları temelde güdüleyen şey "akıl" değil "korku" olmuştur. Korku insanları belirli bir iktidarın altında yaşamaya zorlamıştır¹³¹.

¹²⁸ Zabunoğlu, Y. K. (1957). Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1-2, s. 230.

¹²⁹ Hobbes, T. (1998). *Leviathan*, Yay. Haz. Gaskin, J. C. A., New York: Oxford University Press, s. 82. *Leviathan*'ın Türkçe çevirisi için bkz. Hobbes, T. (2008). *Leviathan*, (Çev. Lim, S.) 7. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

¹³⁰ Akın, İ. (2013). s. 92.

¹³¹ Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Mutlak Monarşiye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, s. 829.

İnsanlar bir araya gelerek bir sözleşme akdetmiş ve kendilerinde bulunan tüm hakları, geçmiş – şimdiki – gelecek zamanı da kapsayacak şekilde ölümlü Tanrı'ya vermişlerdir. Sözleşmeyle birlikte insanların ihkak-ı hak yoluyla kendi haklarını alma teşebbüsleri de batıl hale gelmiş, haksızlığa uğrayanların haklarına kavuşmak için Leviathan'a başvurma mecburiyetleri doğmuştur¹³².

Sözleşme tamamı birbirine eşit olan insanlar arasında akdedilmiş ve yalnızca insanlar o zamana kadar kendilerine ait olan haklarını kullanmaktan vazgeçerek haklarını devretmişlerdir¹³³. Leviathan ise sözleşmeye taraf değildir. Leviathan, insanların kendilerine bir esenlik ortamı sağlaması umuduyla oluşturdukları bir yapıya karşılık gelmektedir. Ancak Leviathan, bu yapıyı sağlayacağına, koruyacağına, bozulması halinde eski haline getireceğine dair herhangi bir taahhütte bulunmamıştır. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan Leviathan “mutlak” bir egemendir. Sosyal sözleşme neticesinde herkes kendi haklarından feragat ederek doğa durumundan çıkarken “Leviathan” doğa durumunda kalmaya devam etmiştir¹³⁴.

İnsanlar doğa durumunda herhangi bir kural ile bağlı olmaksızın rekabet içinde yaşarlarken, sosyal sözleşme sonrasında bir egemenin kurallarına bağlı olarak eşit şekilde yaşamaya başlamışlardır. Hobbes insan tabiatına ilişkin yaptığı tespitlerin sözleşme sonrası da geçerli olduğunu ancak yeni rekabet ortamının bir düzenleyicisi olduğunu savunmuştur. Doğa durumunda mutlak özgürlük ve eşitlik içerisinde ölümüne yarışan insanlar, sosyal sözleşme sonrası egemenin çizdiği sınırlar içerisinde kendilerine müsaade edilen ölçüde yarışır hale gelmişlerdir¹³⁵. Hukuk, insanların egemenin belirlediği sınırlar içerisinde özgürce hareket etmelerini teminat altına almaktadır¹³⁶.

¹³² Hobbes, T. (1998). 14. Bölüm özellikle s. 93-95.

¹³³ Güriz sözleşmenin muhtevasını şöyle aktarır:

"kendi kendimi idare etmek için malik bulunduğum hak ve iktidarı bu şahsa veya meclise, başkalarının da aynı hak ve iktidarı bu şahsa veya meclise bırakmaları şartıyla devrediyorum"

Güriz, A. (1955). s. 306.

¹³⁴ Sullivan, V. B. (2004). *Machiavelli, Hobbes, and the Formation of a Liberal Republicanism in England*, Cambridge: Cambridge University Press. s. 105-106.

¹³⁵ Bulut, N., (2002). Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yaşama: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı, içinde *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II. İstanbul: Beta Yayınları, s. 1397.

¹³⁶ Hukukun amacı kişilerin hür iradesiyle yapacakları eylemlere engel olmak değil, fakat onları kendi arzuları neticesinde birbirlerine zarar verebilecekleri eylemlerden alıkoymaktır. Başka bir deyişle hukukun gayesi, seyahat edenlerin önlerine set çekerek onları durdurmak değil, onları yolda tutmaktır.

Hobbes, T. (1998). 30. Bölüm s. 230.

Hobbes'a meşruiyet penceresinden baktığımızda, karşımıza o zamana kadar göremediğimiz kadar berrak bir tablo çıkar. Hobbes'a göre hukuk ilk defa yapılmaktadır ve bu konuda yetki yalnızca egemene aittir. Kısaca şöyle tanımlar hukuku; hukuk, egemenin hukuk olarak tanımladığı şeylerin tamamıdır¹³⁷. Egemen tarafından ihdas edilen hukukun bir özelliği de adaletsiz ol(a)mamasıdır. Çünkü egemen aynı zamanda adalete de kaynaklık etmektedir. Hukukun adil olup olmadığına ilişkin değerlendirmeyi ancak egemenin kaynaklık ettiği kriterlerle yapılabileceğine göre hukuk kurallarını tamamının adil olduğu sonucu doğmaktadır¹³⁸.

Daha sonra inceleyeceğimiz hukuki pozitivizm ile oldukça benzer olan bu görüşte teorik olarak da olsa meşruiyet tam manasıyla sağlanmış olmaktadır. Meşruluğu test edebilecek tüm verilere de kaynaklık eden egemenin meşru olmadığına dair herhangi bir sonuç çıkarabilmek ise mümkün olamamaktadır.

4.3.2. John Locke (1632 – 1704)

1632 yılında İngiltere'nin kuzeyinde yer alan Wrington köyünde doğan John Locke, klasik liberalizmin kurucularından olup, aydınlanmanın da en önemli filozoflarından biridir¹³⁹. Eserlerinde gelenek ve otoriteden kurtulmak gerektiğini ve insanlığın aklın kılavuzluğunda hareket edebileceğini savunur. İnsanların doğuştan getirdikleri temel haklarını, eşitlikçi ve özgürlükçü bir şekilde sürdürebileceklerini öne süren düşünür, mutlakiyet yönetimine de en sert karşı duruşu sergiler. Bu nedenle dönemin üç büyük devrimi olan İngiliz, Fransız ve Amerikan devrimlerinin ardındaki fikir adamı olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de, Amerika Bağımsız bildirgesini kaleme alan kurucu babalarından ve aynı zamanda ABD

¹³⁷ Hobbes, T. (1998). 42. Bölüm s. 359.

¹³⁸ Meşruiyeti günümüzdeki laik ve dinden bağımsız çizgisine en fazla yaklaştıran düşünür Hobbes olmuştur. Hobbes'un bu katkısını Salihpaşaoğlu şöyle aktarır:

"Hobbes, Tanrı'nın emirleri ile cismani egemenin emirleri arasında kalan bir Hristiyan'ın cismani egemene itaat etmesini sağlayacak bir çözüm arayışına girdi. Çözümü yine Hristiyanlığın kutsal metinlerinde buldu. Hristiyanlığın sosyal ve siyasal hayattaki rolünü minimize eden bu çözüme göre, "kurtuluş için İsa'nın Mesih olduğuna inanmak" yeterliydi. Dini, Mesih'e imana indirgeyen ve Hristiyanlığın diğer kurallarını önemsiz hâle getiren bu çözüm, din-devlet ilişkilerinde yeni bir anlayışa işaret etmekteydi. "Adı var kendi yok" deyişiyle ifade edebileceğimiz içi boşaltılmış bir Hristiyanlık öneren bu anlayış, günümüz seküler toplumuna göz kırpmaktaydı ve dinin günlük hayattan uzaklaştırılmasıyla din ve devlet arasındaki kadim mücadeleyi sonlandırmayı amaçlamaktaydı."

Salihpaşaoğlu, Y. (2013). s. 848.

¹³⁹ Vernon, R. (der.) (2010).(ed.) *Locke on Toleration*, (çev. Silverthorne, M.), Cambridge: Cambridge University Press. s. xxxiii

üçüncü başkanı olan Thomas Jefferson, Locke'un bu görüşlerinden ilham almıştır¹⁴⁰.

Doğal özgürlük ve eşitlik yanlısı olan Locke, yaşam hakkı, özgürlük ve mülkiyet gibi temel hakların tabiatla var olduğunu savunur. Düşünüre göre, tabii olan bu haklara müdahale kabul edilemez. Zaten devlet, doğa durumunda bulunan haklar ve özgürlükler güvenceye bağlansın diye oluşturulmuştur. Devletin bu hak ve özgürlüklere düşmanca tavır içerisinde girmesi, yabancılaşmadır¹⁴¹. Bu nedenle iktidar ancak sınırlı olduğu takdirde meşru olabilecektir. Bu sınırın ise kuvvetler ayrılığı ile tesis edilebileceğini savunur. İktidar şayet yetkilerini hor kullanarak insanların doğal haklarına tecavüz etmeye kalkışırsa, bunun karşısında bireylerin devrim yapma hakkı olduğunu belirtir¹⁴².

Locke iktidarın herhangi bir sebep olmaksızın, durduk yere ortaya çıkan bir şey olmadığını farkındadır. Görüşlerini, uygar yönetim üzerine iki inceleme (*Two Treatises of Civil Government*) isimli eserinde toplamıştır¹⁴³. Daha ziyade İncil kritiği ve analizi içeren ilk kitap ikincisine nazaran daha kapsamlıdır. Eser, aynı zamanda kendisinden 10 yıl kadar önce Sir Robert Filmer tarafından kaleme alınan "*Patriarcha: Or The Natural Power of Kings*"¹⁴⁴ adlı eserinde ileri sürdüğü görüşleri çürütmeye adanmıştır. Locke tarafından sert bir şekilde eleştirilen Filmer'in teorisi şu şekildedir;

Tüm hak ve sorumluluklarımız kaynağını Tanrı'nın buyruğundan alır. Hz. Adem'in Hz. Havva ve kendi soyu üzerinde sınırsız, koşulsuz ve eşsiz bir hükmetme yetkisi vardı. Tüm dünya ve içinde yaşayanlar Hz. Adem'in mülküydü ve onun üzerinde dilediği şekilde tasarrufta bulunma hakkı bulunuyordu¹⁴⁵. Buradan insanların doğal olarak eşit olmadığı, Hz. Adem'in soyundan gelenlerden

¹⁴⁰ Eroğlu, M. (2010). John Locke'un Devlet Teorisi, *Akademik Bakış Dergisi*, S. 21, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010, s. 2.

¹⁴¹ Selçuk, S. (1998). *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, s. 13.

¹⁴² Bravo, I. B. (2012). Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 23. Kitap, (der. Üye, S.; Uygur, G. ve Ökçesiz, H.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. s. 75-77. ss. 72-79

¹⁴³ Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'den Seçme Parçalar için bkz, Tunçay, M. (2014). *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, (çev. Tunçay, M.) 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 253 – 294.

¹⁴⁴ Kitabın tam metni için bkz. <http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm> (erişim tarihi:31.12.2014)

¹⁴⁵ Bu teori Kutsal Kitabın (İncil) Yaratılış (Genesis) bölümü 28. Ayetinde de temelini bulmaktadır. Tanrı insanoğluma: "Yeryüzünü doldurun ve denetiminize alın; denizdeki balıklara, gökteki kuşlara, yeryüzünde yaşayan bütün canlılara egemen olun." şeklinde emir vermektedir.

bir kısmının kendisinden insanlar üzerindeki yönetim hakkını miras olarak aldığını savunmuştur¹⁴⁶.

Locke bu görüşü, insanların bir kısmının doğuştan köle olduğu kabulüne dayandığı için net bir biçimde reddeder. Bu görüş aynı zamanda, Locke'un hayatı boyunca savaştığı, kralın mutlak ve Tanrısal hukuku teorisine kaynaklık etmektedir¹⁴⁷. Ancak, Tanrının varlığı ve insanların Tanrı tarafından yaratılmış olması hususunda Locke'un herhangi bir şüphesi yoktur. Tanrı yeryüzündeki tüm varlıkları kendileri için belirlemiş olduğu kanunlara göre yarattığı gibi insanı da belirli kurallar ya da hayat modeline göre yaratmış ve onlara bu kanunlara göre yaşama sorumluluğu yüklemiştir¹⁴⁸. Hobbes gibi kendisi de sosyal sözleşme taraftarı olan Locke, bu görüşlerini sosyal sözleşme kuramı ile birleştirmiştir. Hobbes'tan farklı olarak Locke, doğa durumunu mükemmel özgürlüğün olduğu ortam olarak tanımlar. Aristoteles, doğa durumunu bir ailenin, bir polisin, belirli bir toplumun üyesi ve aileye veya içinde yaşanılan topluma belirli sorumluluklarla bağlı olduğunu iddia ederek açıklarken, Locke herhangi bir otoriteye veya mükellefiyete bağlı olunmadığı bir zaman olarak kurgular. Bir otorite olmamasına rağmen doğal hukuk, barışı arzular ve tüm insanoğlunu korur¹⁴⁹.

Doğal hukuk, Locke'a göre Kadir-i Mutlak ve sonsuz âlim olanın zanaatıdır (*workmanship of one omnipotent and infinitely wise maker*)¹⁵⁰. Bu zanaat, kişilerin birbirlerinin can, mal ve özgürlüğüne dokunmama yükümlülüğünü de içermektedir. Kişilerin haklarının ihlal edilmesi durumunda ise kişiler kendilerini koruma yetkisiyle donatılmışlardır. Şu halde, her ne kadar Locke doğa durumunu Hobbes'tan tamamen farklı ve hatta Aristoteles'e yakın bir şekilde kurgulamışsa da, kişilerin ellerinde bulunan kendilerini koruma yetkisi sayesinde ön gördüğü barış ortamı kısa sürede Hobbes'un kurguladığı doğa durumu şekline evrilme potansiyelini barındırmaktadır.

Buradan hareketle Locke, Hobbes'un çizdiği karanlık doğa durumu tablosunu aklında tutarak, insanların iktidar altında yaşamasının rasyonel

¹⁴⁶ Filmer, R. (1680). *Patriarcha: Or The Natural Power of Kings*, Ch. 1. Sec. 8. . <http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm> (erişim tarihi:31.12.2014)

¹⁴⁷ Akarsu, B. (1961). John Locke'un Devlet Felsefesi, *İstanbul Üniversitesi Feslefe Arkivi Dergisi*, S. 12., s. 73.

¹⁴⁸ Çetin, İ. (1995). *John Locke'da Tanrı Anlayışı*, Ankara: Vadi Yayınları, 171-172.

¹⁴⁹ Vernon, R. (der.)(2010). s. 48.

¹⁵⁰ Locke John, *The Second Treatise of Government*, chapter 2, section 6. <http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/locke1689a.pdf> (erişim tarihi: 02.01.2015)

sebeplerini araştırır. Hükümet Üzerine İkinci İnceleme başlıklı kitabının 8. Bölümünün başlığı “Siyasi Toplumun Başlangıcı”dır ve bilhassa 95 ile 96. kısımlarda meşru iktidarın rızadan geldiğini, rızanın ise çoğunluğun yönetiminde olduğunu iddia eder¹⁵¹. Asli kurucu iktidar hariç herhangi bir kimsenin rızasının alınıp alınmadığı hususu ise muammadır. Bu sorunu ortadan kaldırmak için yeni doğan bir çocuğun belirli bir olgunluğa ulaştıktan sonra uyruğunu seçebilme hakkından bahsetmektedir. Aynı bölümün 118. kısmında bu konuyu bir örnekle açıklar: İngiltere vatandaşı bir çiftin, Fransa toprağında bir çocuğu dünyaya gelse, çocuk her iki devletin de vatandaşı olmaz. Çocuk mümeyyiz (*age of discretion*) olduğunda hangi devletin otoritesini kabul ettiğini beyan eder ve bu vesileyle seçtiği devletle bu hususta bir anlaşma imzalamış olur¹⁵². Locke konuyu bu kadar somut bir örnekle açıklamayı tercih etmesine rağmen, bahsettiği anlaşmaya ve bu anlaşmanın nasıl imzalanacağına veyahut imzalanmış sayılacağına dair ayrıntıları vermekten kaçınır. Ancak herkesin açık bir rıza veremeyeceğinin farkında olduğu için, bir de zımni rızadan (*tacit consent*) bahseder. Vatandaşın sessiz kalması durumunun hangi hallerde zımni rızaya tekabül edeceği hususunu da detaylandırmamıştır.

Sosyal sözleşme neticesi oluşan devlette sınırlı iktidarı hayata geçirebilme adına kuvvetler ayrılığını savunur. Burada en üste yasama kuvvetini yani parlamentoyu yerleştirir. Hukuk yapımının önemi üzerinde durur. Ancak yasamanın iradesini yansıtan yürütmeye de oldukça fazla yer verir. Sözleşme sonucu ortaya çıkan ve emsalleriyle doğa durumunda yaşamaya devam eden devletin, savaş ve barış konusunda karar verecek olan organını ise diğer iki kuvvet dışında üçüncü bir kuvvet olan federal kuvvetin (*Federative Power*) yetki sahasına bırakmıştır. Yürütme ise yasamanın iradesine göre görev yapmakla beraber aynı zamanda kamu yararını da sağlamaya yönelik takdir hakkıyla donatılmıştır. Kuvvetler arasında çıkabilecek olası bir uyuşmazlığın giderilmesinde herhangi bir mahkemenin yetkilendirilemeyeceğini iddia eder ve böyle bir halin gerçekleşmesi ihtimalinde toplumun bu yargılamayı yapacağını ve devrim hakkını kullanabileceğini salık verir¹⁵³.

¹⁵¹ Locke, J. (2003). *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, (der: Shapiro, I.), New Haven ve London: Yale University Press, s. 141-142.

¹⁵² Locke, J. (2003). s. 152.

¹⁵³ Locke, J. (2003). s. 164-165.

Lokce’u kendisinden önceki düşünürlerden ve bilhassa Hobbes’tan ayıran en önemli fark, “mutlak” iktidara karşı getirdiği direnme ve devrim hakkına ilişkin düştüğü şerhtir. Doğa halinde zaten huzur içinde yaşayan insanlar, bu huzurun bozulması durumunda düzeni yeniden tesis etme haklarını, yani cezalandırma hakkını Devlete vermişler, bundan da başka bir hak devretmemişlerdir. Devlet yalnızca iç ve dış tehditlere karşı, hayat, hürriyet ve mülkiyetin korunmasından mesul bir enstrümandır. Bu nedenle devlet ancak aldığı haklar nispetince işlem yapmaya ehildir. Bu sınırı aştığı anda (aşıp-aşmadığına karar verecek olan da toplumdur) karşısında direnme/isyen ve devrim hakkını bulur¹⁵⁴. İktidara ilişkin teoriler Locke’a kadar herhangi bir sınır öngörmemişlerdir. İktidar yalnızca insanların barış içinde yaşamasını temin etmekle mükellefi ve başkaca da bir sorumluluğu yoktu. Bu mutlakiyetçi anlayışta egemen şayet bu amaca hizmet ediyorsa, meşruluğa da sahip olabiliyordu. Locke ise egemene daha fazla performans yüklemiş ve ilk kez onun bir sınırı olduğuna işaret etmiştir. Bu sınır, egemenin veya eyleminin meşru olup olmadığı hususunu değerlendirmede bize rehberlik eder. Devlet iktidarının sınırlandırılmasının yani anayasacılığın ilk adımı olan görüşler ise ilk defa bu bakış açısı neticesinde ortaya çıkmıştır¹⁵⁵.

Sosyal sözleşme Locke’ta temelde iki amaca hizmet eder. Bunlardan ilki insanların doğal yönetme doğal kapasitesi bakımından eşit sayılmalarıdır. Buna bağlı olarak ikincisi ise; yönetimin meşru olarak kabulünün ancak rızaya dayanarak mümkün olabileceğidir. İnsanların yönetimden razı olmasının anahtarı ise iktidarın kişilerin özgürlüğünü ve yaşama hakkını da kapsayan geniş anlamda mülkiyet hakkına saygı göstermesi ve iç ve dış güvenliği sağlayarak kamu yararını tesis etmesidir¹⁵⁶. İktidar tüm bunlara riayet ettiği oranda meşruiyeti haizdir. Meşruiyetin tabiatı da bu tanımlamayla birlikte değişmekte, belli bir amaca yönelik olarak tesis edilen iktidarın kuruluşunda aranan meşruiyet Hobbes ve Machiavelli’deki anlamlarından uzaklaşarak, yalnızca kuruluş aşamasında aranan bir nitelik olmaktan çıkıp her daim iktidarın sorgulanabileceği bir mecraya kavuşmuş olmaktadır.

¹⁵⁴ Gülsoy, M. T. (2000). John Locke’un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, s. 292-293.

¹⁵⁵ Örüçü, E. (1967). John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 3-4. s. 188-192.

¹⁵⁶ Coşkun, V. (2009). s. 83.

4.3.3. Jean–Jacques Rousseau (1712 – 1778)

Jean–Jacques Rousseau 1712 yılında Cenevre’de doğmuştur. Gençliğinde Cenevre’nin yönetiminin doğrudan demokrasi olduğunu zannederken, esasında idarenin yalnızca 25 kişilik bir heyetin elinde olduğunu müşahade etmiş ve bunun despotluk olduğunu savunmuştur. Aynı zamanda devleti yalnızca kendinden ibaret sanan kralların, tüm haklardan yoksun halkı köle gibi çalıştıran feodal aristokratların ve geniş toprakları mülkiyetinde bulunduran ve krallığa destek olan kilisenin neden olduğu derin sosyal bunalımı yaşamıştır. Dönem şartlarına meydan okuyan düşünür, fikirlerini demokratik, liberal ve ferdiyetçi bir çizgiye oturtmuştur¹⁵⁷.

Rousseau’nun doğa durumuna bakışı da oldukça farklıdır. Doğa durumunu açıklamaya başlamadan evvel, tarihin insan tabiatını dönüştürdüğünden bu nedenle de sözleşme öncesi insana bakışın ancak tasavvur ve tahayyül dairesi içinde sınırlı olabileceğinden bahseder ve doğa durumu tasavvurlarının tamamının kurgusal bir eylem olduğu ön kabulüyle başlar açıklamalarına. Doğa durumuna dair Hobbes ve Locke tarafından ortaya atılan fikirleri, insan doğasının onların tasavvurlarından çok daha yabani ve hayvana yakın olduğu savıyla reddetmiştir. Aristoteles’in savunduğu insanın konuşma ve düşünme yeteneğiyle doğuştan donatılmış olduğu tezine de, “dil”in ancak toplumla birlikte ortaya çıkmış olabileceği iddiasıyla karşı çıkmaktadır¹⁵⁸. Rousseau, bireylerin birlikte yaşamasını kaçınılmaz olarak görürken Aristoteles’in “insanın politik bir hayvan” olduğu iddiasını da reddeder ve tabiatın insanlara kimin yönetici olacağına dair bir reçete sunmadığını savunur. Buna rağmen otoritenin meşruiyetinin temelini yine insan doğasında bulur ve genel iradede bahsederken insandaki eşsiz adalet duygusuna değinir¹⁵⁹.

Rousseau, doğa durumu tasavvurunda insanoğlundaki farklı bir özelliğe, “merhamete” yer ayırmıştır. Doğa durumundayken merhametli bir varlık olan

¹⁵⁷ Erdinç, T. (1974). Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 40, S. 1-4, s. 299-301.

¹⁵⁸ Rousseau “Vahşi İnsan” olarak tanımladığı insanların iyi olmayı bilmedikleri için kötü olmadıklarının dahi iddia edilebileceğini, onları kötülükten alıkoyan şeyin ise tutkularının yatışması ve kötülüğün bilinmemesi olduğunu ifade etmiştir. Rousseau, J. J. (1990). *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, çev. İleri, R. N. İstanbul: Say Yayınları, Dördüncü Basım, s.119. Erdinç, T. (1974). s. 304.

¹⁵⁹ Rousseau, J. J. (1994). *The Social Contract*, çev. Betts, C. New York: Oxford University Press. s. 46-50. Eserin Türkçe Çevirisi için bkz. Rousseau, J. J. (1999). *Toplum Sözleşmesi*, çev. Erenuluğ, A. Ankara: Öteki Yayınları, Toplum Sözleşme’sinden Seçme Parçalar için bkz. Tunçay, M. (2014). *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi*, çev. Günyol, V. 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, ss. 381 – 421.

insan, toplumsallaşmasıyla birlikte Hobbes ve Locke'ta da rastlanan şan, şöhret, kahramanlık gibi tutkular nedeniyle bu merhamet duygusunu kaybetmiştir. Rousseau toplumsallaşma neticesinde insanlarda beliren baskın duyguya, Türkçeye “öz saygı” ya da daha eski bir ifadeyle “izzet-i nefis” olarak çevirebileceğimiz “*amour-propre*” demektedir. Şu halde, madem “*amour-propre*” kişiyi ruhunda kötülük besleyen bir hale sokmaktadır, kişiler toplumdan ayrılmayı veyahut da topluma hiç dâhil olmamayı tercih ederek bu tehlikeyi savmayı tercih edebileceklerdir. Bu ihtimali değerlendiren Rousseau, insanların toplum hayatını bırakmalarını mümkün görmediği gibi tercihe şayan da bulmaz. Kişilerin toplum hayatında iyi olabileceklerini ve “*amour-propre*”un aynı zamanda bireyler için iyiliklere de kaynaklık edebileceğini savunmuştur¹⁶⁰.

Rousseau, sosyal sözleşme kitabının birinci bölümüne, vurgulu bir yargıyla, “*İnsanoğlu özgür doğar fakat her yerde zincire vurulmuştur*”¹⁶¹ ifadesiyle başlar. Düşünür, insanların hürriyete sahip olduğu sözleşme öncesi doğa durumundan bahsediyorsa da esasında Hobbes ve Locke’u tenkide yer ayırırken detaylı bir tasvirten kaçınmaktadır. Netice itibarıyla insanlar toplum halinde bir devletin egemenliği altında yaşamaktadır ve bunun öncesi üzerine detaylı düşünmeye gerek bulunmamaktadır. Sözleşmenin ne zaman ve hangi şartlar altında imzalandığını araştırmak da lüzumsuzdur; böyle bir sözleşmenin akdedildiğini varsaymak gerekli ve yeterlidir. Rousseau, sözleşmenin mevcudiyetini değil meşruiyetini sorgulamaktadır¹⁶².

Rousseau’yu çağdaşı pek çok düşünürden ayıran ve günümüze kadar etkisinin devam etmesini sağlayan fark, hiç şüphesiz meşruiyete ilişkin ortaya attığı “genel irade” kavramıdır. Toplum sözleşmesi neticesinde oluşan toplumda her birey canını ve malını koruma altına alırken aynı zamanda genel irade sayesinde herkesin yalnızca kendi kararlarına itaat ettiği doğa durumundakine benzer özgür bir birlik doğmaktadır. Bu sözleşme neticesinde meşru egemen genel irade olmaktadır. Burada sözleşme neticesinde ortaya çıkan bir

¹⁶⁰ Kolodny, N. (2010). The Explanation of Amour-Propre, *The Philosophical Review*, Vol. 119, No. 2, Duke University Press. s. 167-168.

¹⁶¹ “*Man was born free, and everywhere he is in chains.*” Rousseau, J. J. (1994). s. 45.

¹⁶² Abadan, Y. (1941). Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7, S. 1, s. 270.

Leviathan'dan değil kolektif hareket eden toplumun kendisinden bahsetmektedir¹⁶³.

Genel iradeden çıkan bir diğer sonuç da, herkesin iştirakiyle çıkan kanunlara bireylerin uyma sorumluluğudur. Kanunun buyurduğunu yapma özgürlüğü, kişilerin “ahlaki özgürlüğü” anlamına gelmektedir. Ahlaki özgürlük, kişinin kendi koyduğu kurallara uyarak kendinin efendisi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu önermede özgürlük kanunla başlar. Bireylerin kendi arzu ve ihtiraslarına göre hareket etmeleri kölelik, kanunlara bağlı olarak yaşam sürdürmeleri ise özgürlüktür. Bireysel fayda ile kamusal fayda arasındaki ilişki de tıpkı ahlaki özgürlükte olduğu gibi kurulur ve toplumdan ayrı olmayan bireyin kamusal faydayı sağlamak için yaptığı tüm hareketler aynı zamanda bireysel anlamda da fayda sağlar sonucuna ulaşılır. Bu iki fayda arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Çünkü devletin olmadığı yerde birey bir hiçtir. Buradan hareketle egemene, genel iradeye uymayanları ona uyarak “özgür” olmaya zorlama hakkı tanımaktadır¹⁶⁴. Akbay, bu tabloyu şöyle ifade eder: “*Her birimiz, umumi iradenin yüksek idaresi altında nefsimizi ve bütün iktidarımızı birleştiriyor ve her aza bütünün ayrılmaz bir parçası oluyor*”¹⁶⁵.

Rousseau, kanunların meşruluğunun yasama faaliyetine tüm toplumun katılması halinde sağlanabileceğine işaret etmiştir. Burada kastedilen çıkarılacak olan kanunun muhtevasında herkesin ittifak etmesi değil, yalnızca yapım aşamasında katılmasıdır. Bu sebeple Rousseau en fazla yasama kuvvetini önemser ve onun toplum sözleşmesinin akitlerinden oluşması zarureti vurgu yapar. Yasalar tam katılım koşuluyla genel iradenin konusunu oluşturmaktadır¹⁶⁶. Bu manasıyla egemenlik asla devredilemez, yalnızca başka kuvvetler eliyle ifade edilmesi mümkün olabilir. Bu denklemde her birey, birlik olarak “halk”, egemen otoriteye katılan olarak “yurttaş” ve devletin yasalarına boyun eğmekle mükellef olarak “uyruk” adını alır¹⁶⁷.

¹⁶³ Viroli, M. (2003). *Jean-Jacques Rousseau and The “Well-Ordered Society”*. Çev. Derek, H. Cambridge: Cambridge University Press. s. 126.

¹⁶⁴ Marks, J. (2005). *Perfection and Disharmony in the Thought of Jean-Jacques Rousseau*, New York: Cambridge University Press. s. 80-81.

¹⁶⁵ Akbay, M. (1948). s. 34.

¹⁶⁶ Pettit, P. (1998). *Cumhuriyetçilik: Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi*, Çev. Yılmaz, A., İstanbul: Ayrıntı Yayınları, s. 326.

¹⁶⁷ Rousseau, J.J. (2002) *The Social Contract and The First and Second Discourses*, Der: Dunn, S. Book I, Ch. VI. New Heaven: Yale University Press, s. 164.

Genel irade, sözleşmeye taraf olan her bireyi içine alan bu kolektif bedendir. Rousseau'nun Sosyal Sözleşme eserinin dördüncü kitabının ilk bölümü "Genel İrade Yok Edilemez" başlığını taşımaktadır¹⁶⁸. Yalnızca bu başlık dahi Rousseau'nun nasıl bir genel irade tasavvuruna sahip olduğunu göstermeye yetmektedir. Genel irade, yok olmaz, hiçbir zaman değişmez, bozulmaz, saflığını yitirmez, asla yanlışa düşmez, her daim doğruyu temsil eder ve ahlaki bir kesinlik taşır. Adaletin de tek meşru kaynağıdır¹⁶⁹. Şu halde, bir kavram olarak "meşruluk" nihai olarak Rousseau'nun genel iradesinde tecessüm etmektedir¹⁷⁰.

4.3.4. Sosyal Sözleşme Kuramı'nın Değerlendirilmesi

Doğa durumunun gerçekten yaşanıp yaşanmadığı veya insanoğlunun eski zamanlarda gerçekten bir sosyal sözleşme (*social contract*) imzalayıp imzalamadığının ispatı mümkün değildir. Kaldı ki, sosyal sözleşme teorisinin böyle bir ispata gerek duyup duymadığı da tartışmalıdır. Kurgusal da olsa bu kuram günümüze kadar devleti ve onun meşruiyetini açıklamada anahtar görev üstlenmiştir. Günümüzde de dünya çapında her yeni anayasa arayışı yeni bir "sosyal sözleşme"ye gönderme yapılarak meşrulaştırılmaktadır. Yeni anayasa ile sosyal sözleşme arasındaki bu bağlantı anayasa kavramının İngilizcesi olan "*constitution*" ile kurucu meclisin İngilizcesi olan "*constituent power*" arasındaki irtibatla dahi etimolojik olarak kolayca çözülebilir¹⁷¹.

Bu kavramsallaştırmanın konuyu açıklamada isabeti tartışmalı olsa da, çağımızda anayasalar sosyal sözleşme kuramına referansla yapılmaktadır. Her ne kadar bir varsayıma dayanıyor olsa da 18. yüzyılın ortalarından itibaren kemikleşmiş bir anlayıştır bu. Çalışmamız açısından önemi ise meşruluğun artık yeni mecrasına oturmuş olmasıdır. Sözleşmenin kendisine, öncesinde yaşananların gerçekliğine veyahut da hangi teorisyenin tasavvuruna göre

¹⁶⁸ "That The General Will is Indestructible" Rousseau, J.J. (2002). s. 227.

¹⁶⁹ Coşkun, V. (2009). s. 81.

¹⁷⁰ Constant, Rousseau'da ifadesini bulan bu mutlak, kutsal ve dokunulmaz egemene, "mutlak" kelimesinin olduğu yerde barışa, mutluluğa ve özgürlüğe yer olmadığından bahisle itiraz etmekte; tek bir birey karşısında bütün ulusun birleşmesi halinde dahi bireyin müdahale edilemeyecek olan egemenlik alanına müdahalenin meşru olamayacağını savunmaktadır. Constant, B. (1988). *Political Writings* Cambridge: Cambridge University Press s. 176-179'dan aktaran, Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s.147.

¹⁷¹ Türkiye'ye ilişkin kapsamlı bir değerlendirme ve çeşitli "kurucu meclis" görünümleri için bkz. Köker, L. (2010). Egemenliği Tartışmak: Yeni Kavramsallaştırmalar Işığında Türkiye'nin Anayasa Sorunu, içinde Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu'na Armağan, Editör: Kulaksız, C. Ankara: Adalet Yayınevi, ss. 453-467.

kurgulandığına bakmaksızın; sosyal sözleşmenin varlığını ve “yeni meşruiyet dayanaklarının menbâı”¹⁷² olduğunu bir veri olarak almaktayız.

Tarihten günümüze meşruiyet kaynaklarının serencamı kabaca şöyle gerçekleşmiştir: Önce İlahi güçten insanoğluna, yani gökten yere, inmiş, sonrasında ise Monarktan, toplumu oluşturan insanlara doğru seyir izlemiştir. 18. Yüzyıl aydınlanma felsefesi ile metafizik temellerden arınarak giderek insan aklı eksenli bir temele oturmuştur¹⁷³. Ancak siyaset felsefesi ve hukuk açısından meşruiyet tartışması burada kapanmamıştır.

Geniş insan topluluklarının kendilerini nasıl yönetebileceği, halen yanıt bekleyen en önemli soru olarak bilim insanlarını meşgul etmektedir. İnsanların tamamının yönetime katılabileceğini öngören ve etimolojik olarak da “*demos*”un (halkın) “*kritei*” yönetimi anlamına gelen demokrasi kavramı ve kuramı, içinde yaşadığımız dünyayla örtüşen, uygulanabilir tanıma muhtaç bir şekilde beklemektedir. Ayrıca meşruiyetin yeni kaynağının millet mi yoksa halk mı olduğu, meşru iktidarın sınırı, parlamentonun egemenliği ve bu egemenliği yürütme ve özellikle de yargı ile paylaşması, bu paylaşımında kabul edilecek ilkeler de belirsizliğini sürdürmektedir. Takip eden başlıkta, bu sorulara demokrasinin verdiği yanıtlar incelenecektir.

5. Demokrasi: ‘Demos’un İktidarı ve Meşruiyeti

İktidarın meşruiyetle ilişkisi önceleri yalnızca Tanrı iradesiyle açıklanırken, sonraları cevheri Tanrı’da kullanım hakkı Monarkta olacak şekilde açıklanmaya başlanmıştır. Machiavelli ile metafizik bağlamdan fikri düzlemde tamamen kopan meşruiyet, daha sonra kaynağını sosyal sözleşme teorilerinde bulacak şekilde yeniden tanımlanmıştır. Meşruiyetin geçirdiği bu düşünsel serüvende geline nokta, yönetilenlerin üzerindeki iktidarın kaynağını doğrudan kendilerine bağlamış ve meşruiyeti de yönetilenlere yani halka endekslemiştir. En net ifadesini Rousseau’da bulan bu yaklaşımda, yöneten ile yönetilen arasındaki fark ortadan kalkmış, yönetilenler kanun yapma faaliyetine katılanlar

¹⁷² Kavram, Vahap Coşkun’a aittir. Coşkun, V. (2009). s. 48.

¹⁷³ Teziç, E. (1991). s. 89. Hakyemez, Y. Ş. (2000). Toplum Sözleşmesi Kavramı ve Günümüz İnsan Hakları Kuramına Etkisi, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 13, S. 1., s. 192.

olarak özne, ortaya çıkan kanunlara tabi olanlar olarak da vatandaş sıfatını taşıyor hale gelmişlerdir¹⁷⁴.

Benzer biçimde Arendt, vatandaşların hukuka ahlaken itaat etmelerinin sebebini, insanların yabancıların değil bizzat kendilerinin iradelerine itaati ile açıklamaktadır. Böylelikle her birey, kendi kendisinin efendisi ve kölesi olmaktadır¹⁷⁵. Sosyal sözleşme kuramıyla başlayan ve halkın kendi kendisini yönetmesine imkân veren sistem demokrasidir. Demokasi ile birlikte halk yani “*Demos*” iktidara gelmiş ve meşruiyet demosla kaim olmuştur. Habermas, vatandaşların hukuki özerkliği (*legal autonomy*) olarak tanımladığı demokrasi denkleminde, kişilerin kendilerini aynı zamanda kanun koyucu olarak görmeleri gerekliliğine dikkat çekmektedir¹⁷⁶.

Demos’un hem yöneten hem de yönetilen pozisyonunu, demokrasinin en kısa ve isabetli tanımı, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Abraham Lincoln 19 Kasım 1863’te *Gettysburg Address* konuşmasında, “halkın, halk tarafından, halk için yönetilmesidir” (*government of the people, by the people, for the people*) şeklinde yapılmıştır¹⁷⁷. Oldukça kısa ve anlaşılır olan bu tanım bir o kadar da soyuttur. Demokrasi, normatif olarak yalnızca bir ideale gönderme yapmaktadır. Bu nedenle Rousseau, hakiki (*genuine*) demokrasi hiçbir zaman mümkün olmadı ve hiçbir zaman olmayacaktır der ve ancak Tanrılardan oluşan bir topluluk kendilerini demokrasiyle yönetebilir, insanoğlu için mükemmel yönetime ulaşmak ise mümkün değildir, diye ekler¹⁷⁸.

Demokrasinin mükemmel bir forma ulaştığı iddia edilemese de çağımızın hâkim siyasi doktrini olduğunu teslim etmek gerekir¹⁷⁹. Bu doktrinin hâkim konuma gelmesi, demokrasi kavramının ve meşruiyet ile ilişkisinin tartışılmasını zaruri kılmaktadır. Demokrasi üzerine çalışmalarda, mükemmel demokrasiye ulaşma arzusunun devam ettiği hemen göze çarpmaktadır. Nitekim demokrasinin tarihten günümüze farklı sıfatlarla anılması da bu arayışı yansıtır.

¹⁷⁴ Cohen, J. L. ve Arato, A. (1997). *Civil Society and Political Theory*, 4. Baskı, Massachusetts: The MIT Press, s. 590.

¹⁷⁵ Arendt, H. (1972). *Crises of the Republic*, New York: A Harvest Book Harcourt Brace & Company. s. 84.

¹⁷⁶ Habermas, J. (1998). *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, (Ed. Cronin, C. ve De Greiff, P.) (İngilizceye Çeviren: Cronin, C.), Massachusetts: The MIT Press. s. 260.

¹⁷⁷ Gienapp, W. E. (2002). *This Fiery Trial: The Speeches and Writings of Abraham Lincoln*, New York: Oxford University Press. s. 184.

¹⁷⁸ Rousseau, J.J. (2002). s. 202.

¹⁷⁹ Özbudun, E. (2010). *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, s. 87.

Takip eden alt başlıklarda, ortaya çıkışından günümüze demokrasinin geçirdiği evreler ve kemale erdirme arayışları incelenmektedir.

5.1. İlk Demokrasi: Antik Yunan

Demokrasi, M.Ö. 4. Yüzyıla kadar Antik Yunan Site Devletlerinde kullanılan yönetim şekli olmasına rağmen, yaklaşık yirmi asır insan toplulukları ve devletlerce tercih edilmemiş, bu uzun aradan sonra yeniden teveccüh görmüştür¹⁸⁰. Demokrasi hafızamızın temelleri, Atina Site devletinde uygulanan ve pek çokları için demokrasinin zirvesi kabul edilen “doğrudan demokrasi” sistemine dayanmaktadır. Araştırmalar, Atina demokrasisinin başarısına ilişkin üç temel noktada yoğunlaşmaktadır: Bunlardan ilki demokrasideki kurumsal yapı, ikincisi demokrasinin idealleri ve bu idealler tarafından şekillendirilen toplum tarafından özümsemesi, üçüncüsü ise demokrasinin sosyal ve kültürel yaşamda mimariden festivallere, edebiyattan tarihe ve felsefeye varıncaya kadar etkisinin esaslı faktör olduğu yönündedir. Sonuçta her etkenin belirli ölçülerde demokrasinin gelişimine katkı sağladığı kabul edilmektedir¹⁸¹.

Atina demokrasisinde yasama organı, yetişkin her erkek yurttaşın doğal üyesi olduğu Halk Meclisi (*Ekklesia*) idi. Meclis, yöneticileri seçmekten, bazı siyasi davalara bakmaya ve dış politikaya varıncaya kadar geniş yetkilerle donatılmıştı. Yılda olağan olarak 40 kez toplanmaktaydı¹⁸². Meclis başkanı her toplantı için kura yoluyla belirlenmekteydi. Ayrıca halk meclisinin içinden kura yoluyla seçilen ve görev süresi 2 yılla sınırlı olan 500 kişilik bir meclis (*boule*) bulunmaktaydı. Bu meclis hem halk meclisinin sekreteryasını yürütmekte hem de siyasi ve hukuki konularda danışmanlık hizmeti vermektedir¹⁸³.

¹⁸⁰ Antik Yunan site devletlerinin tamamında demokrasi inişli çıkışlı bir seyir izlemiştir. Detaylı bilgiler ise en fazla Atina için mevcuttur. M.Ö. 480 ila M.Ö. 323 tarihleri arasında Antik Yunan devletleri ve Sicilya'daki demokrasi seyri için açıklayıcı bir tablo için bkz. Robinson, E. W. (2011). *Democracy Beyond Athens: Popular Government in the Greek Classical Ages*, New York: Cambridge University Press. s. 184-185.

Antik Yunan'da demokrasi öncesi M.Ö. 600-400 arasındaki durum ve demokrasinin gelişim seyri için bkz. Yetiş, M. (1999). Antik Atina'da Demokrasinin Gelişimi: Soloncu Pasif Devrimden Peisistratos'un Tiranlığına, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, ss. 163-199.

¹⁸¹ Forsdyke, S. L. (2013). The Impact of Democracy on Communal Life, içinde *The Greek Polis and the Invention of Democracy*, der. Arnason, J. P.; Raaflaub, K. A. ve Wagner, P., Sussex: Wiley-Blackwell s. 228-229. Ss. 227-260.

¹⁸² Uygun, O. (2014), *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutları*, 2. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 20-25.

¹⁸³ Raaflaub, K. A. (2007). Introduction, içinde: *Origins of Democracy in Ancient Greece*, (der. Raaflaub, K. A.; Ober J., ve Wallace R. W.) California: University Of California Press. s. 5.

Bu haliyle, Atina'nın demokratik rejimi özlenen sistemi gerçekleştirmiş gibi görünüyorsa da aslında durum görünenden oldukça farklıdır. Teoride böylesine güçlü ve eşitlikçi görünen meclis, gerçekte önemsiz bir kurumdur¹⁸⁴. Atina nüfusunun bazı dönemlerde 400.000'i aştığı tahmin edilmekle birlikte nüfusun ortalama 300.000 civarında seyir ettiği bilinmektedir. Köleler hiçbir zaman doğrudan-demokraside aktör olamamışlardır. Yurttaşların ise yalnızca yetişkin erkekleri Halk Meclisinin üyesi konumundaydılar. Yurttaşların sayısı 30.000 ile 40.000 arasında değişmektedir. Atina halkı yurttaşlar, yerleşik yabancılar ve köleler olmak üzere üç gruba bölünmüştü ve yurttaşlar, toprak sahipliği ve siyasal haklar konusunda en ayrıcalıklı olan grubu oluşturmaktaydı. Şu halde Atina devleti sınırlarında yaşayan halkın yalnızca %10'unun yurttaş olarak siyasal haklarla donatıldığı bir demokrasi ortaya çıkmıştır¹⁸⁵. Arkeolojik kazılar neticesinde bulunan veriler, en fazla 2000 civarında insanın hazır bulunabileceği bir meclisin olduğunu göstermiştir¹⁸⁶. Bu özellikleri nedeniyle Antik Yunan demokrasisi, doğrudan bir azınlık demokrasisi olarak tanımlanmıştır¹⁸⁷.

Bir başka gerçeklik ise Atina'nın demokratik kurumlarının, içinde çok sayıda etnik, dinsel, kültürel gruplar barındıran, keskin sınıf çatışmalarının yaşandığı ulus devletlerde aynı işlevi göremeyeceğidir¹⁸⁸. Çağımızda Atina'da olduğu gibi, devlet-toplum ikiliğini ortadan kaldıran doğrudan demokrasi kuramı da mevcut değildir¹⁸⁹.

Günümüz devletlerinin nüfusunun çok küçük bir kısmına tekabül eden Atina'da dahi doğrudan demokrasi ancak yukarıda ifade ettiğimiz eksikliklerle birlikte uygulanabilmiştir¹⁹⁰. Antik Yunan devletleriyle kıyas edilemeyecek ölçüde

¹⁸⁴ Ağaoğulları, M. A. (1989). *Eski Yunan'da Siyaset Felsefesi*, Ankara: V. Yayınları. s. 18.

¹⁸⁵ Uygun, O. (2014). s. 47.

¹⁸⁶ Robinson, E. W. (2011). s. 13.

¹⁸⁷ Kışlalı, A. T. (1984) Eski Yunan'da Demokrasi ve Demokratik Düşünce, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 1., s. 68. Benzer görüş için bkz. Akkoç, A. (2014). Yunan Demokrasisinin Kavramsal Yönü Ve Toplumsal Arka Planı, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 16, S. 1, s. 39.

¹⁸⁸ Woodruff, bu çeşitliliğe dikkat çekerek, Amerikan toplumunun 3/7'sinin etnik azınlıklardan oluştuğunu ve bu durumun Atina demokrasisiyle uyumunu tartışmaktadır. Woodruff, P. (2005). *First Democracy: The Challenge of an Ancient Idea*, New York: Oxford University Press. s. 211-233 özellikle 217-218.

¹⁸⁹ Uygun, O. (2014), s. 114-115.

¹⁹⁰ Az sayıda kişinin yönetimi için demokrasiye ihtiyaç duyulmadan da karşılıklı saygı ve uzlaşmayla yönetim mümkün olabilmektedir. Dahl'ın ifade ettiği gibi: Demokratik olarak yönetilen herhangi bir organizasyon veya küçük bir şehir, demokratik kurumlara günümüz ulus-devletleri kadar ihtiyaç duymaz. Başka bir ifadeyle demokratik kurumlar olmasa dahi küçük ölçekli toplulukları demokratik ilkelere göre yönetmek mümkün olabilmektedir. Hatta küçük birlikler içerisinde organize olmuş "fraksiyon"ların demokratik yönetim için zararlı olabileceği gerçeğinden hareketle, partizanlıktan ve siyasi partiler tarafından kısırtılan fikir ayrılıklarından korunma amacıyla karşılıklı saygı ve konsensüsle yönetim de tercihe şayan olabilecektir.

Dahl, R. A. (2001). *Demokrasi Üstüne*, çev. Kadioğlu, B. Ankara: Phoenix Yayınları, s. 96.

nüfus artışı, kalabalık toplumlarda doğrudan demokrasinin uygulanamayacağını ortaya koymaya yetmektedir. Ayrıca, Atina demokrasisinde kullanılan araçlar da günümüzle uyuşmadığı gibi çağımız ihtiyaçlarına cevap vermekten de uzaktır¹⁹¹.

Atina demokrasisinin ideal demokrasiyi ne ölçüde yansıttığı üzerinde durulması gereken bir sorudur. Bu soru olumlu yanıtlanırsa bile, Atina demokrasisinden hareketle günümüz ulus-devletlerine gerçekçi bir yönetim sistemi kurulabilmesi başta nüfus değişikliği olmak üzere sair değişkenlerden dolayı mümkün görünmemektedir. Bilhassa doğrudan demokrasi bu fikirler neticesinde çağımızda uygulama şansı bulamamaktadır.

5.2. Doğrudan Demokrasinin İmkânsızlığı, Temsili Demokrasinin Zorunluluğu

1789 Fransız İhtilali'nin fikir babalarından olan Emmanuel-Joseph Sieyès ihtilalden birkaç ay önce kaleme aldığı meşhur "Üçüncü Sınıf Nedir?" (Qu'est-ce que le tiers état?) başlıklı eserinde kendisinden yarım asır evvel Montesquieu'nün ortaya attığı temsili demokrasi zorunluluğunun teorisini oluşturmuştur¹⁹². Bu eserinde Sieyès, egemenliğin kullanılmasında "temsili" yolunun her siyasi düzen için kaçınılmaz olduğunu savunmuştur¹⁹³. Gerçekten, "temsili demokrasi" Sieyès'ten günümüze birtakım yarı doğrudan demokrasi araçlarını göz ardı edersek değişmeden gelmiştir diyebiliriz.

Sieyès, siyasal toplumların teşekkülünün üç devrede gerçekleştiğini iddia eder. Birinci devre, hatırı sayılır sayıda fertlerin toplanarak millet teşkil etmeleridir. Bu devrede topluluk ferdi iradelerin eseridir ve ferdi irade tüm erklerin kaynağıdır. İkinci devrede ise müşterek iradenin etkisi göze çarpar. Ferdi irade önemini giderek kaybeder ve ancak bütün içinde var olabilir. Fertler, çok kalabalık ve çok geniş sahaya yayılmış olduklarından müşterek iradelerini fiilen kullanamamaktadırlar. Kamu ihtiyaçlarını gözetmek ve karşılamak için gerekli olan bütün yetkileri ayırırlar ve milli iradenin kullanılmasını aralarından birkaç kişiye

¹⁹¹ Örneğin uyuşmazlıklar, yargıcılık ve savcılık gibi bir mesleğinin olmadığı o dönemde vatandaşlar tarafından meclisler eliyle çözülmekteydi. Kura yöntemi pek çok mahkeme, idari organ, danışman meclisi ve yıllık panellere katılacak vatandaşları seçmekte bir araç olarak kullanılmaktaydı. Askeri ve ekonomik konularda uzmanlık bilgisi gereken konumlardakiler seçimle iş başına gelmekteydiler. Woodruff, P. (2005). s. 32-37

¹⁹² Esasen temsil, demokratlar tarafından icat edilmiş bir uygulama olmayıp monarşik ve aristokratik ortaçağ kurumu olarak gelişmiştir. Dahl, R.A. (1993). *Demokrasi ve Eleştirileri*, çev. Köker, L. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 35.

¹⁹³ Ruhi, M. E. (2002). *Fransız Devriminin Başrol Oyuncusu: Sieyes*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 99.

emanet ederler. Vekâlete dayanan hükümetin menşei de budur¹⁹⁴. Üçüncü devreyi ikinci devreden ayıran temel etken ise gerçek müşterek iradedense temsili müşterek iradenin etkin olduğudur. Ancak bu irade bağımsız değil milli iradenin bir parçasıdır ve temsilciler buradaki haklarını kendi hakları gibi kullanamazlar. Müşterek irade burada komisyon halindedir^{195,196}.

Bu anlamıyla sorun, ulus-devleti demokrasiyle yönetme iddiasını hayata geçirmekte çıkmaktadır. Nüfusu oldukça kalabalık olan ulus-devletlerde, vatandaşların sayısı bir yerde toplanıp kanunları yapmaya elverişli olmadığından veya coğrafi olarak çok dağınık olduklarından, yönetime etkin katılımın nasıl gerçekleştirilebileceği sorun teşkil etmektedir. Rousseau ve Montesquieu gibi temsili demokrasiye soğuk bakan anlayış, Sieyès'in formülüyle temsili demokrasi ile buluşmuş, 19. yüzyılda ise yerini tamamen J. S. Mill tarafından savunulan "kusursuz yönetimin temsili olması gerektiği" teorisine bırakmıştır¹⁹⁷. Nitekim Powell, 1982 senesinde kaleme aldığı ve 35 ülkenin demokrasisini belirli kıstaslara göre kıyasladığı eserinde *"Eğer 'demokrasi' terimini bütün vatandaşların gün be gün siyaset yapımına katılımını sağlayan siyasal sistemlerle sınırlandırırıyorsak, o zaman dünyadaki ülkeler içinde demokrasi yoktur. Bir ulus büyüklüğünde bir birimin saf bir demokrasi olarak işleyebileceği şüphelidir."* diyerek demokrasilerin kavuştuğu formu gözler önüne sermiştir¹⁹⁸.

Doğrudan demokrasinin uygulanmasının ulus ölçeğinde imkânsız olması, temsili demokrasiyi zorunlu olarak benimsetmiş olmasına rağmen temsili demokrasiye ilişkin soru işaretleri tam anlamıyla giderilebilmiş değildir. Doğrudan demokrasilerle temsili demokrasileri yaklaştıracabilecek, başka bir ifadeyle temsili demokrasilere doğrudan demokrasinin belli başlı unsurlarını yansıtabilecek birkaç mekanizmanın varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Şu halde, herhangi bir devletteki

¹⁹⁴ "Bu teoride üç noktayı vurgulama ihtiyacı hissetmiştir. 1. Topluluk irade hakkında hiç vazgeçmiş değildir. Bu onun satılmaz bir malıdır. O ancak onun kullanılmasına yetki verebilir. 2. Delegeler heyeti topluluğa ait irade hakkının tamamını bile kullanamaz. Topluluk tüm yetkisinden, delegeler heyetine ancak iyi düzenliği muhafaza etmek için gerekli olan kısmını vermiş olabilir. Bu işte füzuli bir şey verilmez. 3. Bundan dolayı delegeler heyetinin kendilerine tevdi edilmiş olan yetkilerinin sınırlarını bozmağa hakkı yoktur. Böyle bir hakkın kendiliğinden çelişik olacağı anlaşılır." Ruhi, M. E. (2002). s. 83.'ten naklen.

¹⁹⁵ Çevirmen burada, "millet meclisi"nin milleti bir dereceye kadar temsil edebilen millete nazaran bir komisyon mesabesinde olduğunu eklemiştir.

Sieyès, E. J. (1951). Tiers-Etat Nedir?, (çev. Derbil, S.) içinde *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8. S. 1-2. Ankara. s. 183. 60. Dipnot.

¹⁹⁶ Sieyès, E. J. (1951). s. 182-183.

¹⁹⁷ Dahl, R. A. (2001). s. 97-99.

¹⁹⁸ Powell, G. B. (1990). *Çağdaş Demokrasiler: Katılma, İstikrar ve Şiddet*, (çev. Turhan M.) Ankara: S Yayınları, s. 4.

siyasal rejime demokratik diyebilmemiz için olmazsa olmaz bazı şartları taşıması gerekmektedir. Çok sayıda insanın bir arada yaşadığı Demokrasiler için birtakım gereklilikleri Robert Dahl'ı takip ederek şu şekilde sıralayabiliriz:

- “1. Örgüt kurma ve örgütlere katılma hürriyeti,*
- 2. İfade Hürriyeti,*
- 3. Oy Hakkı,*
- 4. Kamu görevliliğine seçilebilme ehliyeti,*
- 5. Siyasi Liderlerin destek için yarışabilme hakkı,*
- 5a. Siyasi liderlerin oy için yarışabilme hakkı,*
- 6. Bilgiye ulaşmada alternatif (bağımsız) kaynakların varlığı,*
- 7. Serbest ve adil seçimler,*
- 8. Hükümet politikalarının oy ve sair tercih beyanlarına göre şekillendirilebilmesini sağlayacak kurumların varlığı.”¹⁹⁹*

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, belirli kurumların olması, onların kusursuz demokrasiye ulaşmak için yeterli oldukları anlamına gelmez. Bu kurumların varlığı ancak demokrasi idealine bu kurumlara yer vermeyen devletlerden daha fazla yaklaşıldığına karine teşkil edebilir. Dahl'ın izahları, konuyu doğrudan temsili demokrasi sisteminden demokrasinin hürriyetler boyutuna taşımıştır. Böylelikle demokrasi (ilerleyen bölümlerde daha detaylı incelendiği üzere) bir sistemden öte bir anlama kavuşmuştur.

5.3. Temsili Demokrasinin İki Yolu: “Halk Egemenliği” Karşısında “Milli Egemenlik”

Meşruiyetin geçirdiği evreler egemenin, egemenlik sahasında yaşayan insan topluluğu olduğuyla nihayetlenmiştir. Fakat bu insan topluluğunun yalnızca belirli bir zamanda o sahada yaşayanlarla mı sınırlı olduğu, yoksa geçmişte yaşayanlar ile gelecekte yaşayacak olanları da içerip içermediğine yönelik mülahazalar, “halk egemenliği” ile “milli egemenlik” olmak üzere iki farklı

¹⁹⁹ Dahl, R. A. (1971). s. 3.

egemenlik teorisinin ortaya çıkmasına neden olmuştur²⁰⁰. Mezkûr iki anlayış aynı zamanda temsilcilerle temsil olunanlar arasındaki vekâlet ilişkisinin niteliğini “emredici/buyurucu vekâlet” ve “temsili vekâlet” olmak üzere iki farklı anlayışa taşımaktadır.

Halk, “Aynı ülkede yaşayan, aynı kültür özelliklerine sahip olan, aynı uyruktaki insan topluluğu”²⁰¹ olarak tanımlanmaktadır. Yani halk; belirli bir ülkede, belirli bir anda yaşayan insanlara dolayısıyla milletin belirli dönemine tekabül etmektedir²⁰².

Millet ise; “Çoğunlukla aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek birliği olan insan topluluğu”²⁰³ şeklinde tanımlanmaktadır. Halk tanımına göre daha fazla geçmiş ve geleceğe atıfta bulunan bu tanımdan da anlaşıldığı üzere “millet” (veya ulus) bir olgudan, somut olarak birlikte yaşayanlardan daha fazlasını içermektedir.

Fransız ihtilaliyle, sınırsız ve mutlak iktidara sahip bulunan Krallardan hâkimiyet hakkı alınmıştır. Bununla birlikte “İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi” ile kişilerin yalnızca insan olmaları nedeniyle sahip bulundukları mukaddem bir takım hak ve hürriyetler de kazanılmıştır. Bu tabii haklar için “halk hâkimiyeti” yeterli ölçüde teminatı sağlayamamaktadır. Bu eksiklik “milli egemenlik” anlayışının kabulü ile giderilmeye çalışılmıştır. Böylelikle hâkimiyetin halk yerine

²⁰⁰ Fransız İhtilali döneminde iki kavram eşanlamı olarak kullanılmaktaydı. Örneğin Sieyès hem ulus hem de halk kavramına aynı soyut anlamı yüklemiştir. Ancak daha sonra halk ve ulus/millet tanımlarının değişmesi suretiyle onlara bağlanan egemenlik modelleri de değişiklik arz etmeye başlamışlardır. Bu iki kavramın karıştırılarak birbirleri yerine kullanıldığı pek çok örnek mevcuttur. Bazı eserlerin tercümesinde dahi bu türden karışıklıklar göze çarpmaktadır. Ancak toplumun egemenliğine yönelik çalışmalarda bu kavramlar aynı anlama gelecek şekilde kullanılmışlardır. Örneğin, Mehmet Ali Ağaoğulları 1986 yılında yayınladığı “Halk ya da Ulus Egemenliği”nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce başlıklı makalesinde “halk egemenliği” ile “ulus egemenliği” kavramlarını eşanlamı olarak ele almış, ancak makalenin güttüğü amacın kavramların gelişim süreçlerinde yüklendikleri anlamları incelemek değil fakat düşünsel temellerinin çağrıştırdıkları bazı kuramsal sorunları irdelenmek olduğunu hemen başlarken ifade etmiştir.

Ağaoğulları, M. A. (1986). “Halk ya da Ulus Egemenliği”nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, S: 1-4, s. 134.

²⁰¹ TDK Büyük Sözlük, “Halk” maddesi.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54c8fafae57808.458099

06 erişim tarihi: 28.01.2015

²⁰² Gözler, K. (2011). C. 1, s. 445.

²⁰³ TDK Büyük Sözlük, “Millet” maddesi.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54c9033a60b885.04269

740 erişim tarihi: 28.01.2015

millete ait olması, ihtilalle kazanılan temel hakların “çoğunluk tahakkümünden” korunmasını da sağlamaktadır²⁰⁴.

5.3.1. Halk Egemenliği

Halk egemenliği en net ifadesini Rousseau’nun eserlerinde bulur. Rousseau bu durumu bir varsayımla şöyle somutlaştırmaktadır;

“Varsayalım Devlet 10 bin vatandaştan oluşuyor. Egemen yalnızca kolektif ve yek bir vücut olarak düşünülebilir; fakat her bir kişi, konumu itibariyle birey olarak kabul edilir. Neticede egemen, 10 binin “bir”e indirgenmesidir. Yani, devletin her bir üyesi, egemen otoritenin 10 binde birine (1/10.000) sahiptir. Buna rağmen her birey, tamamen egemene bağlıdır.

Eğer halk 100 bin kişiden oluşuyorsa, kişilerin pozisyonu değişmez, yalnızca kişilerin yasalaştırma üzerindeki etkileri on kat azalarak yüz binde bire (1/100.000) düşer. Egemen hep yek bir vücut olarak kaldığı için, (kişi sayısının artmasıyla birlikte) bireylerin etkisi azalırken, egemenin gücü kişi sayısı ile aynı nispette artar. Bunu takiben, Devlet genişlediği ölçüde özgürlük de azalır.”²⁰⁵

Toplumu oluşturan her bir bireyden doğan egemen, onlardan ayrı bir şey olmadığı gibi, varlığını da daima onlara borçludur. Bu yönüyle toplum sözleşmesi neticesinde meydana gelen bir “Leviathan” değil, kolektiviteye bağlı bir “genel irade”dir. Rousseau’nun açıklayıcı varsayımındaki rakamların tamamı toplumu oluşturan bireylerin sayısına tekabül etmektedir. Yalnızca belirli bir anda, belirli bir coğrafyada (veya egemenlik sahasında) yaşayan insanları. Bu sayıyı oluşturan insanların geçmişle bir alakası olmadığı gibi gelecekle de bir bağlantısı yoktur²⁰⁶.

Halk egemenliği teorisine bağlanan sonuçlar da kavramsallaştırmadan kaynaklı farklılığa uğramaktadır²⁰⁷. Gözler bu sonuçları şöyle sıralamaktadır:

²⁰⁴ Arsel, İ. (1964). *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Ankara: Doğu Matbaacılık. s. 153.

²⁰⁵ Rousseau, J.J. (2002). s. 195.

²⁰⁶ Göze, A. (2013). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 234-237.

²⁰⁷ Akyılmaz bu farkları 4 madde halinde şöyle sıralamaktadır;

“1. Her şeyden önce halk egemenliğinde “oy verme” bir görev değil haktır. Herkes egemenliğin bir parçasına sahip olduğuna göre, oy hakkına da sahip olmalıdır.

2. Halk, milletten farklı olarak sadece yaşayanlarla ilgili olduğu için daha önce iktidara getirilenleri her zaman iktidardan indirebilir.

3. Bu sistemde temsilciler ülkenin değil, sadece kendi bölgelerinin temsilcileridir

“1. Seçmenlik haktır.

2. Seçimlere katılma isteğe bağlıdır.

3. Genel oy ilkesi kabul edilmiştir.

4. Doğrudan ve yarı-doğrudan demokrasi araçlarıyla uyumludur.

5. Emredici vekâlet sistemini gerektirir.

6. Kuvvetler ayrılığı teorisi ile bağdaşmaz.

7. Parlamento yalnızca halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşmalıdır, iki meclislilik ile bağdaşmaz.

8. Anayasa yargısı ile bağdaşmaz.²⁰⁸”

Buradan çıkan sonuç; Halk egemenliğinin, kendi üzerinde hiçbir vesayet organı kabul etmediği gibi halkın doğrudan egemenlik hakkını sınırlayacak herhangi bir uygulamaya da açık olmadığıdır. Bunların yanı sıra halk, yönetim hakkını kullanması bakımından da serbesttir ve yönetime katılım dahi zorunlu tutulamaz. Bu sonuçlar ileride incelediğimiz çoğunlukçu demokrasiye teorik anlamda kaynaklık etmektedir.

5.3.2. Milli Egemenlik

Milli egemenlik, teorisine geçmeden evvel “millet” kavramını detaylı bir şekilde tanımlamak gerekmektedir. Biz bu tanımlamayı yaparken, Ernest Renan'ın 11 Mart 1882 tarihinde Sorbonne Üniversitesinde sunduğu “Millet Nedir?” (*Qu'est-ce Qu'une Nation?*) başlıklı tebliğini takip edeceğiz. Renan, milletlerin herhangi bir hanedana bağlı olmadan da var olabileceklerini, hanedana bağlı halk prensibinin “millet” kavramını açıklama bağlamında daha fazla işlev göremeyeceğinden bahisle, bu kavramı açıklamaya başlar. İlkini hangi somut olgunun milleti açıklamakta yeterli olacağını sorgulamıştır:

İrk: Millet kavramının ırktan türediği iddia edilse de, bu büyük bir yanılgıdır. Etnografik mülahazalar modern anlamda milletin oluşumunu açıklamada herhangi

4. Halk egemenliğinde, genel iradenin kaynağını doğrudan halkta bulması, “yarı-doğrudan demokrasi ilkeleri” ile bağdaşmaktadır.”

Akılmaz, B. (1998). Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan*, C. II, S. 1-2., s. 217.

²⁰⁸ Gözler, K. (2011). C. 1, s. 445-447.

bir rol üstlenemezler. Gerçek şudur; dünya üzerinde saf bir ırk yoktur ve siyaseti etnografik analizlere dayandırmak onu bir canavara²⁰⁹ teslim etmekle aynı şeydir.

Temelde ırk çok önemli bir şeydir fakat giderek önemini kaybetmektedir. İnsanlık tarihi özünde zoolojiden çok farklıdır. Aynı kanı taşımak kimseye “Sende bizimle aynı kandansın, o halde sen de bize aitsin” deme hakkını tanımaz²¹⁰.

Dil: Irk için söylenenler dil için de tekrar edilebilir. Dil insanları birlik olmaya davet eder fakat onları zorlamaz. Dile haddinden fazla önem atfetmek tıpkı ırkta olduğu gibi tehlike ve sakıncaları barındırır. Bu tür abartmalar, insanları milli olarak algıladıkları belirli bir kültüre hapseder ve insan aklı için olduğu kadar medeniyetler için de sakıncalar doğurur²¹¹.

Din: Din de modern milletin oluşumunu açıklama açısından, yeterli temeli sağlamaktan uzaktır. Eski zamanlarda kitlesel bir olgu olan ve devletle yakından ilişkili olan din 19. yüzyılın sonlarında her bireyin kendi vicdanına göre, dilediği ölçüde inandığı ve uyguladığı bir hal almıştır²¹².

Menfaat Birlikteliği: Müşterek fayda şüphesiz insanlar arasında güçlü bir bağ kurar. Ancak bu bağ da bir millet oluşumuna yetmemektedir.

Coğrafya veya Doğal Sınırlar: Coğrafya, tarihte çok önemli bir etken olmuştur. Nehirler ırkları birleştirirken tarihte avantajlı bir hareket sağlamıştır, dağlar ise onları sınırlamış ve ayırmıştır²¹³.

Millet olarak adlandırılan o kutsal şeyin oluşumu için insan her şeydir. Yukarıda sayılan maddi unsurların ise hiçbirisi tek başına milleti oluşturmak için yeterli olamaz. Millet, tarihin şiddetli karmaşalarının neticesi olarak ortaya çıkan manevi bir kaidedir²¹⁴. Millet bir ruhtur ve manevi bir kaidedir. Bu ruhu ve manevi kaideyi, aslında tek olan ve fakat iki gibi görünen iki unsur meydana getirir: geçmiş ile olan bağ ve bugün. Zengin bir hatıralar mirasına müştereken varis olmak, birlikte yaşama arzusuna sahip olmak ve bu mirası ebedileştirmeyi bir bütün

²⁰⁹ Renan burada mitolojik bir canavar olan, Olympos'ta yaşayan, aslan başlı, keçi gövdeli, yılan kuyruklu ve ağzından ateşler saçan “chimera” kavramını kullanmaktadır.

Renan, E. (1990). What is a Nation?, (çev. Thom, M.), *Nation and Narration*, (der. Bhabha, H. K.), London ve New York: Routledge Publications, s. 14.

²¹⁰ Renan, E. (1990). s. 12-15.

²¹¹ Renan, E. (1990). s. 16-17.

²¹² Renan, E. (1990). s. 18.

²¹³ Renan, E. (1990). s. 18.

²¹⁴ Renan, E. (1990). s. 18.

halinde dilemek²¹⁵. Geçmişin şanlı mirası ile keder ortaklığını paylaşabilmek, gelecekte ise müşterek bir programı hayata geçirmeyi istemek veyahut acılara göğüs germeyi göze alabilmek, haz ve umudu hep birlikte yaşayabilmek; müşterek gümrüklerden yahut sınırlara ilişkin stratejik ortak çıkarlardan çok daha değerlidir. Netice itibarıyla millet; yapılmış ve gelecekte yapılacak olan fedakârlıklara ilişkin müşterek duygularla oluşan geniş kapsamlı bir dayanışmadır²¹⁶.

Millet Olma bilinci diğer bir deyişle milli şuur, milletin geçmişine atıf yapan kolektif bir tahayyül üzerine kurulmuş bir mittir (*myth*)²¹⁷. Kuşkusuz geçmişe yapılan bu atıf hatırlamakla alakalı olduğu kadar, millet iradesini fesada uğratabilecek hatıraların unutulmasıyla da ilişkilidir. Gellner, “millet” kavramının toplumsal metafizikten beslendiğini söyler ve kesinlikten uzak olan bu kavramın çok fazla sorgulanmadan politik düzenin en temel ve doğal zeminini oluşturduğunu iddia eder²¹⁸. Renan ve Gellner’in millet kavramının fizikötesi boyutuna vurgu yaptıklarından hareketle, Anderson milleti hayali (veya hayal edilmiş) (*imagined*) siyasi topluluk olarak tanımlamıştır²¹⁹.

Duguit milli egemenlik teorisinin, zihinleri ateşlendirdiğini ve politik anayasalara ilham verdiğini teslim etmiş, ancak inkâr edilemez bir çöküş sürecinde olduğunu iddia etmiştir²²⁰. Nitekim kendisi millet egemenliğinin varlığını bilimsel olarak inkâr etmektedir. O’na göre “*Doğru olsun veya olmasın; insanın tabiatüstü ve esrarlı kavramlara karşı hiç doymak bilmeyen bir inanma ihtiyacı vardır*”²²¹ ve milli egemenlik de bu ihtiyacın bir sonucudur. Millet egemenliği teorisi de teokratik teoriler gibi egemenliği haklı ve meşru göstermekten acizdir²²².

Gerek Türkçe gerekse Batılı literatürde “millet” kavramı sıklıkla Renan’a atıfla açıklanmaktadır. Milletin yalnızca sosyal bir olguya dayanarak açıklanamayacağını ikna edici bir şekilde ortaya koyan Renan, kavramın olgular olmadan da açıklanamayacağına işaret etmiş ve milletin manevi bir kaide olduğunu ortaya koymuştur. Aklı merkeze alan ve metafizik çağırışım yapan tüm

²¹⁵ Renan, E. (1990). s. 18.

²¹⁶ Renan, E. (1990). s. 19.

²¹⁷ Lynch, P. (1999). *The Politics of Nationhood: Sovereignty, Britishness and Conservative Politics*, New York: Palgrave Macmillan, s. 39.

²¹⁸ Gellner, E. (1994). *Milliyetçiliğe Bakmak*, (çev. Coşar, S.; Özertürk, S. ve Soyarak, N.) İstanbul: İletişim Yayınları, s.89.

²¹⁹ Anderson, B. (2007). *Hayali Cemaatler*, (çev. Savaşır, İ.), İstanbul: Metis Yayıncılık, s. 20-21.

²²⁰ Duguit, L. (1954). s. 61.

²²¹ Duguit, L. (1954). s. 64.

²²² Duguit, L. (1954). s. 67.

kavramlara mesafeli duran “bilimsel” anlayış ise bu görüşün sosyal gerçeklikle bağlantısı olmayan bir yapıntı, bir fiksiyon olduğundan bahisle “milli egemenlik” görüşünü reddetmiştir. Buna rağmen milli egemenlik teorisi bilim çağında da pek çok taraftar bulabilmiştir.

Egemenliği somut bir varlık olan halktan alıp millete teslim eden milli egemenlik teorisine bağlanan sonuçlar doğal olarak halk egemenliğinden ayrılır. Milli egemenlik teorisine bağlanan sonuçlar kısaca şöyle sıralanabilir;

- “1. Seçmenlik görevdir.
2. Seçimlere katılma ihtiyaridir.
3. Sınırlı oy ilkesi ile bağdaşabilir²²³.
4. Doğrudan ve yarı-doğrudan demokrasi araçlarıyla bağdaşmaz.
5. Temsili vekâlet sistemini gerektirir.
6. Kuvvetler ayrılığı teorisi ile bağdaşır.
7. İki meclisli parlamentolarla bağdaşır
8. Anayasa yargısı ile bağdaşır.²²⁴”

Milli egemenlik teorisi, halka kendilerinden önce yaşayanların mirasına sahip çıkmak ile gelecekte yaşayacak olanları gözetmek yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülükler aykırı davranma ihtimalinde ise halk egemenliği çeşitli kurumlar ile sınırlandırılmakta ve halkın yapacağı işlemler millet lehine denetime tabi tutulmaktadır.

²²³ 1789 tarihli Fransız Meclisi, 1791’de yürürlüğe koyduğu anayasada vatandaşları aktif ve pasif olmak üzere eşitliği bozan bir ayrıma tabi tutmuştur. Meclis, İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi’nin tüm vatandaşların şahsen veya temsilcileri vasıtasıyla yönetime katılmasını düzenleyen 6. maddesini, her vatandaşın eşit seçme hakkına sahip olmadığı sonucunu çıkaracak şekilde yorumlamıştır. Duguit, meclisin bu kararını, o sırada mecliste ağır basan görüşe göre genel irade denilen şey, kişileşmiş millet kavramının kolektif iradesinden ibarettir diye açıkladıktan sonra bu iradeyi yalnız seçmen veya temsilci kimliğini taşıyan vatandaşlar açıklayabilirler diye eklemiştir. Bu da halk egemenliğine dayalı hak-seçim görüşünü değil, millet egemenliğine dayanan görev-seçim görüşünün kabulü anlamına gelmektedir.

Duguit, L. Droit Contitutionnel, 2. Bası, Paris:1924 C: IV s. 9.’dan aktaran Karamustafaoğlu, T. (1970). *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara: Sevinç Matbaası, s. 122-123

²²⁴ Gözler, K. (2011). C. 1. s. 443-445. ATAR, Y. (2005). *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Konya: MimozaYayımları. s.206 vd. İzgi, Ö. Ve Gören, Z. (2002). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Ankara: TBMM Basımevi, s.778-81. Özbudun, E. (2010). s. 291.

5.3.3. Seçmenlerin Egemenliği mi?

Seçim ve genel oy kavramlarının düşünsel temelleri 18. yüzyıla kadar oluşumunu tamamlamış, sınırlı oydan genel oya geçiş ise tarih içerisinde uzunca bir sürede gerçekleşebilmiştir. Bu kavramlar ancak aynı yüzyılın sonlarında gerçekleşen Fransız ve Amerikan devrimlerinin sonucunda anayasalarda yer almaya başlayabilmişlerdir²²⁵. Fakat genel oyun kabulü bile meşruiyet anlamında bir takım sorunları giderememiştir. Bir tarafta fiziki bir varlığı olmayan, başka bir ifadeyle fiziki varlığı olan “halk”tan daha fazlasını ihtiva eden manevi bir kişilik olarak “millet” diğer tarafta ise halk durmaktadır. Ancak egemenliğin kullanılması hususunda “halk egemenliği” kavramı da millet egemenliği kadar olmasa da bir miktar tutarsızlığı barındırmaktadır.

Halk belirli bir zaman diliminde, belirli bir egemenlik sahasında yaşayan herkesi ifade etmesine rağmen gerçekte yönetime katılma hususunda iradesini beyan edebilenler halkın tamamı değil, yalnızca bu hakka sahip olanlardır. Siyasal eşitliğin amacı, toplumdaki bütün vatandaşlara siyasete katılma hususunda eşit imkân sağlamak olmasına rağmen, buradaki “bütün vatandaşlar” deyimini, seçme yeterliğine sahip “bütün vatandaşlar” veya yetişkin (ergin) vatandaşlar şeklinde anlamak gerekmektedir²²⁶. Çocuklar, kısıtlılar, medeni rüşte eriştiği halde seçmen yaşına gelmediği için oy kullanamayanlar, hükümlülük ve sair hukuki nedenlerle seçmen olduğu halde oy kullanma hakkı tanınmayanlar, hakeza yabancılar halktan sayılmalarına rağmen yönetime katılma iradelerini gösterememektedirler²²⁷. Şu halde, realist bakış açısıyla seçimler sonunda beliren iradenin, yalnızca seçimde oy kullanan seçmen çoğunluğunun siyasi tercihini yansıttığı pekâlâ iddia edilebilir²²⁸.

Halk egemenliği ve milli egemenlik teorilerinin mantıksal sonuçlarını yukarıda sıraladık²²⁹. Bu iki teoriden yalnızca birini seçip, diğerinin sonuçlarını

²²⁵ Aliefendioğlu, Y. (2005). Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 60. s. 73.

²²⁶ Karamustafaoğlu, T. (1970). s. 95.

²²⁷ Örneğin 31 Aralık 2011 tarihi itibarıyla Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü verilerine göre Türkiye Nüfusu 74.724.269 kişi olmasına rağmen, Yüksek Seçim Kurulu verilerine göre aynı yıl yapılan seçimlerdeki kayıtlı seçmen sayısı 50.189.930’dur.

²²⁸ Kapani, M. (2007). s. 83.

²²⁹ “Egemenliğin kullanılması bakımından demokrasinin üç ayrı uygulama biçimi vardır: Doğrudan demokrasi, temsili demokrasi ve yarı-doğrudan demokrasi. İlkinde halk, egemenliğini bizzat kullanır. İkincisinde, egemenliğini bütünüyle temsilcilerine devreder. Yarı- doğrudan demokraside ise, egemenlik, halk ile temsilcileri arasında paylaşılır.” Duverger, M. (1955). *Droit Constitutionnel Et Institutions Politiques*,

tamamen göz ardı eden herhangi bir siyasal sisteme dünya üzerinde rastlanamamaktadır. Milli egemenliğin bir sonucu olan “Anayasa Yargısı” pek çok ülkede kabul edildiği gibi, halk egemenliği ilkesinin bir sonucu olan referandum benzeri “doğrudan ve yarı-doğrudan demokrasi araçları” da aynı ülkelerde uygulanmaktadır. Bu tablo bizi, etkili yönetim ilkesini hayata geçirebilme hususunda iki teori arasında geçişlere izin verildiği sonucuna götürmektedir²³⁰. Bu yönüyle referandum kurumu temsili demokrasi için alternatif değil, onu düzeltici bir önlem olarak görünmektedir. Böylelikle parlamenter çoğunluğun iktidarı yumuşatılmaktadır²³¹.

Gerçekçi yaklaşım, yöneten kesimin halk egemenliğinin dahi sağlanamadığını ortaya koyduğu iddiasında olmakla beraber, her iki teori de saflığını yitirerek birbirlerinin içine geçtiği için, günümüzde “milli irade” retoriği hiç güç kaybetmemiştir. Duverger de daha öncesinde Duguit’nin yaptığı gibi neredeyse yarım asır evvel “millet” ve “milli irade” kavramlarındaki muğlaklıktan hareketle, bu teorinin sonunun geldiğine dikkat çektiyseler de kavramlar kendilerine meydan okuyan tüm yenilikleri ustalıkla kapsayabilmişlerdir. Zaten Renan’ın bahsettiği gibi bir ruh, manevi bir kaide olarak soyut biçimde hayat bulan “millet” kavramı, kendisine birkaç somut ögeyi eklemeyi başarabilmiştir.

Seçmenlerin egemenliği, parlamentodaki çoğunluğu belirlemeleri açısından en gerçekçi egemenlik tanımı gibi görünse de kavram kargaşasına yol açtığı ortadadır. Asıl egemenlik millettir ve demokratik doktrin, millet egemenliği doktrinidir²³². Seçimler sonucu ortaya çıkan milli irade değil, yalnızca seçmen çoğunluğunun iradesidir. Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduranların, kendilerini milletin tek temsilcisi olarak görmesi ve anti-demokratik düzenlemeleri hayata geçirme ihtimalleri ise bizatihi millet egemenliği prensibine aykırıdır. Aslında milli irade, iktidar ve muhalefetin bütünü olarak algılanmalıdır²³³. Netice

Paris: PUF, s. 227.’den aktaran Gözler, K. (1988). Halkoylaşmasının Değeri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40., S. 1-4., s. 97.

²³⁰ Hazır, H. (2004). *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Alter Yayınları. s. 67.

²³¹ Şen, İ. G. (2013). Doğrudan Demokrasi Aracılığıyla Siyasal Katılımı Artırmak: Referanduma Dair Sorunlar ve Çözüm Önerileri, içinde: *Demokrasi ve Siyasal Katılım*, Yay. Haz. Şen, İ. G. İstanbul: Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği Yayınları. s. 76.

²³² Duguit, L. (1954). s. 63.

²³³ Akyılmaz, B. (1998). s. 222.

“Demokrasi, uzlaşma, anlaşma ve barış rejimidir. Demokrasilerde kişiler geçici, müesseseler ise devamlıdır. Milli egemenliğe inananlar, hür demokratik rejimden başka yol tanımazlar. Ancak bu şekilde millet varlığını

itibariyle, “Milli irade” ile “seçmen topluluğunun siyasal tercihi” arasında uçurum vardır²³⁴.

5.3.4. “Emredici Vekâlet Teorisi” Karşısında “Temsili Vekâlet Teorisi”

Temsili demokrasinin kabulünün ardından, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye ve temsilciye verilen yetkilerin sınırına yönelik bir seçim yapmak gerekmektedir. Egemenliğin sahibini yalnızca yaşayan halktan ibaret gören anlayış temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiyi özel hukuktaki vekâlet ilişkisine benzer bir biçimde “emredici” (*delegate model*) olarak kurgularken, temsilciye tüm kamunun nesnel ortak çıkarını koruma misyonu yükleyen milli egemenlik anlayışı, temsili vekâlet teorisini (*trustee model*) benimser²³⁵. Emredici vekâlet teorisinde “temsilci”, halkın sözünden çıkmaması ve bağımsız karar vermemesi gereken bir görev üstlenmiştir. Ardından “Emredici Vekâlet Teorisi” ilişkiyi bu şekilde tesis etmeye yönelik tedbirleri alır. Bu tedbirleri Teziç’i takip ederek şöyle sıralayabiliriz;

“Seçmenler, temsilcinin dikkate alması gereken program ve direktifleri tespit ederler,

Temsilcilerin belirli aralıklarla seçmene hesap vermesi gerekir,

Hesap verme neticesinde, seçmenin direktiflerine uygun davranmadığı anlaşılan temsilcinin hukuki ve cezai sorumluluğu vardır,

Seçmenlerin temsilcileri azledebilme yetkileri vardır.”²³⁶

Temsilciler tüm halkı temsil etmez, yalnızca kendi seçmenlerini temsil ederler. Bu sistemin kabulü halinde, temsilciler tüm ülkenin yararına olabilecek bir uygulamayı reddedebilmekte, yalnızca kendi seçmenlerinin menfaatlerini ön planda tutabilmektedirler. Emredici vekâlet teorisi pratikte siyasi bir faaliyet olan yasama meclisleriyle bağdaşmamaktadır. Bu sakıncanın ötesinde, emredici vekâlet sistemini pozitif hukuka uydurmak oldukça güçtür. Nitekim Fransız İhtilalinin ardından milletin temsilini esas alan anlayışın hâkim olması da emredici vekâletin teorik anlamda zayıflaması sonucunu doğurmuştur²³⁷. Bu nedenlerle

devam ettirir, demokratik müesseseler ayakta kalabilir ve hiçbir şekilde milli irade ipotek altına alınamaz.” (Aynı yerden naklen)

²³⁴ Turhan, M. (1988). Çoğunluk İlkesi, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4., s. 50.

²³⁵ Brown, M. (2009). *Science in Democracy: Expertise, Institutions, and Representations*. Massachusetts: The MIT Press. s. 6.

²³⁶ Teziç, E. (1991). s. 54.; Hakyemez, Y. Ş. (2004). s.74-75.

²³⁷ Arsel, İ. (1964). s. 178.

olacak ki, hiçbir demokrasi tam anlamıyla “emredici vekâlet teorisini” benimseyememektedir²³⁸.

Milli egemenliğin yansıması olarak kabul edilen “temsili vekâlet” teorisinde ise temsilciler belirli bölgede yaşayan veyahut doğrudan kendilerini seçen seçmeni değil tüm milleti temsil etmektedirler²³⁹. Modern anayasaların tamamı bu şekilde kaleme alınmıştır²⁴⁰. İki temsil arasındaki geçişkenliği ve çağımızın temsil anlayışını şöyle özetleyebiliriz:

“Her iki temsil türü, demokrasinin pratiği bakımından da doğrudan demokrasi ve temsili demokrasi tartışmalarını canlı tutmuştur. Doğrudan demokrasi temsille bağdaşmamakta ve savunucularınca da reddedilmekle birlikte, büyük coğrafya ve büyük nüfuslarda uygulanmasındaki imkânsızlığın bir sonucu olarak kerhen kabul edilmiştir. Fakat bu defa da, seçmenle temsilci arasında oldukça sıkı bir bağ öngören emredici vekâlet savunulmuştur. Buna karşın temsili demokrasi uygulamada geçerlilik kazanmış ve bunun sonucu olarak da temsili vekâlet anlayışı benimsenmiştir. Doğrudan demokrasi ideali ve özlemi sona ermemekle birlikte, bugün de geçerli olan bu vekâlet türüdür. Ne var ki, zaman içerisinde her iki egemenlik anlayışının arasındaki farkların başta siyasal partilerin ve sivil toplumun gelişimi ve seçimler bakımından genel oy ilkesinin benimsenmesi ile azalması ve daha mühimi önemlerini yitirmesi, bu iki egemenlik teorisi ve onların siyasal temsil anlayışlarındaki katılığı aşındırmak suretiyle birbirlerine yakınlaştırmıştır. Demokrasinin geniş ölçekli bir siyasal sistem olarak kurulmasını sağlayan amaç ve usullerden hiç birisinin demokrasi sözcüğünün gerçek anlamı ile ilgisi bulunmamaktadır. Ama bu

²³⁸ Gülsoy, T. (2006). Milletin Temsili, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 9., S. 2., s. 80.

Emredici vekâletten temsili vekâlete geçişte tarihi süreç için bkz. aynı makale s. 77-80.

²³⁹ Temsili vekâlet teorisine bağlanan sonuçlar “Milli Egemenlik” altında sıralandığı için burada tekrar edilmeyecektir.

²⁴⁰ Konuya ilişkin 1982 Anayasa’sının “Millletin Temsili” başlıklı 80. Maddesi şöyledir;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.”

Bu düzenlemenin varlığına rağmen 1982 Anayasa’nın 78. Maddesine 2002 yılında eklenen fıkra, hem milli egemenlik ilkesi ile hem de Anayasanın yukarıda yer alan 80. Maddesi ile çelişki halindedir.

“Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır.” Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin tamamı TBMM’de üyesi kalmayan ili veya seçim çevresini temsil ettiği için, bu düzenleme “temsili vekâlet teorisinden” ziyade “emredici vekâlet teorisine” yakın durmaktadır.

insanoğlunun tarihindeki önemli ve değerli gördüğü şeyleri bugüne uyarlamasının önünde bir engel teşkil etmemektedir. Günümüz demokrasileri temsili demokrasiler olmakla birlikte, demokrasinin orijinine duyulan ilginin bir sonucu olarak, özellikle yarı doğrudan demokrasi müesseseleri temsili sistemlerde belirli ölçüde yer tutabilmektedir.²⁴¹

Milli egemenlik teorisinden beslenen temsili vekâlet teorisinin en önemli özelliği demokrasinin “çoğunlukçu demokrasi”ye evrilme ihtimalini bertaraf edebilecek kurumları içermesidir. Emredici vekâlet teorisinde olmayan bu kurumlar, temel hak ve hürriyetler ile toplumdaki azınlıkların karşısında duran çoğunluğun mutlak iktidarını temsili vekâlet aracılığıyla dizginlemektedir. Halkın temsilcilerine, dilediği konuda herhangi bir sınıra tabi olmaksızın karar verebilme ehliyeti tanımayan temsili vekâlet teorisi, egemenliği yalnızca temsil olunanların uhdesinde bir hak olarak görmez. Egemenliği, millet adına karar verebilecek başta anayasa yargısı olmak üzere diğer organlar arasında paylaştırır. Böylelikle temsilci ile temsil olunan arasında kurulan ‘emredici’ ilişki zemini kaybolmaktadır. İki temsil teorisinin demokrasideki yansımalarını çoğunlukçu demokrasi, çoğulcu demokrasi ayrımıyla izah edebiliriz.

5.4. İki Farklı Demokrasi Modeli: “Çoğunlukçu Demokrasi” ve “Çoğulcu Demokrasi”

Başlıkta yer alan karşıtlıkta bir tarafta çoğunlukçu demokrasi dururken diğer tarafta çoğulcu demokrasi – uzlaşmacı demokrasi (*consensus democracy*) üst başlığı altında ele alınabilecek çeşitli demokrasi türleri yer almaktadır. Göztepe’nin de belirttiği gibi sadece batı literatüründe tercih edilen kavramların sayısı ve bu kavramların içeriği dahi kendi başına bir çalışma konusu oluşturabilecek kadar geniştir²⁴².

Demokrasi tabiatı gereği çoğunluğun yönettiği bir sistemdir. Diğer bir ifadeyle, toplumdaki problemleri çözerken, çatışan çıkar grupları arasında nüfusa oranla en büyük olana karar alma esnasında uyulmasını öngören sosyal

²⁴¹ Gülsoy, T. (2006). s. 86.

²⁴² Göztepe, E. (2011). Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler, *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 148 (130-177).

mekianizmadır²⁴³. Demokrasi, ortaya çıktığı ilk yönetim olan Atina'da böyle uygulandığı gibi sonradan ortaya çıkan modeller de bu prensipten uzaklaşmamıştır. Demokrasinin iki farklı anlayışı olan “çoğunlukçu demokrasi” (*majoritarian democracy*) ile “çoğulcu demokrasi” (*pluralist democracy*) arasındaki fark ise sadece çoğunluğun yönetim hakkının sınırlarına ilişkindir.

18. yüzyılda ortaya çıkan devlet iktidarının sınırlandırılması olarak özetleyebileceğimiz “anayasacılık” akımının demokrasiye getirdiği ayırt edici özellik, çoğunluğun iradesinin sınırlandırılması olmuştur. Nitekim hürriyetçi demokrasilerde anayasanın fonksiyonel anlamı, onun devlet iktidarını sınırlandıran bir araç olmasıdır. Hatta günümüzde, devlet iktidarını sınırlandırmayan hukuki bir metin anayasa ismini taşısa dahi fonksiyonel anlamda bir anayasa olarak kabul edilmemektedir²⁴⁴. Devlet iktidarının etkin bir biçimde sınırlandırılabilmesi için yalnızca hukuki düzenlemeler yetersiz kalmakta, bunun için çoğulcu bir demokrasiye ihtiyaç duyulmaktadır.

5.4.1. Çoğunlukçu Demokrasi

Çoğunluğun karar vermesi ilkesi (*majority principle / majority rule*) felsefi temellerini Aristoteles'ten almaktadır. Aristoteles'e göre prensip olarak azınlıktakilerin iyi ve doğruyu temsil ettikleri halde dahi çoğunluk egemen olmalıdır. Bu tezini şöyle savunur:

“Tek tek alınınca aralarında hiçbir iyi adam olmayan çokluğun hep birlikte alındığı zaman – bireysel olarak değil topluca – azlıktan daha iyi olması mümkündür; nasıl ki, herkesin katkıda bulunduğu bir şölen, tek bir adamın kesesinden verilen şölene oranla daha iyi olur. Her birinin iyilik ve zekâdan bir payı olan birçok kişi bir araya getirilince, bunların hepsi birden, birçok eli ve ayağı ve birçok kafası olan çok parçalı tek bir adam gibi olur. ...bu kalabalığın ortaklaşa bilgeliği kuramını pekâlâ kabul edebilir ve uygulayabiliriz.”²⁴⁵

Aristoteles'in çoğunluk prensibi, Rousseau'nun egemenlik anlayışıyla yeniden doğmuştur. Bugünkü kavramsallaştırmada kaynağını Rousseau'da bulan

²⁴³ Lipset, S. M. (1959). Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy, *The American Political Science Review*, Vol. 53, No. 1 s. 71. Ss. 69-105.

²⁴⁴ Özbudun, E. (2010). s. 40.

²⁴⁵ Aristoteles. (2002). Kitap III, Bölüm 11. s. 86-87.

çoğunlukçu demokrasi anlayışı temelde “genel irade”nin yanılmazlığı ve daima kamu yararı amacına yöneldiği varsayımına dayanmaktadır. Çoğunluğun iradesi olarak okuyabileceğimiz “genel irade” mutlak surette kamunun yararını gözetir ve toplumu oluşturan herkesin iyiliği için kararlar alır. Bu şartlar altında ve koşulsuz bir meşruiyet kaynağını haiz genel iradenin herhangi bir sebeple sınırlandırılması ise düşünülemez²⁴⁶.

Rousseau, genel iradenin kararlarıyla kendi menfaatleri uyuşmayan bireyler için de doyurucu olmayan bir açıklama yapmıştır. O’na göre, insan daima kendi iyiliğini ister fakat kendisi için neyin iyi neyin kötü olduğunu her zaman ayırt edemez. Genel irade ile bireylerin toplamının iradesi arasında sıklıkla büyük bir ayırım bulunmaktadır. Genel irade kamu yararını dikkate alırken, diğeri bireylerin çıkarlarının toplamından başka bir şeye tekabül etmez. Rousseau, bu iki iradeden biri diğeri geçersiz kılan artılarını ve eksilerini çıkardığımızda, geriye kalanın farklı isteklerin toplamı olarak yine “genel irade” olacağını iddia etmektedir²⁴⁷.

Tarihte homojen/türdeş olan toplumsal yapı, başarılı bir demokrasi için olmazsa olmaz kabul edilmekteydi. Homojen yapıdan sapmalar ya görmezden gelinmekte ya da soykırıma varabilen politikalarla toplum tek tipleştirilmeye çalışılmaktaydı. Ancak günümüzde demokrasi, içerisinde dil, din, ırk ve benzeri çok fazla çeşitliliği barındıran geniş ölçekli ulus-devletlerce uygulanmaktadır ve bu durum çoğunlukçu yöntemin adil olmayan sonuçlar doğurmasına neden olmaktadır. Genel iradenin daima doğru ve her zaman kamu yararına yönelmiş olduğu varsayımı toplum heterojenleştikçe, başka bir anlatımla farklılıkları/çeşitlilikleri barındırır hale geldikçe geçerliliğini yitirmiştir. Uygun’un ifade ettiği gibi: *Çağdaş toplum ne J. J. Rousseau’nun düşündüğü gibi kendini genel irade olarak ortaya koyabilen monoblok, ne liberal geleneğin savunduğu gibi atomize bireylerden oluşan ve kolayca azınlık-çoğunluk şeklinde ayrılabilen ikili bir yapıdır. Artık toplum, farklı hayat tarzlarını ve farklı çıkar gruplarını içeren, ahenkli bir yapıdan çok çatışma ve rekabete yol açan bir yapı olarak görülmelidir. Artık türdeşliğin hedeflenmesi gerçekçi olmaktan çıkmıştır. Demokrasinin “milli irade” gibi monist veya “çoğunluk iradesi – azınlık iradesi” eksenine oturan düalist modelleri, çeşitlilik ve farklılıklarla bezeli çoğulcu toplum yapısında istenmeyen*

²⁴⁶ Hakyemez, Y. Ş. (2003). Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 4. s. 77-81. ss.69-92.

²⁴⁷ Rousseau, J.J. (2002) s. 172.

*bazı sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Söz konusu modellerin toplumsal yapıdaki farklılık ve çeşitliliği reddeden otoriter bir demokrasiye dönüşme potansiyelleri mevcuttur*²⁴⁸.

Bu potansiyel, pek çok çoğunlukçu demokrasi uygulamasında gerçekleşmiş ve demokrasiden ciddi sapmalar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle çoğunluğun mutlak iktidarını savunan görüş giderek anti-demokratik olarak anılmaya başlanmıştır²⁴⁹. Yavuz, “çoğunlukçu demokrasi” ile “çoğunluğun yönetimi” kavramlarının birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini vurgulayarak; “çoğunlukçu demokrasinin” Rousseau’nun genel iradesiyle aynı doğrultuda olduğunu ve hiçbir suretle sınırlanmaması gereken bir irade olarak tasavvur edildiğini belirtmiştir. Çoğunluğun egemenliği temel haklar başta olmak üzere hiçbir gerekçeyle tahdit edilemez. “Çoğunluğun yönetimi” ise kanunların yapılması ve kamusal alanda kararların alınmasında halkın çoğunluğunun gerekli ve yeterli olması şeklinde tanımlanmaktadır²⁵⁰.

Çoğunluğun iktidarını zayıflatabilecek yahut onu denetime açacak kurumlar da bu sistemde kendilerine yer bulamaz. Çoğunluğun mutlak olan yönetme hakkının çift meclis, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi, kuvvetler ayrılığı gibi kurumlara sınırlandırılması çoğunluk kararının her şeyin üstünde olması gerekliliği ile çeliştiği için kabul edilemez²⁵¹.

Lijphart yirmi bir ülkenin yönetimini karşılaştırdığı eserinde²⁵² Robert G. Dixon Jr.’dan ilhamla Çoğunlukçu (majoritarian) / Westminster Modeli Demokrasi

²⁴⁸ Uygun, O. (2011) Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğunlukçu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, *Çoğunluk Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Yayıncı Hazırlayan: Doç. Dr. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. s. 24 (22-81).

²⁴⁹ Uygun, “çoğunlukçu demokrasi” ile “çoğunluk demokrasisi” kavramlarını birbirinden ayırt etmektedir. O’na göre “çoğunlukçu demokrasi” anlayışı, çoğunluğun iradesini sınırlayacak mekanizmalar içermeyen, azınlık haklarının güvencelerinin bulunmadığı sistemdir. Genel olarak demokrasinin karşıtı bir sistem olarak nitelendirilmese bile, liberal demokrasinin temel ilkelerine aykırı düşen, çoğunluğun despotizmine açık kapı bırakan bir yönetim söz konusudur. “Çoğunluk Demokrasisi” olarak adlandırdığı sistem ise, çoğunlukçu demokrasi anlayışı içerisinde mülhaza edilebilecek yani, azınlık haklarının güvence altına alındığı, her tür düşüncenin özgürce ifade edilebildiği, dernekler, sendikalar ve özel kitle iletişim araçları gibi sivil toplum kuruluşlarının birer baskı grubu olarak ülke yönetimini etkileyebildikleri bir düzeni ifade eder.

Uygun, O. (2014). s. 216-217.

²⁵⁰ Yavuz, B. (2009). Çoğunluk Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII. S. 1-2., s. 289 (ss. 283 – 302).

²⁵¹ Tunç, H. (2008). Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII. Sa. 1-2., s. 1119. (1113 – 1132).

²⁵² Lijphart, kitabını otuz altı ülkeyi içerecek şekilde güncellemiş ve genişletilmiş olan bu baskısı da Türkçeye çevrilmiştir.

Lijphart, A. (2014). *Demokrasi Modelleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, çev. Ayas, A. ve Bulsun, U. U., İstanbul: İthaki Yayınları.

ile oydaşmacı (*consensus*) demokrasi modelini sistematik olarak karşılaştırmıştır²⁵³. Özü çoğunluk yönetimi olan Westminster Modelinde hükümet çatışan çıkarlar olduğunda çoğunluk lehine karar vermekteyken, yazarın bu modelin karşısına koyduğu “oydaşmacı modelde” çatışan çıkarlar olduğunda hükümet ‘mümkün olduğunca çok kişinin çıkarına’ hareket etmektedir²⁵⁴.

Netice itibariyle, çoğunlukçu demokrasi uygulamada çoğunluğun diktasına dönüştüğü için demokrasiden sapmalar ortaya çıkmaktadır. Oysa demokrasilerde çoğunluk ilkesinin sınırlarının bulunduğu herkes tarafından kabul edilmektedir²⁵⁵. Sartori çoğunluk ilkesinin uygulanmasının doğuracağı olası sonuçları üç madde halinde şöyle özetlemiştir;

1. *İstenilen sınırlı bir çoğunluk ilkesidir. Aksi halde sınırsız ve mutlak çoğunluk “çoğunluk zorbalığına” dönüşebilir.*
2. *Çoğunluk ilkesi uygulandığı vakit, çoğunluk azınlığı peyderpey yok edecek, çoğunluk oluşturma adına azınlıklar ittifak ederek, çoğunluğun en büyük azınlıktan müteşekkil olduğu bir iktidar çoğunluğu oluşabilecektir.*
3. *Çoğunluk ilkesi toplumsal zorbalığı meşrulaştırarak daha da şiddetlenmesi sonucunu doğurabilecektir*²⁵⁶.

Çeşitlilik ve farklılıkları barındıran günümüz ulus-devletleri; çokkültürlülük, grup hakları, cemaatçilik (*communitarianism*) gibi teorik temellerle, vatandaşların kendilerini farklı kılan özelliklerini muhafaza etme gayretini devam ettirdikleri bir sosyolojiye sahiptirler. 20. Yüzyılın başlarında kabul edilen eritme potası (*melting pot*) politikası yerini salata kâsesi (*salad bowl*) siyasetine bırakmıştır²⁵⁷.

²⁵³ Lijphart, A. (1996). *Çağdaş Demokrasiler: Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, çev. Özbudun, E. ve Onulduran, E., Ankara: Yetkin Yayınları.

²⁵⁴ Lijphart, A. (1996). s. 13-14.

²⁵⁵ Turhan, M. (1995). Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 50, No 1-2, s. 404.

²⁵⁶ Sartori, G. (1993). *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çev. Karamustafaoğlu, T. ve Turhan M., Ankara: Yetkin Yayınları, s.148.

²⁵⁷ Amerika Birleşik Devletleri’nde azınlıklara uygulanan resmi politika 20. Yüzyılın başından bu yana “melting pot” yani “eritme potası”dır. Bu politika adından da anlaşılacağı üzere kabaca şu şekilde işlemektedir; yeni bir kültür oluşmaktadır ve bu kültür oluşurken onu oluşturan her bir alt-kültürden belli ölçekte beslenmektedir. Netice itibariyle ortaya çıkan kültür, her bir kültürden belirli özellikleri barındıran ama hiçbirine benzemeyen bambaşka bir kültür olmaktadır. Ancak 1970’lere gelindiğinde bazı kültürlerin erime taraftarı olmadığı daha net bir şekilde anlaşılmış ve eritme potası yerine salata kâsesi (*salad bowl*) şeklinde bir toplum inşasının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır. Salata kâsesi modeli, kültürlerin yine bir

Çoğunlukçu demokrasi, ulus-devlet sosyolojisinin bu akışına uyum sağlayamamaktadır. Çoğunluk karar alma bakımından belirleyiciliğini korumakla beraber, çoğunluk ilkesi gözardı edilmeden demokrasinin diğer ilkeleriyle birlikte ele alınarak uygulanması halinde çağın ihtiyaçlarına yanıt verebilecek seviyeye ulaşabilecektir²⁵⁸.

5.4.2. Çoğulcu Demokrasi

Çoğunlukçu demokrasi halkın çoğunluk tarafından yönetilmesini kabul ederken, aslında çoğunlukların yönetmesi azınlıkların ise muhalefet etmesini içermektedir. Lewis, demokrasinin birincil anlamının “bir karardan etkilenenlerin, o kararın oluşmasına doğrudan doğruya ya da seçilmiş temsilcileri aracılığıyla katkıda bulunması” ikincil anlamının ise “çoğunluğun iradesinin üstünlüğü” olduğunu söyler ve “kaybeden grubu karar verme sürecinin dışında tutmak açıkça demokrasinin temel anlamının ihlalidir” diye ekler²⁵⁹.

Doğal haklar doktrini insanların vazgeçilemez, devredilemez ve dokunulamaz bir takım hakları olduğu varsayımı üzerine kuruludur. Bu varsayım günümüz insan haklarının temellendirilmesinde en eski felsefi yaklaşım olup kaynağını Antik Yunan’a kadar götürmek mümkündür. Doğal hukukun yasaları her zaman, her yerde ve her insan için geçerli kabul edildiği için evrensel, rasyonel ve mutlak hukuku oluşturur. Doğal hukuk bu ilkeler çerçevesinde iyi, doğru, adil ve haklı olanı tanımlar. İnsan kaynaklı her türlü yasa, kural ve davranış da ahlaki meşruiyetlerini doğal yasalara uygunluğundan alır²⁶⁰.

Çoğulcu demokrasiyi mümkün kılacak iktidarın sınırlandırılması düşüncesi, 17. yüzyıl sonlarında ortaya çıkan ve *doğal haklar* doktrinini temel alan liberal demokrasinin fikri temelleri üzerine kurulmuştur. İnsanların yalnızca insan oldukları için sahip oldukları bu haklar, devletin doğuşundan önceki zamanlara atıf yaptığı için devlet tarafından bu haklara yönelik müdahaleler, doğal haklar eksenli sorgulamaya tabi olacaklardır. Locke’un savunduğu sosyal sözleşme teorisinde

arada yaşamasını öngörür fakat eritme potansiyel aksine bu modelde kültürler ayırt edici özelliklerini muhafaza etmeye devam ederler.

Barın, T. (2011). *Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. s. 35.

²⁵⁸ Barry, N. P. (2003). s. 325.

²⁵⁹ Lewis, W. A. (1965). *Politics in West Africa*, s. 64-65’ten aktaran; Lijphart, A. (1996). s. 25.

²⁶⁰ Uslu, C. (2011). *Doğal Haklar ve Doğal Hukuk: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara: Liberte Yayınları, s. 26.

gördüğümüz gibi sözleşmeye taraf olan insanlar da bu doğal haklarını uhdesinde tutarak sözleşmeyi akdetmişlerdir. Zaten insanların sözleşmeye dair motivasyonlarının kaynağı da bu doğal haklarını korumaktan başka bir şey değildir²⁶¹.

Çoğunlukçu demokrasi ve yanılmaz genel irade, egemene yönetim hususunda herhangi bir sınır getirmedeği gibi çoğunluğun “mutlak” egemenliğini savunmaktadır. Liberalizm bu mutlakiyetçi anlayışa şerh düşerek doğal haklara dokunulamayacağını vazetmiştir. Liberalizm çoğunluğu dizginlenmesi gereken bir aktör olarak görür ve onu sınırlandırmaya soyunur. Çoğulcu demokrasi işte bu girişimin mahsulüdür. Başka bir ifadeyle, çoğulcu demokrasi anlayışı, çoğunluk yönetiminin çoğunlukçu demokrasi anlayışına kayma tehlikesini önleme kaygısından hareketle üretilmiş bir kavramdır²⁶².

Alexis De Tocquivelle 1835 yılında yazdığı Amerika’da Demokrasi (*Democracy in America*) isimli eserinde, çoğunlukçu demokrasi fikrinin egemen olduğu Amerika’da, çoğunluğu dizginleyecek mekanizmalara ihtiyaç duyulduğunu, aksi takdirde azınlıkların mağdur olacaklarını ve bunun ilerisi için tehlikeli olabileceğini belirtmiştir²⁶³. Anayasa yargısı ve çift meclisli sisteme azınlıkların korunması amacıyla sıcak bakan Tocquivelle, çoğunluğun bir gün azınlık olabileceğini aklında tutarak azınlık üzerinde tiranlık, diğer bir deyişle demokratik despotizm, kurmaması gerektiğini savunur²⁶⁴.

Liberalizm kavramının ortaya çıkışı 19. yüzyılın başlarına rastlamaktadır. Her ne kadar Locke ve Montesquieu gibi teorisyenleri bugün liberal olarak anıyor olsak da onlar kendilerini böyle adlandırmıyorlardı. Tocquivelle’in liberalizm ile demokrasinin birbiriyle çeliştiğini iddia etmesi de yeni ortaya çıkmış olan ve olumsuz bir anlamla İspanyada dönemin isyancıları için kullanılan “liberal” tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Ancak geçen zaman içinde demokrasi ve liberalizm ittifak kurmuşlar ve Tocquivelle de demokrasiden kast ettiğinin “liberal demokrasi” olduğunu itiraf etmiştir. Bu ittifak daha eski bir kavram olan demokrasinin liberalizmi kapsamı yerine, liberalizmin demokrasiyi içine katması

²⁶¹ Göze, A. (2013). s. 176-177.

²⁶² Yavuz, B. (2009). s. 292.

²⁶³ Tocqueville, A. (1994). *Amerika’da Demokrasi*, (Çev., Sezal, İ. ve Dilber, F.), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 97.

²⁶⁴ Elster, J. (2009). *Alexis De Tocquivelle, The First Social Scientist*, New York: Cambridge University Press, s. 56.

yoluyla gerçekleşmiştir. Demokratlar, özgürlüğün amaç, demokrasinin ise ona ulaşmada yalnızca bir araç olduğunu kabul etmişlerdir²⁶⁵.

Bu görüş artık o kadar kanıksanmıştır ki, demokrasi kelimesinin tek başına kullanımı “çoğulcu demokrasi”yi çağrıştırır olmuştur. Nitekim Tunç, demokrasi türlerini teker teker açıkladığı makalesinde temelindeki amaca göre demokrasi türlerini sıralarken çoğulcu demokrasiyi “Klasik (Çoğulcu) Demokrasi” şeklinde başlıklandırmıştır²⁶⁶. Ulus-Devlet öncesinde grup ve çıkarların çeşitliliği ve çatışması yıkıcı olarak kabul edilirken, çok fazla çeşitliliği barındıran ulus-devlet ölçeğinde siyasal çatışma demokrasinin normal, kaçınılmaz hatta istenilir bir parçası haline gelmiştir. Yurttaşların kendi çıkarları peşinden koşmalarındansa, kamu yararını amaç edinmelerinin gerekli olduğunu ileri süren antik inanış, kamu yararının bireysel ve grup çıkarına bölünmesiyle savunulması imkânsız bir hal almıştır²⁶⁷.

Çoğulcu demokrasi, toplumun birbirine zıt ya da birbiriyle zaman zaman örtüşen çok farklı çıkar ve yaşam biçimlerine kaynaklık ettiği varsayımından hareket etmektedir. Çoğulcu demokrasi, totaliter bir yapıyı engellemek ve demokratik meşruiyete sahip yürütmeyi sınırlamak idealleriyle klasik liberal teoriyle örtüşür²⁶⁸. Gerçekten de, liberal demokrasilerde çoğunluğun iktidarı, insan hakları ve hukukun üstünlüğü gibi normatif ilkeleri düzenleyen anayasa çerçevesinde sınırlıdır²⁶⁹.

Çoğulcu demokrasi sıklıkla halk egemenliği ile birlikte anılmaktadır. Gerçekte çoğulcu demokasi halk egemenliği karşısında duran ve çağımızın egemenlik anlayışını yansıtan milli egemenlik ilkesinin izdüşümüdür;

“Çoğunlukçu demokrasinin “Milli Egemenlik” anlayışının ürünü, çoğulcu demokrasinin de “Halk egemenliği” anlayışının ürünü olduğu ifade edilir. Esasında bilinenin tersine, “Milli Egemenlik” anlayışının “Halk Egemenliği” anlayışından farklı olarak çoğulcu demokrasi anlayışını beraberinde getirdiğini söylemek de mümkündür. Çünkü, “Milli Egemenlik” anlayışında halkın, temsilci ya da vekiline emir verme yetkisi

²⁶⁵ Sartori, G. (1993). s. 400 – 407.

²⁶⁶ Tunç, H. (2008). s. 1117.

²⁶⁷ Dahl, R.A. (1993). s. 36-37.

²⁶⁸ Göztepe, E. (2011). s. 149.

²⁶⁹ Arslan, Z. (2005). İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasa’sı ve Türk Anayasa’sı Üzerine Notlar, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 22, s. 366.

olmadığından, parlamentoda çoğunluğa sahip kesime oy veren seçmenlerin, temsilcilerine vereceği emir ve talimatlarla azınlık üzerinde “çoğunluk tahakkümü” kurması mümkün olmayacaktır. Oysa “Halk Egemenliği” anlayışında halk (yani seçmen) temsilcisi ya da vekiline emir ve talimat verme imkânına sahip olduğu için, parlamentoda çoğunluğa sahip partiye oy veren seçmenlerin temsilcilerine vereceği emir ve talimatlarla azınlık üzerinde “çoğunluk tahakkümü” kurması mümkün olabilecektir. Ayrıca “Millet” adına hareket etmek, “Halk” adına hareket etmekten daha büyük sorumluluk gerektirir. “Milli Egemenlik” anlayışında “Millet” kavramı, geçmişte yaşamış ve gelecekte yaşayacak fertleri kapsadığı için, çok daha geniş bir kesimi düşünmeyi gerektirecektir. Oysa “Halk Egemenliği” anlayışında “halk” sadece hâlihazırda yaşayan fertleri kapsadığı için, sadece bu fertleri ve dolayısıyla halkın çoğunluğunu tatmin ettiği takdirde amacına ulaşmış olacaktır.²⁷⁰

Demokrasiyle çoğunluk eş anlamlı olarak ele alınamaz. Demokrasilerde çoğunluk ilkesinin sınırları vardır²⁷¹. Demokrasinin meşru biçiminin yalnızca çoğunluğun yönetimi olduğunu açıkça veya zımni olarak ileri sürmek hem yanıltır hem de tehlikeli²⁷². Demokrasi teorisyenlerinin tamamı bireylerin baskıcı çoğunluklara karşı korunması temelinde liberal demokrasiyi meşrulaştırmışlardır. Çoğunluğu neyin sınırlayacağına dair iki yaklaşım mevcuttur. Yaklaşımlardan ilki, hakların güvence altına alınması ile anayasal kontrol ve denge arasında kurumsal mekanizmalarla özgürlüğün önemini vurgularken, diğer yaklaşım kamu yararı açısından ahlaki olarak kendini geliştirmenin içsel değerine dikkat çekmektedir. İki farklı geleneğin yaklaşımlarından biri demokrasiye “araçsal” değer tanırken diğeri demokrasiyi “içsel” bir değer olarak öne çıkarmaktadır²⁷³.

²⁷⁰ Yavuz, B. (2009). s. 291-292.

²⁷¹ Turhan, M. (1988). s. 50.

²⁷² Lijphart, A. (2008). *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory And Practice*, London ve New York: Routledge, s. 114.

²⁷³ Uluşahin, N. (2007). Liberal Demokrasinin Çıkması: Çatışma Karşısında Barış İçin Azınlık Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği, *Anayasa Yargısı*, C. 24, s. 613.

Biz çalışmamızda çoğunluk ilkesinin anayasal sınırlarına değinmekte, demokrasinin içsel değerlerine ilişkin tartışmalara yer vermemektediriz.

5.5. Demokrasi Evriminin Son Halkası: Anayasal Demokrasi

Demokrasi uzun serüveninde nihai olarak anayasal demokrasiye dönüşmüştür²⁷⁴. Demokrasinin, anayasal demokrasi olarak anlaşılması anayasal olmanın gereklerini yerine getirmeyi taahhüt etmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak demokrasideki bu anayasallık, teoride ve pratikte çok fazla sorunu beraberinde getirmektedir. Henüz başlangıçta “Anayasal Demokrasi” kavramının kendisi dahi çelişen iki kelimenin bir arada olması eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bellamy, “Anayasal Demokrasi” kavramının bir totoloji veya oksimoron olarak yorumlanabileceğini iddia ederek başladığı eserinde, temel hak ve hürriyetlere yaptığı vurgu ile bu itirazı kolaylıkla devre dışı bırakmaktadır. Şöyle ki; anayasacılık ile demokrasi birbirine zıt kavramlar olarak anlaşılabilir gibi demokrasinin anayasa ile kodifiye edilmiş olabileceği şeklinde de anlaşılabilir. Hiçbir demokrat, demokrasinin kendi kendisini feshedebileceğini savunamayacağı için temel hak ve hürriyetleri sağlamlaştırmak demokrasinin tabiatında bulunmaktadır²⁷⁵.

Anayasal demokrasi, aynı zamanda liberalizmin sınırlı demokrasi anlayışına tekabül etmektedir. Demokrasi iktidarın halka ait olmasını birinci plana çıkarırken, liberalizm iktidarın parçalanması, her bir parçanın başka organlara emanet edilmesini ve bunların dengelenerek denetim altında tutulmasını önemser. Mutlak iktidar liberallerin ürktüğü bir olgudur. Bu nedenle liberaller sıklıkla Lord Acton’a atıfla iktidarın/gücün yozlaştırıcı tabiatından bahsederler²⁷⁶. Bu nedenle her iktidar gibi çoğunluk iktidarı da sürekli olarak sınırlandırılması gereken bir iktidar türüdür. Ampirik veriler göstermektedir ki, dünyadaki yerleşik demokrasi uygulamalarında iktidarın sınırlandırılması isteği en az çoğunluğun yönetimi kadar güçlü bir biçimde savunulmaktadır. Tarih boyunca yaşanan totaliter ve otoriter deneyimler hürriyetlerin korunmasına öncelik verilmesi sonucunu doğurmuş; çoğunluk istibdadının da en az diğer istibdat şekilleri kadar tehlikeli olabileceği sonucuna ulaşılmıştır²⁷⁷.

²⁷⁴ Gülsoy, Anayasal Demokrasiyi “*Süregeleyen Mücadelenin Yeni Kavramsal Zemini*” olarak tanımlamaktadır. Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 50.

²⁷⁵ Bellamy, R. (ed) (2006). *Constitutionalism and Democracy*, Burlington VT: Ashgate Pub., s. xi.

²⁷⁶ Yayla, A. (1999). Liberalizm ve Demokrasi: Mükemmel Olmayan Birliktelik, Tahammülü Güç Ayrılık, *Sosyal ve Siyasal Teori*, Haz. Yayla, A. 2. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi. s. 64.

²⁷⁷ Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. s. 84.

Çalışmalarını demokrasi üzerine yoğunlaştıran ve yayınlanmaya başladığı 1990 yılından bu yana “*Journal of Democracy*” kurucu editörlüğü görevini yürüten Larry Diamond, liberal demokrasinin 9 özelliğini şöyle belirtir:

“1. Gerçek iktidarın, hesap verilebilirliği olmayan yerli (örneğin silahlı kuvvetler) veya yabancı güçlerde değil, seçilmiş kişiler veya onlar tarafından atanan kişiler elinde toplanması.

2. Yürütme erki, anayasal olarak sınırlandırılmalı ve farklı devlet kurumlarına hesap verebilmeli. (örneğin bağımsız yargı, parlamento, ombudsman, genel denetçi)

3. Zaman içerisinde iktidarın el değiştirebilme olasılığı ve muhalefetin önemli oy gücüne sahip olması ile seçim sonuçlarının belirsiz olması ile anayasal ilkelere bağlı olan her grubun parti kurup seçimlere katılma hakkına sahip olması. (hatta seçim barajı ve sair kuralların, küçük partileri parlamentodaki temsilde kazanan partiye karşı koruması)

4. Kültürel, etnik, dini ve sair azınlıklar ile geleneksel olarak dezavantajlı ve güçsüz çoğunlukların, siyasi süreçlerde kendi çıkarlarını ifade etmelerinin, kendi dillerini konuşmalarının ve kültürlerine uygun yaşamlarının hukuken ve fiilen yasaklanmaması.

5. Vatandaşların kendi çıkar ve değerlerini, partiler ve aralıklı seçimler gibi süregiden ifade ve temsil kanallarının ötesinde, kurmakta ve katılmakta hür oldukları bağımsız dernekler, hareketler ve gruplar gibi kanallarla çeşitlendirebilmesi.

6. Dernekleşmenin bağımsızlığına ve çoğulculuğuna ilaveten, vatandaşların (siyaseten) serbestçe ulaşabilecekleri bağımsız medya gibi alternatif bilgi kaynaklarının bulunması.

7. Bireylerin, inanç, düşünce, tartışma, ifade, yayın, toplantı, gösteri, dilekçe hakkı gibi önemli özgürlüklere sahip olması.

8. Vatandaşların hukuk karşısında siyaseten eşit olmaları (buna rağmen siyasi kaynaklar konusunda aynı şekilde eşit değildirler) ve yukarıda bahsedilen birey ve grup haklarının diğer hükümet organlarınca

kararlarına uyulan ve saygı duyulan bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca etkin olarak korunması.

9. Hukuk devletinin, vatandaşları haksız tutuklama, sürgün, terör, işkence ve onların kişisel hayatlarına karşı haksız müdahalelerden yalnızca devlete karşı değil aynı zamanda organize devlet-karşıtı kuvvetlere karşı da koruması.²⁷⁸”

Burada zikredilen dokuz maddenin tamamına sirayet eden ortak yön, (yukarıda işaret ettiğimiz üzere) her birinin iktidarı sınırlamaya yönelik olmalarıdır. Gelineen noktada çoğunluğun başta anayasa yargısı olmak üzere bir takım kurum ve kurumlar marifetiyle sınırlandırılması gerektiği hususunda bir görüş birliğine varılmıştır. Bu mutabakata getirilen eleştirileri ve sapmaları sonraki bölümlerde inceleyeceğiz.

²⁷⁸ Diamond, L. (1996). Is The Third Wave Over?, *Journal of Democracy*, C. 7., No. 3. s. 23-24.



İkinci Bölüm

Anayasa Yargısının Teorik Temelleri ve Gelişim Süreci

1. Anayasa Yargısının Teorik Temeli: Anayasacılık²⁷⁹

Demokrasinin, insanlara özgür ve adil bir toplumda güvenli bir şekilde yaşama imkânı sunma taahhüdü bulunmaktadır. Bu sistemde yönetici, yönetilenin yani halkın ta kendisidir. Böylece hem yönetilenler hem de yönetenler, kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelecektir. Anayasacılık taraftarları, halkın yekpare olarak düşünülmemeyeceğini, toplumun farklı gruplardan oluşan bir yığın olduğunu ve bundan dolayı ya çoğunluk tarafından ya da kendi kendilerine hizmet etme potansiyeli olan azınlıkların koalisyonu tarafından yönetileceğini iddia ederler. Çoğunluğun, kendilerinden farklı olanlarla, kendilerine rakip olanlara karşı yardımsever bir tavır takınacakları iddiasına da kuşkuyla yaklaşırlar. Çoğunluk kamu yararı kavramını, kendi üyelerinin yararı şeklinde uygulayabilecektir. Anayasacılık yanlılarına göre, toplumun refahını koruyup arttırmada seçimle iş başına gelen hükümetin gerekliliği kabul edilse dahi yöneticilere hatta halkın bizzat

²⁷⁹ “Constitutionalism” kavramının Türkçe karşılığı olarak uzun zamandır “anayasacılık” kullanılmaktaydı. Bu çeviri tam manasıyla kavramın karşılığını vermese de Türkçe literatürde geniş kabul görmekteydi. Özbudun son eserinde, “Anayasalcılık” terimini kullanmayı tercih etmiş, sebebini de şöyle açıklamıştır:

“Türkçe eserlerde, benim daha önceki yazılarım da dâhil, “constitutionalism” deyiminin karşılığı olarak daha çok “anayasacılık” terimi kullanılmıştır. Oysa, “anayasacılık” deyimini, kavramı daha iyi ifade etmektedir; çünkü “constitutionalism” sadece bir anayasanın yapısını veya varlığını değil, temel amacı devlet iktidarını sınırlandırarak birey hürriyetlerini korumak olan, daha özgül nitelikli bir anayasa anlayışını yansıtmaktadır. Prof. Mehmet Turhan da isabetli olarak “anayasalcılık” deyimini kullanmıştır: Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet, Naturel*, Ankara, 2005. *Anayasa, anayasal devlet ve anayasalcılık kavramlarının tartışılması için bkz. a.g.e., Bölüm 3. Ünlü Amerikalı anayasa hukukçusu Walter Murphy de, benzer şekilde anayasacılık ve anayasalcılık terimlerini ayırtmaktadır. Murphy, İngilizcede yaygın terim olan “constitutionalism”i anayasalcılık anlamında kullanmakta, anayasacılık anlamında ise, muhtemelen kendi buluşu olan “constitutionism” terimini önermektedir. “Anayasacılık” bir anayasanın metnine (hatta belki ruhuna da) bağlılık anlamına gelmektedir. Anayasalcılık ise, “insan onuruna saygıyı merkez edinen ilkelere ve bu ilkelerden kaynaklanan yükümlülüklerle bağlılığı” ifade etmektedir. Bir anayasa metnine ve onun yarattığı anayasal düzene bağlılık, her zaman bu ilkelere bağlılığı da içermeyebilir: Walter F. Murphy, *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007, s. 15-16.”*

Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 3., 1. Dipnot.

Konuya dikkat çeken bir diğer Anayasa Hukukçusu da Levent Gönenç’tir. “Constitutional” Türkçeye “anayasal” olarak çevrildiği gibi “constitutionalism” de “anayasalcılık” olarak çevrilebileceğine ve bu terimin anayasal devleti kurmak, savunmak ve sürdürmekle ilgili olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak Türkçe literatürde anayasacılık terimi kabul edilmiş ve yerleşmiş olduğundan, kavramı anayasacılık olarak kullanmaya devam etmiştir. Gönenç, L. (2008). s. 267. 1. Dipnot.

Biz de bu şerhlere katılmakla beraber, Gönenç’i takip ederek, galat-ı meşhur lugat-ı fasihten evladır düşüncesiyle çalışmamızda anayasacılık terimini kullanmayı tercih ettik.

kendisine kurumsal denetleme mekanizmalarının getirilmesi gerekmektedir. Bu endişeleri gidermek ve denetleme mekanizmalarını hayata geçirmek için sundukları çözüm önerisi, önceki bölümün son alt başlığında ele almaya çalıştığımız, melez bir yönetim öngören “anayasal demokrasi”dir²⁸⁰.

Meşruluğun demokrasilerdeki kaynağı katılım olmasına rağmen, liberaller katılımdan çok temel hak ve özgürlükleri ön plana çıkarmaktadırlar²⁸¹. Liberal düşünce geleneğinin bir parçası olan anayasacılık, her iktidar modelinde olduğu gibi çoğunluk iktidarının da sınırlandırılması hedefine yönelmiştir. Bu nedenle pek çok düşünür anayasacılıkla demokrasi arasında daima gerilimli bir ilişkinin bulunduğunu, anayasal demokrasinin ise içinde paradoks barındırdığını iddia etmiştir. Ancak işleyen her demokrasinin bir takım sınırlar içerdiği de bir olgudur²⁸². İktidarın sınırlandırılması gerektiği hususunda tereddütü olmayan hemen her düşünür, anayasacılıkla demokrasiyi bağdaştırmış hatta anayasacılığın demokraside mündemiç olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁸³. Örneğin Dworkin, anayasacılıkla demokrasinin çatıştığına ilişkin görüşlerin yanıltıcı olduğunu, bu görüşlerin demokrasinin ne olduğunun yanlış anlaşılması sonucunda ortaya çıktığını iddia ederek demokrasi ile çoğunluk ilkesini birbirinden ayırarak işe başlanması gerektiğini savunmuştur²⁸⁴. Demokrasi ile anayasacılık arasında teorik ve felsefi gerilimler, bu iki unsuru bağdaştıracak mekanizmaların çağdaş anayasal demokrasilerce geliştirilmesiyle sonuçlanmıştır²⁸⁵.

Esasında, anayasacılık ile demokrasinin bu birlikteliği, asırlar boyu yaşanan türlü sıkıntılar ve acılara dayanmakta, çoğunluğun dizginlenmesi lüzumu radikal demokrasi yanlılarının itirazlarına rağmen tarihten kendisini haklılaştıran kanıtlar bulabilmektedir. Bu hali Friedrich şu şekilde özetlemektedir;

“Batılı anlamda gerçek anayasalar için burada çok karmaşık bir sorun gizlidir. Eğer demokrasi kıta Avrupası geleneğine uygun biçimde “çoğunluk iradesi” ile uygulanan “çoğunluğun yönetimi” olarak

²⁸⁰ Murphy, M. F. (2007). *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, Baltimore: The John Hopkins University Press. s. 1-2.

²⁸¹ Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 51.

²⁸² Holmes, S. (1997). Precommitment and The Paradox of Democracy, içinde *Constitutionalism and Democracy*, (der. Elster, J. ve Slagstad, R.) Cambridge: Cambridge University Press. s. 198.

²⁸³ Bellamy, R. (ed) (2006). *Constitutionalism and Democracy*, Burlington: Ashgate Publishing Company, Introduction, s. xi.

²⁸⁴ Dworkin, R. (1995). Constitutionalism and Democracy, *European Journal of Democracy*, Vol. 3, No. 1, s. 3.

²⁸⁵ Özbudun, E. (2015). s. 7.

yorumlanacak olursa, demokrasi oldukça zalim bir rejim olabilir ve sık sık da böyle olmaktadır. Bu gerçeğin anlaşılacak değerlendirilmesi zamanımızda anayasa yapımının temel itici gücü olmuştur. Böyle bir demokrasinin anayasacılıkla kaçınılmaz çatışması bazı aşırı radikal demokrasi yandaşlarının anayasacılığa karşı olması olgusunu ortaya çıkarmıştır. Ama devrimci veya devrimci harekete benzer halk hareketleriyle özgürlüğe kavuşmuş ülkelerde, hükümet ile vatandaşlar arasında ve bunlarla aracı gruplar arasındaki ilişkiler, sadece anayasa ile istikrarlı bir biçimde örgütlenebilir²⁸⁶.”

Tarihin süzgecinden geçerek olgunlaşan anayasacılık ve anayasal demokrasi fikri, anayasa teriminin anlamına da katkı yapmıştır. Anayasa (*constitution*) kavramı, latince kökeni olan “*constitutio*” uzaklaşarak modern anlamı itibariyle latince kökeninin tam zıt anlamına dönüşmüştür²⁸⁷. 2. Yüzyıldan sonra egemenin çıkardığı yasalar anlamına gelen “*constitutio*” (çoğulu *constitutiones*) zaman içerisinde Kilise tarafından “kutsal kitaba uygun” anlamıyla benimsenmiştir. Anayasanın teleolojik/erekbilimsel anlamı ile uyumlu olarak İngiliz, Amerikan ve Avrupa anayasacılığının gayesi (*telos*), sınırlı devleti gerçekleştirme şeklinde hayat bulmuş, anayasalar da ancak bu amaca hizmet ettikleri takdirde anayasa olarak adlandırılabilmişlerdir²⁸⁸. Sartori “anayasa = devlet düzeni” eşitlemesine karşı çıkar ve bu perspektifle anayasaları anayasacılıkla bağdaşma oranına göre garantiste (gerçek) – nominal (itibari/sahte) – yanıltıcı (*facade*) üçe ayırır. *Garantiste* anayasalar iktidarı gerçek anlamda sınırlarken, nominal anayasalar devlet düzenine ilişkin hükümleri içerir fakat iktidarı ciddi manada sınırlandırmaktan uzaktır. Yanıltıcı anayasalarda ise anayasa metni iktidarın sınırlandırılmasına yer

²⁸⁶ Friedrich, C. J. (1999). *Sınırlı Devlet*, (çev. Turhan Mehmet), Ankara: Gündoğan Yayınları, s. 24.

²⁸⁷ Anayasa ve benzer kavramların türediği Latince “*constituere*” kelimesi, kurmak (*establish*) anlamına gelmektedir. Nitekim (Asli) Kurucu İktidar olarak kullanılan kavramın İngilizce karşılığı “*Constituent Power*”dır. Burada işaret edilen şüphesiz devletin temel teşkilatının inşasıdır. Bu nedenle latince anayasa, “anayasallık/anayasacılık” kriterlerini sağlayıp sağlamadığına bakmaksızın, devletin temel organlarının kurulmasını yeterli görmektedir. Kavram Türkçede de benzer bir anlam değişimi yaşamıştır. 1924 Anayasasının ismi “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu”, olduğu gibi anayasa hukuku için Esas Teşkilat Hukuku kullanıldığı bilinmektedir. Teşkilat da “şekil” kökünden türemiş olup devlet aygıtının yönetim mekanizmasının biçimine dikkat çekmektedir.

Latince köken için bkz. Partridge, E. (2006). *Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English*. London: Routledge, s. 3220-3221 “Stand” maddesi 22. Paragraf.

²⁸⁸ Sartori, G. (1962). Constitutionalism: A Preliminary Discussion, *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4 (Dec., 1962), s. 853-855.

vererek garantist bir anayasa görünümü sağlarken, anayasa hükümleri uygulanmadığı için iktidarın sınırlanması mümkün olamamaktadır^{289,290}.

Anayasaların amacı devlet iktidarını sınırlandırarak bireylerin haklarını garanti altına almaktır²⁹¹. Anayasacılığın gereklerini yerine getirmeyen bir belge “anayasa” ismini taşısa dahi anayasal demokrasiyi teminat altına alamayabilir. Devlet iktidarını etkin bir şekilde sınırlamayan bir hukuki metne, ismi Anayasa olsa bile işlevsel anlamda anayasa denilemez²⁹². Aksi halde Türkçe’de yerleşmiş olan “Anayasalı Devlet” ile “Anayasal Devlet”ten ilkinin gerçekleştirmiş olacaktır ki bu ihtimalde iktidarın sınırlandırılması idealinden oldukça uzak bir düzen ihdas etmiştir. Tüm bu nedenlerle bir ülkede anayasanın yalnızca varlığına bakılarak sınırlı iktidarın tesis edildiğine inanmak yanıltıcı olabilir. Bunun gerçekten sağlanıp sağlanmadığına bakmak için anayasaları irdelemek gerekecektir. Kısaca, her devletin bir anayasası vardır, ama ancak bazı devletler anayasal devletlerdir²⁹³. 1789 Fransız İhtilali neticesinde yayımlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 16. Maddesinde bu durum şöyle ifade edilmektedir;

“Hakları güvence altına almayan yahut kuvvetler ayrılığının tesisine yönelik hüküm bulunmayan toplumun, anayasası da yoktur.”²⁹⁴

Kısa ve öz bir şekilde kaleme alınan bu metin, bir anayasanın ancak mezkûr şartları taşıması halinde anayasa sayılabileceğini, aksi halde anayasacılık karşısı bit anayasa olacağını öngörmektedir²⁹⁵.

²⁸⁹ Sartori, G. (1962). s. 863.

Bu görüşün eleştirisi ve anayasanın orijinal anlamına uygun olarak devlet organlarının kontrolü (*gubernaculum*) ve yargısal sınırının kombinasyonu ile iktidar ve iktidarın kontrolü olduğu tezi için bkz. Maddox, G. (1982). A Note on the Meaning of “Constitution”, *American Political Science Review*, Vol. 76. No. 4. ss. 805-809.

²⁹⁰ Sartori’nin üçlü ayrımıyla Türk Anayasalarını Erdoğan şöyle tasnif etmektedir;

1961 Anayasası ve onun uygulandığı dönemi – 12 Mart dönemi kesintisi hariç – garantist anayasaya yaklaşan bir örnek olarak değerlendirebiliriz. Nominal anayasaya yakın örnekler olarak da 1876 Anayasasının ilk şekli ile 1982 Anayasasının başlangıçtaki hali zikredilebilir. 1924 Anayasasının ise kabaca 1946 – hatta 1950 – yılına kadar yanıltıcı (yazar burada kamuflaj terimini tercih etmektedir) anayasa olarak nitelenmesi uygun olur. Erdoğan, M. (2012). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 41.

²⁹¹ Turhan, M. (1994). Anayasa ve Anayasacılık, *Anme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, Eylül 1994, s. 4.

²⁹² Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi. s. 12.

²⁹³ Özbudun, E. (2015). s. 5.

²⁹⁴ Article 16: *Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution.*

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf

erişim: 13.11.2015

²⁹⁵ Gözler’in bu hali anayasacılıksız anayasa olarak ifade etmiştir. Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, 2011. Cilt 1. s. 134.

İktidarı sınırlandırma maksadına yönelik liberal demokratik sistemler, hürriyetlere anayasal ve politik, kurumsal-prosedürel teminatlar getirmiştir²⁹⁶. Bu teminatlar arasında en etkin olanlardan biri hiç kuşkusuz “Anayasa Yargısı”dır. Teorik temelini anayasacılıktan alan anayasa yargısının özellikle yaşadığımız yüzyılda giderek yaygınlaşması da bu iddiayı doğrulamaktadır.

2. Anayasacılığın Gerekleri

Anayasacılık, hayata geçmesi için olmazsa olmaz kuramsal ve kurumsal yapılara ihtiyaç duyar. Doğal hukuk ve sosyal sözleşme gibi temeller üzerine inşa edilmiş olan anayasacılık, devletin temel işlevlerinin farklı organ ve makamlar arasında paylaştırılmasını, temel hakların anayasal olarak güvence altına alınmasını, devlet iktidarının belli hukuk kurallarına bağlanmasını ve bütün bu hususların nihai güvencesi olarak bağımsız mahkemelerin tesisini gerektirmektedir²⁹⁷.

İktidar ilişkisi içtimai hayatın tabiatından doğar ve bireyler isteyerek veya istemeden bu ilişkinin bir yerinde buluverirler kendilerini. Anayasacılık sosyal hayatın kendisinde varolagelen iktidar olgusuna toptan karşı olmadığı gibi onu yok etmek gibi bir amacı da yoktur. Anayasacılık temelde iktidara güvenmeme düşüncesine dayanır ve iktidarın kötüye kullanılması ile keyfi iktidara karşı mücadele eder²⁹⁸.

Anayasacılık liberal düşünce geleneğinin ürünüdür. Bir siyasî teori, anayasacılıktan uzaklaştıkça liberal düşüncenin, liberal düşünceden uzaklaştıkça anayasacılığın tersine dönüşür²⁹⁹. Hayek, Anayasacılık idealini, Amerika’nın hukukun hâkimiyeti ilkesine bir katkısı olarak görmektedir³⁰⁰. Bu fikrini, Amerikan kolonilerinde yaşayan halkın bağımsızlık mücadelesini, bir parlamentoya karşı yürüttüğü için yasamanın sınırlandırılması gereğine olan inançlarına

²⁹⁶ Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, İstanbul: BFS Yayınları, s. 126.

²⁹⁷ Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). s. 11.; Erdoğan, M. (2012). s. 18.

²⁹⁸ Turhan, M. (1994)., s. 12.

²⁹⁹ Yayla, A. (2012). Anayasa ve Devletin Sınırlanması, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 17, Sayı: 66, Bahar, s. 10 (ss. 9 – 13).

³⁰⁰ Hayek, F. A. (1960) *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press. s. 176-193. 12. Bölümün başlığı: “*The American Contribution: Constitutionalism*”

dayandırmaktadır³⁰¹. Çoğunluk yönetimine ilişkin gayriresmi sınırlamalar, çoğunluğun mutlak iktidarını çok az sınırlayabilir. Çoğunluğun ihtiyatlı ve itidalli hareket edeceği umut edilebilir ve buna güvenilebilir. Fakat çoğunluğun, kendi kendine koyduğu sınırların yine çoğunluk tarafından kaldırılması ihtimal dâhilindedir³⁰². Bu nedenle çoğunluğun sınırlandırılmasına ilişkin kurumsal önlemler öne çıkmıştır.

Özgürlükleri teminat altına alma gayesi, anayasacılık idealine hizmet etmeye adaydır. İktidarın özgürlükler lehine sınırlandırılması ise bir takım ilkelerin kabulünü gerektirmektedir. Bu ilkeler yazarlara göre çeşitlilik gösterse de hemen herkesin ittifak ettiği birkaç esas bulunmaktadır. Bunlar; anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, insan hakları, kuvvetler ayrılığı ve günümüzde biraz unutulmuş olsa da federalizmdir³⁰³.

2.1. Hukuk Devleti ve Anayasanın Üstünlüğü

“Hukuk Devleti³⁰⁴” (*Rechtsstaat*) kavramı 1860’lı yıllarda iki Alman yazar Bahr ve Gneist tarafından, idari işlemlerin yargı tarafından denetimine hukuki bir çözüm bulmak adına ortaya atılmıştır. Fransız kanunilik (*legalite*) ilkesi ile Birleşik Krallıktaki Hukukun Egemenliği (*Rule of Law*)³⁰⁵ deyimini yakın anlamlar taşımaktadır. Kavram, Kıta Avrupasında yaygınlaşmasını ise Jellinek ve Kelsen’e borçludur³⁰⁶.

Anayasa teorisi ve kamu hukukuna özgü bir kavram olan hukuk devleti, keyfiliğin değil adaletin egemen olduğu devlettir³⁰⁷. Hukuk devleti veya hukukun hâkimiyeti, devletin sınırlandırılmasının anahtar kavramlarını oluşturmaktadır.

³⁰¹ Yayla, A. (2014). *Özgürlük Yolu, Hayek’in Sosyal Teorisi*, İstanbul: Profil Yayınları, s. 54.

³⁰² Lijphart, A. (2008). *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory And Practice*, London ve New York: Routledge, s. 113.

³⁰³ Erdoğan, M. (2012). s. 20-23.

³⁰⁴ Hukuk devleti kavramı, hukukun üstünlüğü ile eşanlamlı olarak da kullanılmaktadır.

“Hukukun üstünlüğü (*Rule of Law*) ilk olarak “hukuk devleti” (*rechtsstaat, law-governing state*) anlamına gelir. Buna göre, devlet hukuka bağlı olmalı, yani devletin her türlü faaliyeti hukukun sınırları içinde kalmalı, bütün iş ve işlemleri hukuka uygun olmalıdır. “Hukuk devleti” anlamında hukukun üstünlüğü, ayrıca, kamu otoritelerinin sadece hukukten yetkilendirildiği durumlarda harekete geçmelerini, iş ve işlem yapmalarını, bunun dışında hareketsiz kalmalarını gerektirir. Bu anlamda hukuk devleti hukuk çerçevesinde veya hukuk altında devlet (*government under law*) olarak da adlandırılır.”

Erdoğan, M. (2015). Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet, *Haşim Kılıç’a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 332-333.

³⁰⁵ Kavram günümüzde daha ziyade hukuk devleti olarak Türkçeye çevirilmektedir.

³⁰⁶ Çağlar, B. (1989). s. 166.

³⁰⁷ Yücel, M. T. (2005). *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 73.

Liberalizm teorisi ve bu bağlamda Amerikan deneyimi hukuk devleti ilkesine önemli katkılar sunduğu yadsınamaz fakat en azından teorik düzeyde Kant'ta ifadesini bulan “*Rechtsstaat*” kavramı ile Almanların literatüre eklediği pek çok şey bulunmaktadır. Kant ve Hume tedavüle soktuğu sonrasında ise onlardan etkilenen Hayek'in özetlediği kanunlara ilişkin dört temel ilke şöyle sıralanabilir;

- “1. Kanunlar tamamiyle genel olmalıdır, hiçbir bireye veya gruba olumlu veya olumsuz özel muamele uygulamaya yönelmemelidir³⁰⁸,
2. Kanunlar, insanlara eşit olarak uygulanmalıdır,
3. Kanunlar, geçmişe şamil olmamalıdır,
4. Bütün kanunlar, hükümet dâhil herkesi bağlamalıdır.”³⁰⁹

Hukuk devleti; genel, soyut, önceden bilinebilir, anlaşılabilir ve nispi olarak istikrarlı bir hukuk düzenine ihtiyaç duyar. Bu düzenin ihdası yalnız başına yeterli olmayıp, vatandaşlar kadar devleti ve yöneticileri de bağlaması gerekir³¹⁰. Hayek'in “*The Constitution of Liberty*” isimli eserinin 14. Bölümünün başlığı “Bireysel Özgürlüğün Muhafızı”dır. Bu bölümde hukuk devleti idealinin ancak ve ancak devletin ve yöneticilerin tıpkı bireyler gibi aynı kanunlarla sınırlı olmasıyla mümkün olacağından bahseder ve baskıcı kanunların kendilerine de benzer şekilde uygulanacağını bilen kanun koyucuların bundan geri duracaklarını ekler³¹¹.

Raz, anayasa kavramının ülkelere göre değişik anlamlara geldiğini söyledikten sonra ülkeler içinde de farklı zamanlarda farklı anlamları ihtiva ettiğine işaret etmiştir. Bu tespitlerin ardından “anayasa”dan anlaşılması gerekeni yedi özellik halinde saymaktadır;

- “1. Hukuki ve siyasi yapıyı inşa etmeli,
2. İstikrarlı bir sistem kurmalı,

³⁰⁸ Bu görüşlerine rağmen Hayek, genel olarak “idari yargı” sistemine karşı olmadığı gibi, devlet yetkililerinin ve idari işlemlerin farklı bir hukuk ve yargılama sistemine tabi olmasını hukuk devletine aykırı görmemiştir. Hayek, F. A. (1955). *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo: National Bank of Egypt, s. 33.'ten aktaran Arslan, Z. (2008). s. 23.

Aynı yönde: Hukukun hâkimiyeti özel hukuktan ayrı olarak bir idare hukukunun geliştirilebilmesi imkânını dışlamaz. Hatta bunu gerekli kılabılır. Keza, hukukun hâkimiyeti ilkesi, idari otoritenin kullanılması gereğini, idari sorumluluğun birilerine tevcih edilmesinin lüzumunu da kabul eder. Yayla, A. (2014). s. 47.

³⁰⁹ Yayla, A. (2002). *Liberalizm*, Ankara, 4. Baskı, Liberte Yayınları, s. 205.

³¹⁰ Gönenç, L. (2014). *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 77.

³¹¹ Hayek, F. A. (1960). s. 210.

3. Yazılı olmalı,
4. Anayasanın üstünlüğünü benimsemeli,
5. Anayasaya aykırı kanun ve kurallar geçersiz sayılabilmeli,
6. Katı/Sert anayasa benimsenmeli,
7. Anayasa toplumun temel değerleriyle örtüşmeli.³¹²

Bu yedi madde anayasal devlet idealine hizmet eden bir anayasada yer alması gereken özelliklerin iyi bir derlemesidir. Pek tabi bu yedi maddeye temel hak ve hürriyetlere yer vermesi ve temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin sistemlerin yer alması gibi temel sayılabilecek özellikler de eklenebilir. Biz çalışmamız açısından hukuk devletinin anayasa yargısına dönük kısmına, anayasanın üstünlüğü ilkesine yoğunlaşacağız³¹³.

Anayasanın üstünlüğü kavramı, bir hukuk sisteminde hiyerarşik olarak en üstün otoriteyi anayasaya bahşetmektedir. Kavram aynı zamanda devlet organlarının kurumsal yapısıyla da yakından ilişkilidir. Anayasanın üstünlüğü prensibinin kapsamı daha açıklayıcı bir şekilde şöyle formüle edilebilir: Anayasa kendisinden daha alt kademede yer alan normlardan üstün olduğu gibi aynı zamanda yasa koyucudan da üstündür³¹⁴. İlkenin üç özelliği vardır: 1. Anayasanın, diğer yasal düzenlemelerden farklı olması. 2. Kanun koyucuların anayasa tarafından sınırlandırılmış olması ve anayasa değişikliklerin özel bir usule bağlanması. 3. Kanunların ve sair yasal düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyebilme yetkisini haiz bir kurumun bulunması³¹⁵.

Anayasanın üstünlüğünü hayata geçirebilmek üç adımda mümkün olabilmektedir. Bunlar sırasıyla; yazılı anayasanın varlığı, anayasanın sert/katı bir

³¹² Raz, J. (1998). "On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries", *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, Ed. Alexander L., New York: Cambridge University Press, s. 153-154.

³¹³ Kavrama ilişkin genel çalışmalar için bkz. Özenç, B. (2014). *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağında İşlevi*, İstanbul: İletişim Yayınları; Sancar, M. (2000). *"Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti*, İstanbul: İletişim Yayınları.; Demir, F. (2011). *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Ankara: Orion Yayınları; Küçük, A.; Canatan, B. ve Çoban, A. R. (der.)(2008). *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, Ankara: Adres Yayınları.

³¹⁴ Limbach, J. (2001). The Concept of the Supremacy of the Constitution, *The Modern Law Review*, Vol. 64., No. 1. s. 1. ss. 1-10.

³¹⁵ Limbach, J. (2001). s. 3.

anayasa olması ve anayasaya aykırı normların anayasaya uygunluğunu sağlayacak mekanizmaların bulunmasıdır³¹⁶.

Biçimleri itibariyle anayasalar, yazılı ve yazılı olmayan anayasa olarak ikiye ayrılır. Anayasaların yazılı olmaları, bir ülkede anayasa yargısının yerleşebilmesi açısından zorunluluktur, olmazsa olmazdır. Nitekim yazılı anayasanın bulunmadığı devletlerde anayasallık denetiminin gerçekleştirilememiş olması, bu gerekliliği gözler önüne sermektedir³¹⁷.

Anayasaların değiştirilmesinde izlenen yöntemin sıradan kanunların değiştirilmesinde izlenen yöntemle aynı veya daha zorlaştırılmış olmaları açısından anayasalar, katı/sert (*rigid*) ve yumuşak/esnek (*flexible*) olmak üzere ikiye ayrılır. Yazılı anayasaların neredeyse tamamı, değiştirilmeleri açısından kanunlara göre çeşitli zorluklar içerirler ve bu zorluklar onları katı yapar³¹⁸. Anayasanın katılığı ve üstünlüğü ilkeleri, karşılıklı olarak birbirlerinin hem nedeni hem de sonucudurlar³¹⁹.

Kanunların anayasaya uygunluğu, siyasi (*political*) ve yargısal (*judicial*) olmak üzere iki şekilde denetlenmektedir. Önceleri yalnızca siyasi denetim yeterli görülmekteyken, zaman içerisinde bu denetlemenin etkinliğine kuşkuyla yaklaşılmış ve denetleme görevi bağımsız mahkemelere verilmiştir. Biri diğerinin alternatifi olmayan bu iki yöntem pek çok hukuk düzeninde birarada uygulanmaktadır³²⁰. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi üzerinde duracağız. Tekrara düşmemek adına kısaca şöyle belirtebiliriz: Hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi

³¹⁶ Cappaletti, M. (1971). *Judicial Review in the Contemporary World*, New York: The Bobbs-Merrill Company Inc., s. viii.

³¹⁷ Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 19-23.

³¹⁸ Onar, E. (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını. s. 13-14.

En sık görülen katılık ölçütleri:

- i. Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanması,
- ii. Gerek değişiklik teklifinin yapılmasında, gerek değişiklik teklifinin kabulünde, yasama organında sıradan kanunlara göre daha nitelikli bir yeter sayının aranması,
- iii. Değişiklik teklifinin ikinci bir kez kabulünün gerekmesi,
- iv. Değişiklik sürecinin uzatılması,
- v. Değişikliğin halkoyuna sunulması,
- vi. Federal devletlerde, değişikliğin federe devletlerin çoğunluğu tarafından da onanmasının aranması.

³¹⁹ Tunç, H. (1997). s. 24.

³²⁰ Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi ile Fransa, İtalya ve Sovyetler Birliği örnekleri için bkz. Cappaletti, M. (1971). *Judicial Review in the Contemporary World*, New York: The Bobbs-Merrill Company Inc., s. 1-12.

anayasanın üstünlüğü ilkesi olup, anayasanın üstünlüğü ilkesi de ancak kanunların anayasaya uygunluğunun bağımsız bir organ tarafından denetlenmesiyle etkinlik kazanabilmektedir.

2.2. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı prensibi modern anayasal devletin en çarpıcı işareti ve yüzyılların gayretini içinde barındıran düşünsel yaratıcılığın bir meyvesi olarak tarif edilmektedir³²¹. Her ne kadar kavram bugün giderek ortaya çıkış amacından uzaklaşarak anayasa mühendisliğinin bir parçası haline dönüşmüş gibi görünse de kuvvetler ayrılığı doktrinin ideolojik telos'u özgürlüktür³²².

Teori egemenlik kuramcıları tarafından sıklıkla eleştirilmiş; Kuvvetler ayrılığını Bodin egemenliğin bölünmezliğine aykırı bulurken Hobbes ilkenin kabulünün devletin parçalanması ile sonuçlanacağını ileri sürmüştür. Rousseau da "genel irade" görüşünden hareketle teoriye karşı çıkmaktadır³²³.

Vile, siyaset biliminin giderek ampirik bulgulara daha fazla yer verdiğini, anayasacılık ile anayasal teorinin de yirminci yüzyılda geniş kabul gören siyaset bilimindeki bu metodolojiyi benimsediğini belirtir. Kuvvetler ayrılığı doktrininin, ampirik verilerle değerlendirme yaparken, toplumların özgür kurumsal yapıları benimseyip benimsemediği hususunda önemli bir rol üstlendiğini iddia eder³²⁴.

Kuvvetler ayrılığının anayasacılıkla birleşmesi, devletin yasama, yürütme ve yargıdan oluşan temel kuvvetlerinin, farklı ve birbirinden bağımsız otoriteler elinde toplanması anlayışında yatar. Her bir kuvvet diğerini sınırlandırarak onun kuvvetini azaltır ve böylelikle sınırlı iktidar anlayışına yaklaşılmış olunur. Cornils bu durumu, muktedirlerin çoğalması suretiyle iktidarın sınırlanması olarak tarif etmektedir³²⁵. Gönenç bu tabloyu nehir metaforuyla şöyle açıklar; bir nehir kollara ayrılınca nasıl

³²¹ Cornils, M. (2014). Güçler Ayrılığı, çev. Güneş, A. M., *Anayasa Teorisi*, Depenheuer, O. Ve Grabenwarter, C. (ed). Doğan İ. (çeviri editörü), Anayasa Hukukçuları Derneği yayınları, Lale Yayıncılık. s. 670 (ss. 669 – 713)

³²² Erdoğan, M. (2012). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 203.

³²³ Korkut, L. (2015). Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1. s. 47. s.31-79.

³²⁴ Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2nd Edition, Indianapolis: Liberty Fund Inc., s. 9-10.

³²⁵ Cornils, M. (2014). s. 675.

gücü azalırsa, siyasi iktidar da farklı devlet organları arasında paylaşıldığında yıkıcı olma özelliğini o ölçüde yitirir³²⁶.

Vile klasikleşmiş eserinde kuvvetler ayrılığının fikri temellerini Aristoteles'den başlatır. Aristoteles, siyaset bilimini temelde ikiye ayırmaktadır. Bunlardan ilki bugün yasama olarak adlandırdığımız, kanun yapımına ilişkin olan bölümdür. Burada müzakere, siyaset, eylem (yürütme) ve kanun koyma eylemleri hayat bulur. Siyaset biliminin ikinci kısmı ise kendi içerisinde müzakereye dayalı (*deliberative*) ve yargı olarak ikiye ayrılır. Aristoteles'in yaptığı tasnifte modern zamanlardaki yasama ile yürütmeye ilişkin temel ayrım direk göze çarpmaz. Ancak iyi bir yöneticinin dikkate alması gereken temel üçlü ayrım şöyledir; karar almaya ilişkin (yasama) kuvveti, alınan kararların uygulanmasına ilişkin yüksek dereceli memurların belirlenmesi (*magistracies*) (yürütme) kuvveti ile alınan kararların uygulanması esnasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek üzere yargı kuvvetidir³²⁷. Aristoteles, devletin elinde bulunan erkleri günümüze oldukça yakın bir biçimde yasama, yürütme ve yargı olarak belirlemiş ve fakat bu erklerin ismini zikretmekle yetinmiştir³²⁸. Bu erklerin farklı ellerde toplanması ile birbirini dengelemesi ve denetlemesi gerekliliği fikri kendisinden asırlar sonra ortaya çıkmıştır.

Locke, insanoğlunun zaaflarının bulunduğunu belirtir ve kanun koyucuların yasa yapmanın cezbediciliğine kapılabileceklerine dikkat çeker. Düşünüre göre, yasa yapma ile yasaları yürütmenin aynı elde toplanması halinde, kanun koyucuların, kendilerini kendi koymuş oldukları kurallardan azade hissetmesi ve kişisel çıkarlarını hem yasa yapımı hem de yasaların yürütülmesi esnasında toplumsal çıkarlara yeğleme ihtimalleri bulunmaktadır. Bu ihtimalin önüne geçmek için iyi örgütlenmiş devletlerde yasalar, yalnızca bu iş için bir araya gelen kişiler eliyle yapılmalı ve yasa yapma görevinin tamamlamasını müteakip bu kişiler dağılmalı ve yapmış oldukları bu yasalara toplumun tüm fertleri gibi bağlı olarak hayatlarına devam etmelidirler³²⁹. Locke kuvvetler ayrılığına ilişkin saf bir teori sunmamaktadır. Locke'un teorisinde üçüncü bir kuvvet olarak bağımsız yargı

³²⁶ Gönenç, L. (2014). s. 36.

³²⁷ Vile, M. J. C. (1998). s. 24.

³²⁸ Aristoteles. (2002). *Politika*, (çev. Tunçay), M. 6. Baskı, İstanbul: Remzi Kitabevi. Kitap II, s. 31-69.

³²⁹ Locke, J. (2003). *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, der: Shapiro, I., New Haven ve London: Yale University Press, s. 164.

yoktur. O, yargıyı yasama, özellikle de yürütme içinde yerine getirilebilecek bir görev olarak görmektedir³³⁰.

Çoğunluk egemenliğini sınırlamaya yönelik fikirlerin olgunlaşmasında, antik anayasacılıktan modern anayasacılığa geçiş evresinde kritik rolü Montesquieu üstlenmiştir. Hatta modern anayasacılığın, düşünürün, yöneticilerin yetkilerinin sınırlandırılması gerekliliğine dair görüşlerinin mirası olduğu kabul edilmektedir³³¹. Burada Montesquieu'yu korkuya sevk eden husus "şeref" ilkesi üzerine kurulu olan Monarşilerin şeref ilkesinden uzaklaşarak istibdada dönüşme ihtimalidir. Rütbeye, mevkiye ve soyluluğa dayanan Monarşilerde Kral ve soyluların şan ve şeref kazanma ihtirasından netice itibarıyla halk kazançlı çıkmaktadır. Ancak "şeref" ilkesi bozulursa monarşinin de bozulması kaçınılmaz hale gelir, bu nedenle bir önlem alınmalı yönetici sınırlandırılmalıdır³³². Montesquieu sınırlı iktidara, kuvvetler ayrılığı teorisi ile ulaşılabileceğini iddia etmiş ve kavramı günümüzdeki anlamına en yakın haliyle formüle etmiştir;

"Her devlette üç çeşit erk vardır: Yasama erki; devletler hukuku ile ilgili işleri yürütme erki; ve medeni hukukla ilgili işleri yürütme erki.

Birinci erkle hükümdar veya idareci, geçici veya sürekli kanunlar yapar ve yapılmış bulunanları da düzeltir veya yürürlükten kaldırır. İkinci erkle savaş veya barış yapar, elçi gönderir veya kabul eder, güvenliği kurar, istilaları önler. Üçüncü erkle suçluları cezalandırır veya kişiler arasındaki anlaşmazlıkları yargılar. Bu sonuncu erke "yargı erki" ve diğerine de sadece "devletin yürütme erki" adı verilir.³³³

Montesquieu'da yargı ilk defa yasama ve yürütmeden bağımsız bir kuvvet olarak yer almıştır. Düşünür yalnızca üç kuvvet olduğunu tespit etmekle kalmamış,

³³⁰ Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2nd Edition, Indianapolis: Liberty Fund Inc., s. 64-65.

³³¹ Levy, J. B. (2009). Montesquieu's Constitutional Legacies, *Montesquieu and His Legacy*, editör: Kingston, R. E. Albany: State University of New York Press. s. 133.

³³² Gürkan, Ü. (1988). Montesquieu ve Kanunların Ruhu (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme), *Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1-4. s. 23.

Montesquieu ilkelerin önemini ayrıca şöyle belirtir:

"Yönetimin ilkeleri bir kez bozulunca, en iyi kanunlar bile kötü olur ve devletin aleyhine işlemeğe başlar; fakat ilkeler sağlam ise, kötü kanunlar bile iyi kanunlar gibi işler; zira ilkenin gücü herşeye egemendir" Esasen "ilkelerini iyi koruyan bir ülkede iyi olmayan pek az kanun vardır". (s. 24'ten naklen)

³³³ Montesquieu. (1947). İngiltere'nin Esas Teşkilatı, çev. Özyörük, M. *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. 2, S. 1-2, s. 75.

aynı zamanda bunların ayrılması gerekliliğine, yargıya özel önem vererek işaret etmiştir;

“Eğer aynı idarenin kişilik veya yapısında, yasama erki yürütme erkiyle birleşmişse, hiçbir şekilde hürriyet yoktur. Çünkü aynı monark’ın veya aynı senato’nun, zalimce yürütmek için zalimce kanunlar yapmasından korkulabilir.

Yargı erki de, yasama ve yürütme erklerinden ayrılmış değilse gene hürriyet yoktur. Eğer bu erk, yasama erkiyle birleşirse, vatandaşların hayat ve hürriyetleri üzerinde idare, keyife kalmış idare olur. Çünkü yargıç, kanun koyucusu durumuna geçer. Şayet yargı erki, yürütme erkiyle birleşirse, yargıç, korkunç bir zalim kesilir.”³³⁴

Parlamento yasaları yapacak, Kral yürütecek, yargı ise bireysel uyuşmazlıkları çözecektir. Her bir erk yalnızca birbirini denetlemekle kalmayacak aynı zamanda kendi içlerinde uzmanlaşma imkânına sahip olabilecektir. Kuvvetler ayrılığının en önemli unsuru olarak bütün yönleriyle bağımsız yargı ön plana çıkmaktadır³³⁵.

Montesquieu yargı erkinin bağımsızlığına önem vermesine karşın, bu erk üzerinde diğer erklerden daha az durmuştur. Yargıçlar halk arasından seçilir ve yasama ile yürütme gibi sürekliliğe sahip değildir; işin gerektirdiği sürece etkindir. Montesquieu, yargıçları tek bir ağızdan yasaları okuyan insanların biraraya geldiği adeta cansız varlıklardan oluşan bir organ olarak tahayyül etmiştir³³⁶. Yani yargıçlar, kanunların sözlerini telaffuz eden birer ağız olmalı ve yorum yoluyla kanunun dışına çıkmamalı, yeni kurallar koymamalı, kanunun sözlerini yumuşatmamalı veya sertleştirmemelidir³³⁷.

Kökeni Antik Yunan’a kadar dayanan kuvvetler ayrılığı teorisi, devlet iktidarının sınırlanmasında etkin bir araç olarak çağımızda da kullanılmaktadır. Ancak kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanan sistemlerde (parlamenter veya yarı-başkanlık modeli) yasama ile yürütme arasındaki denge-denetim mekanizması işlerliğini büyük ölçüde kaybedebilmektedir. Bu nedenle devlet

³³⁴ Montesquieu. (1947). s. 75,

³³⁵ Shklar, J. N. (1987). *Montesquieu*, Oxford ve New York: Oxford University Press. s. 113.

³³⁶ Ağaoğulları, M. A. (Ed.) (2014) *Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler*, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 237.

³³⁷ Gözler, K. (2011). C. 1. s. 548.

iktidarını sınırlandırmada günümüz demokrasilerindeki en büyük rol bağımsız yargıya düşmektedir. Burada da şüphesiz en kritik vazifeyi anayasa yargısı ifa etmektedir.

2.3. Federalizm³³⁸

Federalizm, anayasacılığın günümüzde ihmal edilen fakat orijinalinde fazlasıyla belirgin olan bir özelliğidir. Erdoğan federalizmin yerini, “federalizmin anayasacılık düşüncesinin temellerinden biri olduğu bugün unutulmuş gibidir” ifadesiyle vurgulamaktadır³³⁹. Federalizm, yasama işlevini merkez (federal devlet) ile çevre (federe devlet) arasında paylaştırırken, devletleri de birbirlerinin sınırlarına müdahale etmekten alıkoyar ve böylece iktidara sınırlama getirmiş olur³⁴⁰. Federalizmin bu kadar önem arz etmesinin tarihsel sebepleri olduğu kadar, kuvvetler ayrılığı gibi iktidarı sınırlandıran bir amaca hizmet etmesi de belirleyici olmuştur. Bu nedenle Hayek, Amerika’nın iktidarın sınırlandırılmasına hizmet eden iki büyük katkısını anayasacılık ve federalizm olarak belirtmiştir. Bu görüşü paylaşan Friedrich, federalizmi önemser ve federalizmin anayasacılığın en önemli görünüşünü oluşturduğunun dahi iddia edilebileceğini savunur³⁴¹.

Federal sistemin benimsendiği başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere çeşitli ülke örneklerinde dikkat çeken ilk özellik, federalizmin diğer devlet modellerinden farklı olarak ilgili toplumun tarihi ve coğrafi özellikleriyle yakından ilişkili olmasıdır³⁴². Livingston’ın da isabetle belirttiği gibi, federalizmin kurumsal

³³⁸ Bu başlık altında federalizm detaylı bir şekilde açıklanmayacak, yalnızca anayasacılıkla doğuştan gelen irtibatı ve iktidarın sınırlanması bakımından nasıl bir araç olduğu incelenecektir. Federalizm ile anayasa yargısı arasındaki irtibata ilişkin daha geniş bilgi, “4.2.1. Anayasa Yargısının Federal Mantiği” başlığı altında verilmiştir.

³³⁹ Erdoğan, M. (2012). s. 22.

³⁴⁰ Heywood, A. (2004). *Political Theory: An Introduction*, 3rd Edition, New York: Palgrave Macmillan s.113-114.

³⁴¹ Friedrich, C. J. (1999). s. 83.

³⁴² Federalizmin toplumsal kökleri için bkz. Ulusoy, D. Ç. (2015) Federal Toplumu Anlamak: Federal Sistemlerin Sosyolojik Yaklaşımına Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3. ss. 595-636.

“Literatürde siyaset bilimcilerin, federal sistemin anayasal yapısına ilişkin fikirlere, anayasalcı yaklaşımların ise, devlet yetkileri arasındaki ilişkilere, siyaset bilimi çalışmalarına ve kamu yönetimi atıflarına sınırlı olarak yer verdikleri eleştirilmektedir. Bununla birlikte sosyolojik yaklaşım, federal sistemi ve federalizmi değerlendirirken, sadece anayasalar ve hukuki yapıyı incelemekle kalmayıp, bunların ötesine de bakılması gerektiğini ileri sürmüştür. Yaklaşımın, federal sistemin oluşumu ve işleyişinde, salt kurumsal ve anayasal mekanizmaların değerlendirilmesinin yetersiz olduğuna ilişkin görüşleri, bugün hala literatürde önemli bir yere sahiptir.

Sosyolojik yaklaşımın önemli kazanımlarından bir diğeri şüphesiz ki kurumsal yapı ile toplumsal yapıyı birbirinden ayırmasıdır. Bu, görünen yapı ile gerçekliğin farklılık arz edebileceğini yani hukuki olan ile fiili olanın ayrılması gerektiğine işaret etmektedir. Federal sistemler açısından bu durum federal anayasalar ile

araçlarının şekil ve işlevleri, toplumun içinde varolan federal tabiatın yüzeysel tezahürden ibarettir. Federalizmin cevheri, kurumsal veya anayasal yapıda değil bizatihi toplumun kendi içerisinde³⁴³.

Federalizmin teorik düzeyde dönüm noktası, 18. Yüzyılın sonlarında Philadelphia'da gerçekleşen kongrede gerçekleşmiştir. Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay tarafından kaleme alınan 85 adet yazıdan müteşekkil *Federalist* (daha sonra *The Federalist Papers* olarak toplanmıştır) federal sistemin nasıl işler bir devlet düzeni haline dönüşebileceği üzerine, uygulamada da karşılaşılan sorunlardan ilham alınarak ortaya konulmuş bir yazı dizisidir. Bu çalışmanın sosyal realitelerden hareketle insan aklıyla ortaya konmuş ve halen işlemekte olan güzel bir anayasa mühendisliği çalışması olduğu inkâr edilemez³⁴⁴.

Federalizmin kritik önemi tıpkı kuvvetler ayrılığı gibi – hatta belki daha fazla – iktidarı sınırlandırmada araç olarak kullanılmaya müsait yapısıdır. Federal model, devlet iktidarını dikey olarak dağıtmak suretiyle merkezde oluşabilecek aşırı güç temerküzünü önlemeye elverişli bir sistem inşa etmektedir³⁴⁵. Başka bir ifadeyle, federalizm de fonksiyonel kuvvetler ayrılığından farklı olarak, yerel kuvvetler ayrılığı sağlayarak iktidarın kötüye kullanımının önüne geçilmiş olur. İktidarın bu şekilde bölünmesi birçok durumda fonksiyonel bölünmeden daha etkin olabilmektedir³⁴⁶.

Federal devlet anayasalarında yetki paylaşımına ilişkin temelde iki tercih bulunmaktadır. İlk tercihte anayasal yetki paylaşımı, federal yasama organının yetkilerinin anayasada tahdidi olarak sayılması ve kalanlarının federe devletlerin kendi yasama organlarına bırakılmasıdır. İkinci anayasal yetki paylaşımında ise, tam tersi olarak anayasada federe devletlerin yasama organlarının yetkileri tahdidi

federal uygulamalar arasında ayırım olmasını sağlamıştır. Onlara göre federal sistem, toplum içerisindeki bireyler ile farklı görüşlere sahip bireyler arasındaki çeşitliliştir. Bu yaklaşıma göre, fiilen federal özellik arz eden sistemler, birer federal toplumdur. Federal toplum ise sistemin hukuken federal olarak oluşmasında birincil rol oynar. Toplumsal çeşitlilikler ya da desenler kurumsal yapıyla özdeş de olmalıdır aksi halde bu sistemde uyumsuzlukların çıkması muhtemeldir.” (s. 629’den naklen)

³⁴³ Livingston, W. S. (1952). A Note on the Nature of Federalism, *Political Science Quarterly*, Vol. 67. s. 84. Gözler de benzer biçimde federalizmin nedenlerini; Tarihsel Nedenler, Dış Tehdit, Coğrafi Büyüklük ve Kültürel ve Etnik Bölünmüşlük olarak sıralamaktadır. Gözler, K. (2011). C. 1. 523 – 525.

³⁴⁴ Dicey, A. V. (2008). *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, ed. VandeWetering, R. Indianapolis: Liberty Fund, Inc., s. 325. dipnot 73.

³⁴⁵ Erdoğan, M. (2012). s. 30.

³⁴⁶ Friedrich, C. J. (1999). s. 100.

olarak sayılır, kalanlar federal devletin yasama organına bırakılır³⁴⁷. Bu yetki paylaşımında yetki aşımalarının tespiti ve engellenmesi amacıyla her iki organdan da bağımsız uyuşmazlıkları çözebilecek üçüncü bir merciye ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaca binaen, federe devletlerin kendi aralarında ve federal devletle federe devletler arasında ortaya çıkabilecek anayasal (yetki) uyuşmazlıklarının çözümünde “Anayasal Hakem” olarak bir yüksek mahkemeye yer vermesi, federalizmin iktidarı sınırlamadaki rolüne işaret eder³⁴⁸.

3. Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışını Açıklayan Teoriler

Anayasa yargısı, kısaca doğrudan doğruya anayasaya riyeti sağlayan yargı işlemi olarak tanımlanabilir³⁴⁹. Atay, anayasa yargısının başlıca işlevlerini şöyle belirtmektedir;

- “1. Federal bir devlette, federe devlet ile federal devlet arasındaki anayasal ilişkilerin işleyişini güvence altına almak,*
- 2. Devletin siyasi organları arasındaki anayasal ilişkilerin güvenliğini sağlamak,*
- 3. Normların anayasaya uygunluğunu denetlemek,*
- 4. Temel hak ve hürriyetleri korumak ve güvence altına almak,*
- 5. Siyasi temsilin seçimlerinin anayasal ve yasal ilkelere uygunluğunu sağlamak,*
- 6. Anayasayı ve anayasal düzeni siyasi düşmanlarına karşı korumak.”³⁵⁰*

Anayasa yargısının ortaya çıkışını açıklayan teoriler, genellikle buradaki işlevlerden bir veya birkaçını ön plana çıkarmak suretiyle anayasa yargısının temel işlevini saptamaya çalışmaktadırlar. Teorilerin bir kısmı, hukuki perspektiften ziyade siyasi veya ekonomik bakış açısı sunmaktadır. Çünkü Anayasa Yargısının ortaya çıkışı salt hukuki bağlamda açıklanabileceği gibi tarihsel, siyasi, ekonomik

³⁴⁷ Uygun, O. (2007). *Federal Devlet Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 146 – 153. Gözler, K. (2011). C. 1. s. 516-519.

³⁴⁸ Erdoğan, M. (2012). s. 30.

³⁴⁹ Tunç, H. (1997). s. 18.

³⁵⁰ Atay, E. E. (2009). Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli, içinde *Prof. Dr. Ali Naim İnönü’ne Armağan*, der. Ünal, M. ve diğerleri, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 1086-1087. Ss. 1077-1109.

ve sair sosyal olaylarla da irtibatlandırılarak açıklanabilmektedir. Bu teorilerden bir kaçını aynı yerde ve anda geçerli olabileceği gibi ilgili teorinin geçerliliği) aynı ülke için dönemselsel olarak da değişebilmektedir.

3.1. Kuvvetlerin Yatay ve Dikey Sınırlarının Muhafazası İçin Anayasa Yargısı

Anayasa yargısı, devletteki her bir kuvvetin işlevini kendi sınırları içerisinde kalarak sürdürebilmesini sağlama potansiyeli ile varlık göstermeye başlamıştır. “Kurumsal Zorunluluk” olarak da tanımlanan bu teze göre anayasal düzen içinde belirlenmiş kurumsal yapı, anayasa yargısını gerekli kılmaktadır. Merkezdeki organlara sınırlar çizerek ayrı işlevler yükleyen yatay kuvvetler ayrılığında olduğu gibi, federal devlet yapısı içerisinde federal ve federe devletler arasındaki ilişkinin sınırları bağlamında dikey kuvvetler ayrılığı da aynı şekilde anayasa yargısını gerektirmektedir³⁵¹.

Federalizm, çalışmamız içerisinde hem anayasacılığın gerekleri başlığı altında teorik yönüyle hem de anayasa yargısının gelişim sürecinin anlatıldığı bu başlıkta (ABD örneği bağlamında) pratik yönüyle açıklanmaya çalışılmıştır. Tekrara düşmemek adına burada yalnızca federalizm ile anayasa yargısı arasındaki kaçınılmaz ilişkiye yer verilecektir. Federalizm ile anayasa ilişkisinin anayasanın öncesine ve sonrasına bakan iki yönü bulunmaktadır. Anayasa hem federal sistemin kaynağı hem de federe devletler arasındaki bağın niteliğini oluşturmaktadır³⁵².

Ginsburg’un “anayasa yargısının federal mantığı” (*the federal logic of judicial review*) olarak isimlendirdiği bu yapı, Amerikan Anayasal sisteminin kabul edildiği ilk dönemlere gönderme yapmaktadır. Bu anlamda federalizm ile anayasa yargısı arasındaki ilişkinin kaynağı, farklı yasama organlarının çıkardığı yasalar arasında ortaya çıkabilecek muhtemel çelişkilere odaklanmıştır. Bir tarafta federal yasalar ve anayasa, diğer tarafta ise federe devletlerin anayasaları ve mevzuatları yer almaktadır. Her ikisinden de bağımsız üçüncü bir organ, devletin bu iki farklı kademesi arasındaki potansiyel uyuşmazlıkları çözecektir. Federal mantık, yapısal ve işlevselci bir karaktere sahiptir ve anayasa yargısına dair esas vurgusu,

³⁵¹ Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 99. Ayrıca bkz. Ulusoy, D. Ç. (2015). Federal Sistemlerde Hükümetlerarası Eğilimler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4.

³⁵² Uygun, O. (2007). s. 176.

katmanlı kanun koyucuların ve karışık siyasi yapıların arasında kaçınılmaz olarak ortaya çıkabilecek ihtilafların giderilme ihtiyacını ele almaktır³⁵³. Dicey'ye göre federalizm, kanunilik ile anlamdaştır ve ruhu, yargının anayasa üzerindeki baskın karakteriyle şekillenmiştir. Bu ise yargının üstünlüğüne kapı aralamaktadır³⁵⁴.

Federal sistemini benimseyen tüm devletlerde, federe devletlerle federal devlet arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmekle görevli bir yüksek mahkemeye yer verilmesi de bu ihtiyacın ciddiyetini göstermektedir. Federal sistemi benimseyen ABD, Avusturalya, Kanada, Avusturya, Almanya bu anlamda örnek teşkil ederler. Yargısal denetim haricinde SSCB'de görünen, federal devlet ile federe devletler arasındaki uyuşmazlığı çözme vazifesini politik bir kuruma verildiği bir örnek de mevcuttur. SSCB'de Yüksek Sovyet Prezidyumu'nun böyle bir görevi de vardı, fakat 1989 tarihli anayasa değişikliği ile bu görev Prezidiyum'dan alınarak anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli olan "Anayasa Denetim Komitesi"ne verilmiştir³⁵⁵.

Federalizm, ABD'de 150 yıla yakın istişare edildikten sonra *federalist papers*'tan görebildiğimiz kadarıyla oldukça çetin tartışmalar neticesinde kurulabilmiştir³⁵⁶. Yüksek Mahkemenin kurulmasına anti-federalistler, federal devletin çıkarlarını daha fazla gözetebileceği ve federe devletlerin yetkilerini sınırlandırabileceğinden bahisle karşı çıkmaktaydılar³⁵⁷. Daha kısık sesle olsa da halen varlığını sürdüren bu çekinceleri haklı çıkartacak olaylar da yaşanmıştır. Gerçekten de ABD'de yüksek mahkemenin genel tutumu federe devletler aleyhine,

³⁵³ Ginsburg, T. (2008). The Global Spread of Constitutional Review, *The Oxford Handbook of Law and Politics* Whittington, K. E.; Kelemen, R. D.; Caldeira, G. A. (ed). New York: Oxford University Press, s. 83-84.

³⁵⁴ Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Michener, R. E., Indianapolis: Liberty Fund Publications. s. 142.

³⁵⁵ Teziç, E. (1991). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 128. Uygun, O. (2007). s. 274.

³⁵⁶ "Amerika'da federalizmin emarelerine 1643'ten itibaren rastlanmaya başlanır. Bu tarihte yeni İngiltere Kolonileri (*The United Colonies of new England*) adını verdikleri bir konfederasyon kurmuşlardı. Bu şüphesiz bir başlangıçtı...

1754 senesinde anavatan Amerika müstemlekelerine Fransa'ya karşı cephe alınması hususunda daha sıkı işbirliğinde bulunmayı teklif etti. Bunun için bir Kongre toplandı ve delegeler müdafaa hususunda birleşmek fikrini kabul etmekle kalmayarak daha sıkı bir federasyon kurulmasının çarelerini aramaya başladılar. Münakaşaları Benjamin Franklin yürütüyordu...

Franklin planı bugünkü anayasanın bir nüvesini teşkil eder, mamehitt ittifak sağlayamadı."

Lütem, İ. (1951). Cihanşümül bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1, s. 317-318.

³⁵⁷ "Federal devletlerde, yetki uyuşmazlıklarının çözümü için yaygın olarak kullanılan yöntemin, yani federal yönetim alanında kurulan ve üyeleri de genellikle bu yönetim tarafından atanan bir yargısal kurumun, ideal bir sistem olduğu söylenemez. Bu sistemin en çok eleştirilen yönü, oluşturulan kurumların tarafsızlığı konusunda bazı kuşklara yol açmasıdır." Uygun, O. (2007). s. 276.

federal devlet lehine olmuştur. Bu nedenle yargının federalizmi koruma işlevini siyaset kurumuna bırakması ve bu korumanın özellikle de senato eliyle gerçekleştirilmesi gerektiği hususunda önemli bir literatür oluşmuştur. Siyasal koruma teorisi (*political safeguard theory*) olarak isimlendirilen teze göre, yargı eyaletleri korumak amacıyla federal hükümetin anayasaya aykırı eyalet yetkilerine taşma girişimlerine müdahale etmek yerine, Anayasanın öngördüğü ulusal siyasi süreçlerin etkin bir biçimde işlenmesini sağlamalı ve yalnızca ona müracaat etmelidir³⁵⁸.

Kuvvetler ayrılığının hedefi gücün devletin belirli bir organında temerküzünün önüne geçmektir. Kuram, iktidarı sınırlandırmak için onu parçalamış, iktidarı başka iktidar ile durdurmaya yönelmiştir³⁵⁹. Bunu dikey olarak federal sistemle hayata geçirebileceği gibi yatay olarak yasama-yürütme-yargı olmak üzere üçe ayırarak da gerçekleştirebilmektedir. John Locke, Lord Bolinbroke ve bilhassa Montesquieu'nun fikri temellerini attığı bu kavram, Fransız ihtilali sonrasında Avrupa'da devlet kuramları içinde son derece önde ve seçkin bir yere sahip olmuştur³⁶⁰.

Bu teoride kuvvetlerin yalnızca kendine özel işlevleri yine kendi sınırları içerisinde daraltılmış şekilde yapmaları gerekmektedir. Yasaların soyut ve genel nitelikte olması, yürütmenin yasama işlemi niteliğinde düzenleyici işlem yapamaması bu daraltılmış sınırların bir kısmını oluşturmaktadır. Yargı ise bu sınırların ihlal edilip edilmediğini tespit eden kuvvet olduğu için ayrı bir önemi haizdir. Bu görevi gereği gibi yerine getirebilmesi ise ancak bağımsızlığının sağlanması ile mümkün olabilmektedir³⁶¹.

Federal devlet örgütlenmesindense üniter devlet yapısını tercih eden ülkelerde kuvvetler ayrılığı, federalizmde olduğu gibi dikey ayırma yolu ile değil,

³⁵⁸ Yoo, J. C. (1998). Judicial Review and Federalism, *Harvard Journal of law & Public Policy*, Vol. 22, s. 197, ss. 197-205. Ayrıca bkz. Magarian, G. P. (2001). Toward Political Safeguards of Self-Determination, *Villanova Law Review*, Vol. 46, No. 6, ss. 1219-1258. Yoo, J. C. (1996). The Judicial Safeguards of Federalism, *Southern California Law Review*, Vol. 70 ss. 1311-1406.

Yalnızca federal yönetimin organı olması sebebiyle, mahkemenin taraflı bir şekilde federal yönetimin yetkilerini güçlendirme eğiliminde olacağı söylenemez. Kanada'da yüksek mahkeme uzun yıllar federal yönetimin yetkilerini sınırlama yönünde tutum takınırken, New Deal'a ilişkin olarak Roosevelt'in federal yönetimin yetkilerini arttıran önerilerinin Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından reddedilmesi de buna örnektir. Uygun, O. (2007). s. 276.

³⁵⁹ Turhan, M. (1995). Anayasalcılık ve Kuvvetler Ayrılığı, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 108, ss. 106-114.

³⁶⁰ Doehring, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı*, (çev. Mumcu, A.) Ankara: İnkılap Kitabevi, s. 193-195.

³⁶¹ Doehring, K. (2002). s. 196-197.

yatay kuvvetler ayrılığı modeli ile gerçekleşmektedir. Yatay kuvvetler ayrılığı, devletin üstün gücünün sınırlanması ve farklı kuvvetlerin (yasama-yürütme-yargı) kendi sınırları içerisinde etkin bir şekilde hareket etmesini sağlamaktadır. Uygulamada, anayasa mahkemeleri, devlet organlarının her birine özgü yetki alanına yönelik bir tür bekçilik rolü üstlenmişlerdir³⁶². Bu rol demokratik temsil aracı olmayan yargı mercilerine fazlaca yetki verildiğine dair eleştirileri de beraberinde getirmiş ancak zaman içerisinde bunlar aşılmıştır. Örneğin Fransa’da, Rousseau’nun geniş kabul gören “genel irade” teorisi sebebiyle Anayasa Yargısı ciddi bir direnişle karşılaşmıştır. 1958 Fransız Anayasa’sında, yürütmenin üstünlüğünü koruyacak bir teknik olarak düzenlenen Anayasa Konseyi’nin kuruluş misyonu, rasyonelleştirilmiş parlamenter rejim mekanizmalarında ve Anayasayla gelen normatif sistemde bozulmaları engellemektir. Ancak zaman içerisinde Konsey kararları öncülüğünde yapılan anayasa değişiklikleri neticesinde Fransa Anayasa Konseyi de diğer Anayasa Yargısı kurumlarına benzer şekilde anayasal düzenin koruyucusu haline gelmiştir³⁶³.

Kuvvetler ayrılığı tezinin, günümüzde bambaşka bir boyut kazanan anayasa yargısı kurumunu açıklamakta tek başına yeterli olmadığı açıktır. Ancak gerek yatay gerekse de dikey anlamda kuvvetler ayrılığının, anayasa yargısının orijinal halinin doğuşuna sunduğu katkılar inkâr edilemez.

3.2. Normativist Hukuki Pozitivizmin Bir Gereği Olarak Anayasa Yargısı

Modern düşüncenin bir ürünü olan hukuki pozitivizm, esasen Auguste Comte’un sosyal bilimlere uyguladığı pozitivizminin hukuktaki görünümüdür. İnsan düşüncesinin gelişimini üç devreye ayıran Comte’a göre ilk devre, olguların olağanüstü nedenlerle açıklandığı “teolojik dönem”; ikinci devre, olguların görünümünün altında idealler ve ilkelerin var olduğuna inanılan “metafizik dönem”; üçüncü ve son devre ise tarih, felsefe ve bilimde varsayıma dayanan her türlü yapıyı reddeden, olayların gözlem ve karşılıklı ilişkilerin araştırılmasıyla açıklanabileceğini kabul eden “pozitivist dönem”dir³⁶⁴.

³⁶² Gülsoy, M. T. (2007). s. 104.

³⁶³ Çağlar, B. (1988). “Yeni Anayasacılık” Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 1-3. s. 34-35.

³⁶⁴ Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivizm, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35. S. 1-4. s. 19.

Pozitivizmin hukukla birleşmesi, hukuk biliminin, normların açıklanmasından başka bir görevi bulunmadığını savunan Kelsen'in saf hukuk teorisiyle (*pure theory of law*) bilimsel bir zemine oturmuştur. Kelsen, aynı isimli eserinin ilk sayfasında teorinin amacını kısaca şöyle anlatır: *Saf hukuk teorisi, pozitif hukukun teorisidir ve neyin hukuk olduğu sorusuna yanıt arar. Neyin hukuk olması gerektiği ile ilgilenmez. Bu bir hukuk bilimidir (jurisprudence), hukuk politikası (legal politics) değildir*³⁶⁵.

Alman pozitivizmi ve Stammler'in saf hukuk teorisi ile Neo-Kantizmin etkisi altında kalan Kelsen, bilimin bir malumat yığını olmadığı, belirli bir metotla elde edilen sistemli bir bilgi manzumesi olduğundan hareketle yeni bir hukuk kuramı inşa etmiştir³⁶⁶. O'na göre hukuk biliminin de tıpkı diğer bilimler gibi dış etkilere bağımsız gerçek bir bilim olarak ele alınması gerekmektedir. Hukuk bilimi için 'saf'lığın sağlanmasının ise metotta çözüleceğine inanıyordu. Metot saflaştıkça hukuk yabancı unsurlardan arınacak; hukukun ödevi için gerekli ve sürekli olan unsurlar bir araya gelerek, değişken ve geçici unsurlar kenara atılacaktı³⁶⁷.

Metottaki saflaşmayı sağlayacak temel prensip olan "birlik ilkesi" Aral tarafından şöyle sıralanmaktadır:

1. Bir temel norm hipotezi ile hukuk biliminde bilgiye yönelik görüş açısının birliği,
2. Hukukun yaratma ve yaratılması bağintısının birliği aracılığı ile hukuk düzeninin birliği,
3. Hukukun yaratılması ile hukukun uygulanmasının birliği,
4. Hukukun görünüm biçimlerinin, hukukun kademeli yapısı teorisi aracılığı ile birleştirilmesi,
5. Kanuni hukukla, örf ve adet hukukunun birliği,
6. Sübjektif hukukla objektif hukukun birliği,
7. Hukuki yetki ile hukuki yükümlülüğün birliği,

³⁶⁵ Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, İngilizceye çev. Knight, M., New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd., s. 1.

³⁶⁶ Akbay, M. (1947). Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV., S. 1-4. s. 31.

³⁶⁷ Güriz, A. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Ankara, Siyasal Yayınevi, s. 335.

8. *Hukuk süjesi ile hukuk normunun birliğı,*
9. *Gerçek kişi ile tüzel kişinin birliğı,*
10. *Devletle hukukun aynılığı,*
11. *Hukuk düzeninin bağımsızlığının, birliğinin ve tek oluşunun deyimi olarak egemenlik,*
12. *Devlet hukuk düzeni (iç hukuk) ile devletler hukukunun birliğı,*
13. *Kamu hukuku ile özel hukukun birliğı,*
14. *Hukuk ile hukuka aykırılığın birliğı.*³⁶⁸

Kelsen, hukuk sistemini rastgele bir normlar toplamı olarak değil, normların bir bütün teşkil ettiğı ve birbiriyle ilgili olduğı bir sistem olarak tasavvur eder. Kuramının temel aksiyomunu iki temel savla desteklemeye çalışır. İlkine göre, biri diğlerinin ortaya çıkmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki veren iki norm aynı hukuk sistemine aittir. İkincisine göre ise, tüm normlar dolaylı veya doğrudan olarak tek bir kuralla yetkilendirilecektir. Yani birbirlerinin oluşturulmasında yetki vermeyen iki kural, bunları yetkilendiren üçüncü bir kuralın olmaması halinde aynı sistemin parçası olamayacaklardır³⁶⁹.

Kelsen, inşa ettiğı saf hukuk teorisiyle pozitivizmi hukukla buluşturmıştır. Doğal hukuka cephe alan Kelsen, hukukun vicdani bir zorunluluk yükleyip yüklediğı sorunuyla ilgilenmez. Normların yürürlük ve geçerliğı, yalnızca kendilerinden üstün olan diğ normlardan yani hukuk kuralları arasında hiyerarşiden (silile-i meratip) doğar³⁷⁰. Saf hukuk kuramı, halkın hukuka ilişkin herhangi bir tutumunun bulunduğunu varsaymamakta veya iddia etmemektedir. Bir hukuk sistemi etkiliyse mevcuttur ve bu, ahlaken adil olduğunun onaylanmasını gerektirmez³⁷¹. Pozitivizm bu sayede meşruluk ve kanuniliğı özdeşleştirmiştir³⁷².

³⁶⁸ Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No.2471, Hukuk Fakültesi Yayınları No.553. s. 122 – 143. Ayrıca bkz. Kelsen, H. (2005). s. 3-59.

³⁶⁹ Raz, J. (2013). Kelsen'in Temel Norm Kuralı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Ceylan, Ş. Ş.), C. 62, S. 4, s. 1171-1172.

³⁷⁰ Aral, V. (1978). s. 2.

³⁷¹ Raz, J. (2013). s. 1189.

³⁷² Hukuk – ahlak ayrımı temelinde kurulan bu özdeşlik ise her türlü devlet düzenini onaylayabileceğı eleştirisiyle karşılaşmıştır. Bkz. Köker, L. (2008). *Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar*. Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan, cilt I: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, 345.

Her normun bir üsttekiyle uyumu halinde geçerli olacağı fikri, normlar hiyerarşisinde en tepede yer alan anayasaların hangi norma uygun olması gerektiği sorusunu beraberinde getirmektedir. Kelsen bu soruyu, anayasaların “Temel Norm”a (alm. *Grundnorm*, ing. *Basic Norm*) uygun olması gerektiği şeklinde yanıtlamaktadır. Teorisinin en zayıf yönünü oluşturan bu cevapla aslında pozitivist teorisyen, pozitif olmayan bir normdan destek almaktadır. Başka bir ifadeyle, her sistemde pozitif olmayan başka bir kuralın bulunmasını şart kılarak bu sorunun üstesinden gelmektedir. Hukuk bilimi, bir bilim olarak yalnızca pozitif hukuku konu edinmekte ancak temel normu önceden varsaymaktadır³⁷³. Hukuku bir bütün olarak ele alan Kelsen, uluslararası hukuku da ulusal hukuk gibi monist bir şekilde ele almakta, uluslararası hukukun da kökenini aynı temel norma dayandırmaktadır³⁷⁴.

Basitleştirecek olursak, Kelsen modelinde kurallar ancak bir üst kurala dayandığı ve ona aykırı olmadığı müddetçe geçerlidir/normatiftir. Normlar hiyerarşisi sistemi, normların geçerliliğini kontrol eden yargısal otoriteleri, anayasa yargıçlarını beraberinde getirmiştir. Böylelikle normların geçerliliği anayasal geçerliliğe indirgenmiştir³⁷⁵.

Şu halde geçerli bir normlar hiyerarşisinin varlığı, hiyerarşiyi denetleyecek bir anayasa yargısı mekanizmasına ihtiyaç duymaktadır³⁷⁶. Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğünün gerçekleşmesini sağlayan uygulamalardan biridir³⁷⁷. Alttaki normun kendisinden üstte olan normlara uygunluğunu denetleyebilecek bir mekanizmanın olmadığı durumda, sistem çökme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir³⁷⁸. Kelsen modeli anayasa yargısının somut ilk hali olan 1920

³⁷³ Raz, J. (2013). s. 1191., Keyman, S. (1981). *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara: Doruk Yayınları, s. 44.

³⁷⁴ Bernstorff, J. V. ve Dunlap, T. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, New York: Cambridge University Press. s. 81.

³⁷⁵ Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press. s. 133.

³⁷⁶ Kelsen, bu sistemi önerirken kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi yolunu dışlamamakta hatta yasama organının denetim yapmasını yeğlemektedir. Turhan, M. (2015). Hans Kelsen’e Göre “Anayasaya Aykırı” Yasa, *Haşim Kılıç’a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 361.

³⁷⁷ Tunç, H. (1997). s. 23.

³⁷⁸ Troper, Anayasa Yargısını Haklılaştırma Mantığı (*The Logic of Justification of Judicial Review*) başlıklı makalesinde Kelsen’in fikirlerinden ilham alan Anayasa Yargısını zayıf gerekçe (weak justification) olarak isimlendirmektedir. Troper, Kelsen’in bizzat kendisinin anayasa yargısı olmadan anayasanın üstün olmadığını itiraf ettiğini iddia eder ve anayasanın üstünlüğü için tek aracın anayasa yargısı olmadığını, kanunların anayasaya uygun olarak yapılmasının dahi anayasanın üstünlüğünü sağladığını savunur.

Troper, M. (2003). The Logic of Justification of Judicial Review, *International Journal of Constitutional Review*, Vol. 1, No. 1, s. 105 – 108.

Avusturya Anayasası ve Anayasa Mahkemesine, anayasa yargısının gelişim süreci başlığı içerisinde detaylarıyla yer verilmiştir.

3.3. Temel Hak ve Hürriyetlere Etkin Koruma Sağlamak İçin Anayasa Yargısı

İnsan haklarına saygı gösterilmesi talebi çağımızın en yaygın ve etkili siyasi ahlak çağrısıdır. İnsan haklarının korunması da anayasal demokratik sistemin esaslarındandır. Bu esas ancak devlet sınırlandırıldığında hayata geçebilmektedir³⁷⁹. Arslan bu durumu şöyle aktarır;

“İnsan haklarının sadece yaldızlı bir “retorik” olmaktan çıkarılıp, bireylerin yaşamına yansıyan ve gerçekten uygulama değeri bulan haklar ve özgürlükler haline getirilmesi bu alandaki pozitifleştirme girişimlerinin başarısına bağlıdır. Başka bir deyişle, insan haklarının etkili bir şekilde korunabilmesi bu hakların hem ulusal anayasalar hem de uluslararası insan hakları belgeleri gibi pozitif hukuk metinlerinde korunmasıyla mümkündür. Elbette bu koruma, haklar ve özgürlükler ihlal edildiğinde başvurulabilecek etkili mekanizmaları da gerektirmektedir”³⁸⁰.

Bu mekanizmalardan en etkili olanı kuşkusuz Anayasa Mahkemeleridir. Anayasa hukuku, ‘siyaset biliminin hukuktan çok daha önemli olduğu bir siyasi reçeteler kataloğu’ olmaktan çıkıp jürisprüdansiyel ve pozitif hukuk olurken hukukileşmiştir. Temel hak ve hürriyetlerin anayasa metinlerinde pozitif hukuk normları olarak yer alması, insan hakları üzerindeki teorik tartışmaları -en azından hukukçular açısından- dindirmiş ve onları demokratik-liberal sistemler için önemli bir teminat haline getirmiştir³⁸¹.

Anayasa yargısı, normlar hiyerarşisini bilhassa da anayasanın üstünlüğünü tesis etmedeki en önemli araçtır. Temel haklar katoloğuna anayasalarda yer verilmesiyle birlikte, normlar hiyerarşisinin neticesi olarak anayasalarda yer alan haklar doğrudan uygulanma imkânı bulmuş ve hakları ihlal eden yasal düzenlemeler iptal edilebilir olmuşlardır. Hakların zaman içerisinde doğal hukuktan

Troper’nin eleştirileri için ayrıca bkz. Ergül, O. (2007). s. 93-97.

³⁷⁹ Erdoğan, M. (2012). s. 139.

³⁸⁰ Arslan, Z. (2008). s. 26.

³⁸¹ Çağlar, B. (1988). s. 36.

güç olarak anayasaların üzerinde (*supraconstitutional*) bir normatifliği barındırdıkları dahi iddia edilmiştir³⁸².

Anayasa Yargısının günümüzde yerine getirdiği işlevlerden en önemlisi temel hak ve hürriyetlere etkin koruma sağlamasıdır. Bu işlev, anayasa yargısının savunulması veya haklılaştırılması anlamında da başrolü oynamaktadır. Gerek anayasanın üstünlüğünü sağlamaya adanmış Kelsen'ci anayasa mahkemelerinin gerekse de kuvvetlerin yatay ve dikey sınırlarının muhafazası için ortaya çıkan anayasa mahkemesi modellerinin giderek hak-merkezli yargılamaya yönelmeleri de bu dönüşümü kanıtlamaktadır.

Buna rağmen, anayasa yargısının olmadığı örneklerde dahi temel hak ve hürriyetlerin korunduğu gözlemlenebilmektedir. Örneğin Hollanda, İsveç, Avusturalya ve Birleşik Krallıkta hak eksenli anayasa yargısı bulunmadığı halde, hak ihlallerine çok fazla rastlanılmamaktadır. Bu örnekler temel hakların korunması için anayasa yargısına ihtiyaç duyulmadığı tezini güçlendirir gibi görünse de, mezkûr ülkelerin siyasal sistemleri, gelenekleri, siyasi kültürleri ve sosyal durumları birlikte düşünülmeden karar vermek güçtür. Karşılaştırma yaparken ülkelerin çok yönlü durumlarını görmezden gelerek "*ceteris paribus*" (diğer tüm durumlar sabitken) bir yöntem izlemek ise bilimsel anlamda tatmin edicilikten uzaktır. Kaldı ki, şu durumda dahi bu ülkelerin hak eksenli anayasa yargısı modeli benimsemeleri halinde hakların daha iyi korunması ihtimali varlığını sürdürmektedir³⁸³. Bir zorunluluk olup olmadığı tartışılmakla birlikte anayasa mahkemelerinin hakları korumakla vazifelendirildiği ve hatta ileride görüleceği üzere meşruluğunu bu varsayımdan aldığı kabul edilmektedir.

Anayasa yapımı Kıta Avrupasında II. Dünya Savaşının ardından önemli değişikliğe uğramış, temel haklar Avusturya haricinde tüm Avrupa ülkelerinin anayasalarında yer almaya başlamışlardır. Anayasalardaki bu değişimle beraber kurulan Anayasa Mahkemeleri de yasamaya karşı insan haklarının korunmasında en etkin organ haline gelmişlerdir. Ardından anayasa yargıcı insan haklarına saygıyı sağlarken bir yandan da özgürlüklere ilişkin normlar oluşturmuşlardır. Bu

³⁸² Stone Sweet, A. (2000). s. 95.

³⁸³ Sadurski, W. (2002). Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, s. 275-276.

gelişmeleri müteakiben bireysel başvuru / anayasa şikâyeti gibi müesseselerle mahkemeler, hak ve özgürlük ihlallerine karşı koruyucu rollerini pekiştirmişlerdir³⁸⁴.

3.4. Hirschl: Hegomonik Koruma Tezi

Hirschl 2000 yılında kaleme aldığı makalesinde, dört ülkenin İsrail (1992), Kanada (1982), Yeni Zelanda (1990), Güney Afrika (1993)) anayasal reformlarının arkasındaki siyasi nedenleri incelemiş ve reformlarla gelen anayasa yargısının anayasacılığın bir gereği olarak ortaya çıkmadığı sonucuna varmıştır. Anayasallaşma doğu bloku ülkelerinde demokrasi ve pazar ekonomisine geçmenin bir parçası görünümündeyken, bazı Latin Amerika ülkeleri ile 70'lerin sonlarındaki Güney Avrupa ülkelerindeki hakların anayasallaşması ve anayasa mahkemelerin kurulması ile demokrasiye geçişin ürünü görünümündedir. Oysa yukarıda sayılan dört ülkede hakların anayasallaşması temel ekonomik ve siyasi değişimlerin bir başarısı olmadığı gibi bir sonucu da değildir³⁸⁵. Bu örneklerde yazar, yargıyı güçlendirmeyi, siyasi ve ekonomik elitlerin, “çevredekilerin” (*periphery*) ve çoğunluğun siyasi etkilerinin artmasına karşı bir önlem olarak düzenlendiğini iddia etmiştir³⁸⁶. Hirschl'e göre ne yargının kurumsal manada güçlenmesi ne de siyasetin hızla yargısallaşması, merkezin çıkarlarından bağımsızdır. Siyasi güç sahipleri kurumsal yapıyı genellikle kendi çıkarlarına en uygun biçimde şekillendirmektedirler³⁸⁷.

Anayasal değişim talepleri çeşitli grupların içerisindeki siyasi topluluklardan kaynaklanır fakat şayet hegomonyaya sahibi siyasi ve ekonomik elitler, parlamentolardaki siyasi temsilciler ile hukuki elitler, önerilen değişimden kazançlarını kestiremiyorlarsa, bu değişim bir şekilde engellenir. Anayasa yargısı gibi, merkez bankaları, Uluslararası Ticaret Örgütü, Uluslararası Para Fonu (*IMF*) ve Uluslarüstü Tahkim Komisyonu gibi yarı-özerk kurumlar da karar vericilerin esnekliğini sınırlar ve bu kurumlarda da onları oluşturanların çıkarları belirleyicidir³⁸⁸.

³⁸⁴ Kaboğlu, İ. Ö. (1994). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi, s. 112.

³⁸⁵ Hirschl, R. (2000). The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions, *Law and Social Inquiry*, Vol. 25. s. 93.

³⁸⁶ Hirschl, R. (2000). s. 91.

³⁸⁷ Hirschl, R. (2000). s. 94.

³⁸⁸ Hirschl, R. (2000). s. 102-103.

Anayasa yargısı üç anahtar grup arasındaki etkileşimin bir türev ürünüdür. Bu gruplardan ilki, istikballeri tehdit altında olan siyasi elitlerdir. Siyasi elitler, demokratik politika yapım süreçlerinde siyasi hegemonyalarını koruyup geliştirebilme peşindedirler. İkinci grubu ise ekonomik elitler oluşturur. Bu grubu oluşturanlar, neo-liberal serbest piyasa yoluyla sağlanan liberalleşme ile devletçilik ve kolektivizm karşıtlığı gibi hürriyetlerin anayasallaşmasını takip ederler. Üçüncü ve son grupta ise siyasi etkilerini ve uluslararası itibarlarını arttırma arayışında olan yargı elitleri ve ulusal yüksek mahkemeler bulunmaktadır³⁸⁹.

Hirschl'in makalesinin teorik altyapısını dayandırdığı merkez-çevre ilişkileri, Türk siyasetini anlamada bir anahtar olarak kullanıldığı gibi, yazarın buradan beslenerek ortaya attığı hegomonik koruma tezi de Türk Anayasa Mahkemesi'nin doğuşunu anlamlandırmada bir anahtar olarak kullanılmış, öğretide pek çok yazar 1960 darbesi sonrasında kurulan Türk Anayasa Mahkemesini bu tezle açıklamıştır³⁹⁰. Hegomonik koruma tezine geçmeden önce hem hegomonik koruma tezi hem de Türk siyasetini anlamlandırmada işlevsel olan merkez-çevre ilişkilerini açıklamak gerekmektedir.

Amerikalı sosyolog Edward Shils 1961 yılında yazdığı "Merkez ve Çevre" (*Center and Periphery*) başlıklı makalesinde; her toplumun bir merkezi olduğunu, bu merkezin toplumun inançlar ve değerler dünyasının da merkezi olduğunu iddia etmiş ve Batı'daki siyasal ve sosyal dönüşümü bu merkez-çevre arasındaki gerilim ve yakınlaşmayla analiz etmiştir³⁹¹. Merkez-çevre ilişkileri 1970'li yıllarda Türk Modernleşmesi üzerine çalışan yazarların oldukça ilgisini çekmiştir³⁹².

Şerif Mardin 1973 yılında "Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri" başlıklı makalesine Shils'in makalesine başladığı cümleyle; *Toplumun bir merkezi vardır*, diyerek başlamakta ve Osmanlı'dan Cumhuriyete

³⁸⁹ Hirschl, R. (2004). The Political Origins of the New Constitutionalism, *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 11, Issue 1, s.90, ss. 71-108.

³⁹⁰ Ergül, O. (2007). s. 209-219., Özbudun, E. (2014). Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 133. Ss 131-146., Turhan, M. (2006). Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletinde İşlevi ve Meşruluğu, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, der. Turhan, M. ve Tülen, H. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 44-47. ss. 41-69; Güleler, S. (2012). *Türkiye'de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 191-240.

³⁹¹ Shils'in bu ünlü makalesi Türkçeye de çevrilmiştir. Shils, E. (2002). Merkez ve Çevre, *Türkiye Günlüğü*, çev. Çelikkaya, Y. Z., Sayı: 70.

³⁹² Gönenç, L. (2006). 2000'li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek, *Toplum ve Bilim*, S. 105, s. 129.

uzanan bir tahlil yapmaktadır³⁹³. Mardin burada Osmanlı İmparatorluğu'nun, karmaşık ve incelmış bir kurumlar şebekesine dayanan uzun ömürlü bir merkezi olduğunu iddia etmektedir.

Batı'da devlet-kilise çatışması ve sınıfsal çatışmalar olduğu için bu iki çatışma alanındaki problemlerin ayıklanması çevresel bir gücün merkezle bütünleşmesi sonucunu doğurabilmekteydi³⁹⁴. Batı'dakinin aksine Osmanlı'daki merkez-çevre ilişkisi tek boyutlu olarak her zaman merkez ile çevrenin karşı karşıya gelmesi şeklinde cereyan etmiştir. Mardin, merkez-çevre çatışmasını inşa eden faktörleri şöyle sıralar;

1. *Doğmakta olan bir imparatorluk içinde bölük-pörçüklüğün varlığını hala geniş ölçüde sürdürmesi,*
2. *Devlet ile imparatorluğun çekirdeği olan Anadolu'daki göçebeler arasındaki ilişki (Osmanlı kurucularının göçebe geleneğini terk ederek merkezileşmesi ve göçebelerin merkezin iktidarını tehlikeye sokan dini ritüelleri tatbiki devam etmesi)*
3. *Merkezin, Osmanlı öncesi soylular zümresinden kalan ve taşralı güçlü ailelere kuşkuyla davranması ve taşrayı baş eğmez din sapkınlığının fesat yuvaları olarak görmesi*
4. *Bölük-pörçüklük karşısında yer alanlar, yani resmi görevliler, çevreden, deyim yerindeyse sadece parmaklığın öte yanında olmaları bakımından değil, bazı simgesel farklılıklarla olduğu gibi bazı ayırt edici statü özellikleri dolayısıyla da ayrılıyorlardı (ülkenin en önde gelen yurttaşlarının tüccarlar değil de, siyasal iktidarı elinde tutanlar olması örnek olarak gösterilebilir)*
5. *Devletin siyasal ve ekonomik konulardaki denetim iddiası, kültür üstünlüğü hakkıyla da destekleniyordu. Çevrenin ayrışıklığına oranla*

³⁹³ Mardin, Ş. (2004). Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri, (çev. Gören, Ş.) *Türkiye'de Toplum ve Siyaset*, (der. Türköne M. ve Önder, T.), 12. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 35. Söz konusu makalede Mardin'in yaptığı merkez-çevre ilişkileri analizi zamanla paradigma statüsünü kazanacak kadar yaygınlaşmış, anonimleşmiş ve sosyal bilim topluluğunun büyük çoğunluğu tarafından Türk siyasetini ve Türkiye'nin demokrasi sorunlarını açıklayabilecek bir anahtar olarak kabul edilmiştir.

Çınar M. (2006). Kültürel Yabancılaşma Tezi Üzerine, *Toplum ve Bilim*, S. 105, s. 153.

³⁹⁴ Mardin, Ş. (2004). s. 37.

*yönetici sınıf olağanüstü derli topluydu ve bu, her şeyden önce bir kültür olgusuydu*³⁹⁵.

Osmanlı tarihi ve Cumhuriyet'e geçişi Shils'ten alarak geliştirdiği merkez çevre kavramıyla inceleyen Şerif Mardin, Osmanlı Devletindeki merkez-çevre ilişkisini kısaca şöyle tanımlamaktadır: *"Osmanlı Devleti'nin bir arada tutmayı başardığı merkezi bürokratik aygıtı olduğu kadar, bu devletin işlemlerini mümkün kılan meşruiyetin özünü temsil eder. Çevre ise geri kalan toplumsal alanla, merkezden ayrı yaşayan ve onunla ancak gevşek bir bütünleşme içinde olan kurumlar ve coğrafi alana işaret etmektedir"*³⁹⁶. Bu perspektif ve merkez çevre ilişkileri nazariyle bakıldığında demokrasinin yerleşmesiyle beraber çevre siyaset yapıcı pozisyonu giderek daha fazla işgal etmektedir.

Merkez-çevre düalizmini Mardin kültürel boyutta ele alırken Heper, kurumsal boyutuyla ele almış ve merkez yerine devleti koymuştur. Heper, çalışmalarında merkez (yani devlet) ağırlıklı yönetimin Türk siyasetinde ortaya çıkardığı sorunlara odaklanmıştır. Özbudun ve Kalaycıoğlu ise merkez-çevre ikiliğinin siyasi toplum üzerindeki etkilerine yoğunlaşmış ve seçmen davranışlarının analizi ile merkez değerleri savunan partiler ile çevre değerleri savunan partilerin karşılıklı konumlarını ön plana çıkarmışlardır. Kökleri Osmanlı toplumunda yatan merkez-çevre gerilimi günümüzde halen geçerliliğini korumaktadır³⁹⁷. Özbudun'un da belirttiği gibi, *Türk siyasetinde temel bölünme çizgisinin, merkezi askeri bürokratik elitlerle, çevresel güçler arasındaki bir merkez-çevre (center-periphery) çatışmasına dayandığı yolunda, Türk siyasal bilimcileri arasında büyük ölçüde görüş birliği mevcuttur*³⁹⁸.

³⁹⁵ Mardin, Ş. (2004). s. 39-47.

³⁹⁶ Mardin, Ş. (2007). Türkiye'de Gençlik ve Şiddet, *Türk Modernleşmesi*, Der. Türköne M. ve Önder, T. İstanbul: İletişim Yayınları, s. 275.

³⁹⁷ Gönenç, L. (2006). s. 130-131.

Ayrıca bkz.

Heper, M. (1985). *The State Tradition in Turkey*, England: The Eothen Press.

Özbudun, E. (1976). *Social Change and Political Participation in Turkey*, Princeton: Princeton University Press.

Kalaycıoğlu, E. (1994). Elections and Party Preferences in Turkey: Changes and Continuities in the 1990's, *Comparative Political Studies*, Vol. 27, No. 3, ss. 402-424.

Tosun, T. (1999). *Türk Parti Sisteminde Merkez Sağda ve Merkez Solda Parçalanma*, İstanbul: Boyut Kitapları.

³⁹⁸ Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, *Demokrasi ve Yargı*, ed. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 340.

Türk Anayasa Mahkemesi ilk defa 1961 Anayasasıyla hukuk sistemimize girmiştir. Anayasanın hazırlanması, merkez-çevre geriliminin zirveye ulaştığı bir döneme rastlar. Türk Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu daha sonra inceleyeceğimiz için burada yalnızca hegomonik koruma teziyle ilgili kısmı aktarılmaya çalışılacaktır.

1924 Anayasasının tek-partili bir rejim altında uygulandığı 1925-1946 arası dönemde eksikliği hissedilmeyen anayasa yargısı, 1946 yılında çok partili siyasi hayata geçilmesiyle birlikte, yokluğunun sakıncalarını açık bir şekilde hissettirmeye başlanmıştır. 1924 Anayasası TBMM'nin yetkileri üzerinde herhangi bir sınırlamaya yer vermediği için, parlamentoya hâkim siyasi parti çoğunlukları Anayasa'ya aykırı ve muhalefetin haklarını sınırlandırmaya yönelik kanunları kolaylıkla çıkarabilmekteydiler³⁹⁹. Çoğunlukçu demokrasinin uygulandığı bu dönemde Türkiye'de ilk defa merkez-çevre çatışması bu denli görünür olmuştur. Özbudun bu durumu şöyle aktarır:

“Türkiye’de de, Tanzimat reformlarından bu yana, siyasal hayata hâkim olmuş bulunan askeri-bürokratik elitler ve onların siyasal temsilcileri konumundaki İttihat ve Terakki ve CHP gibi partiler, bu üstünlüklerini 1950 seçimleriyle birlikte kaybetmişlerdir. Çevre güçlerinin temsilcisi olarak nitelendirilebilecek olan DP’nin 1950-1960 yıllarında 1924 Anayasası’nın fren-denge mekanizmalarına yer vermeyen yapısının da yardımıyla, sürdürdüğü sınırsız çoğunluk yönetimi, eski hâkim elitlerin siyasal ve sosyal konumunu büyük ölçüde zayıflatmıştır. Nitekim CHP bu dönemde anayasa yargısının kurulmasını ısrarla talep etmiştir. Dolayısıyla, bu partinin hâkimiyetinde hazırlanmış olan 1961 Anayasası’nın bu sistemi iştihakla benimsemiş olması kolayca açıklanabilmektedir.”⁴⁰⁰

Mahkemeler karar verirken karşılarında çatışan iki hukuksal paradigma bulunur. Bunlar, liberal “hak-eksenli” paradigma ve otoriter “ideoloji-eksenli” paradigmadır. Hak-eksenli paradigma bireye ve onun haklarına öncelik verirken, ideoloji eksenli paradigma devleti ve resmi-söylemi koruma kaygısına

³⁹⁹ Özbudun, E. (2014). s. 133.

⁴⁰⁰ Özbudun, E. (2014). s. 146.

dayanmaktadır⁴⁰¹. Yarım asırdan fazla süredir Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme işlevini yerine getiren Anayasa Mahkemesi, ortaya çıktığı günden bu güne neredeyse hep aynı çizgide kalmış ve hak eksenli yargılama yapmaktansa devleti koruma refleksiyle davranmıştır. Turhan’ın isabetle belirttiği gibi, *“Türkiye’de yargıçlar halk adına yetki kullanan bağımsız otoriteler olarak davranmamakta, tam tersine kendilerini yerleşik kurumsal yapı içinde devletin ve bu devletin ideolojisinin bekçileri olarak görmektedirler.”*⁴⁰²

Türk Anayasa Mahkemesi de Hirschl’in hegomonik koruma tezini doğrular şekilde yukarıda zikredilen İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika gibi emsal ülkelerle birlikte uzun süre anılmıştır. Ancak 2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında kanaatimizce bu tez Türk Anayasa Mahkemesini açıklamada yeterliliğini yitirmiştir. Mezkûr anayasa değişiklikleri neticesinde anayasa mahkemesinin kompozisyonu değişmiş ve üye sayısı artırılmıştır. Değişiklik neticesi atanan üyeler ile yaşlarından dolayı emekliliğe ayrılan üyeler yerine atanan üyeler, değişikliği yapan hükümet döneminde görevlerine başlamışlardır. Dönem hükümetini oluşturanların, yeni hegemonya sahibi elitler oldukları varsayımını kuvvetlendirmektedir. Ancak “kritik” davalarda mahkemenin aldığı kararlar hegomonik koruma tezi ile çelişmektedir. Mahkemenin kamuoyunda bilinen isimleriyle; uzun tutukluluk süresine dair verdiği karar⁴⁰³, sosyal paylaşım sitesi Twitter’ın kaptılmasına dair kararı⁴⁰⁴, dershanelerin kapatılmasına dair kararı⁴⁰⁵, tutuklu gazeteciler Erdem Gül ve Can Dündar kararı⁴⁰⁶, birlikte düşünüldüğünde bu kararların yeni elitleri memnun etmediği açıktır. Ancak bu kararların eski elitleri memnun edecek şekilde de okumak güçtür. Kuşkusuz mahkemenin aynı dönemde yeni elitleri memnun edebilecek, yeni laiklik tanımı gibi, kararları da mevcuttur fakat tüm bu kararlar kendi içerisinde tutarlı bir bütün oluşturmaya adaydır. O halde, henüz böyle bir tespiti yapmak erken olmakla birlikte mahkemenin ideoloji-eksenli yargılama yapmaktan vazgeçtiği, onun yerine

⁴⁰¹ Arslan, Z. (2008). s. 241.

⁴⁰² Turhan, M. (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. 403.

⁴⁰³ Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2012/1272 Karar Tarihi: 04.12.2013

⁴⁰⁴ Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2014/3986 Karar Tarihi: 02.04.2014

⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi 13/7/2015 Tarih, 2014/88 Esas, 2015/68 Karar Sayılı Kararı.

⁴⁰⁶ Anayasa Mahkemesi Başvuru Numarası: 2015/18567 Karar Tarihi: 25.02.2016

hak eksenli paradigmayı benimsediği, en azından bu paradigmanın değişebilir olduğu rahatlıkla iddia edilebilir⁴⁰⁷.

Bu tespitemizin erken ve aceleci bir tespit olduğu öne sürülebilir. Bu itirazın haklılık payı da bulunmaktadır. Elli yılı aşkın bir süredir hegomonik koruma tezi ile anılan bir kurumun, son birkaç yılına bakarak paradigma değişikliği iddiası isabetli olmayabilir ancak paradigmanın değişebilir olduğuna dair karine teşkil ettiğinden kuşku duymamak gerekir.

3.5. Ginsburg: Sigorta Olarak Anayasa Yargısı

Anayasacılığı bir sigorta olarak nitelendirmek Ginsburg'un tezinden çok daha öncesine dayanmaktadır⁴⁰⁸. Anayasacılığın özünde de sınırlı iktidarı gerçekleştirme ideali yattığı için bu tez kolaylıkla gerekçelendirilebilmektedir. Ginsburg, anayasa yargısının neden ortaya çıktığını araştırdığı bölümde, anayasa taslağını hazırlayanların neden böyle bir kuruma anayasada yer verme gereği duydukları üzerinde durmuştur. Bu sorunun cevabı, anayasanın kimin çıkarlarını yansıttığında yatmaktadır. Locke'tan bu yana anayasalar sosyal sözleşme olarak görülmektedir. Varsayım vatandaşların devlete kendi güçlerini aktardıkları ve anayasal demokrasi aracılığıyla kendi tercihlerini kolektif olarak en üst düzeye taşıdıklarıdır. Modern demokrasiler, vatandaşların vekillerine kendilerinin kolektif taleplerini yansıtmaları için verdiği vekâlet üzerinden işlemektedir. Ancak bu asil-vekil ilişkisi uygulamada her daim sağlıklı bir şekilde işlememekte, taraflar arasında düzenli bir iletişim kurulamamaktadır. Asil-vekil arasındaki bu kopukluk anayasa yapım süreçlerine de yansımaktadır. Anayasa yapımında rol alan siyasiler, anayasayı ve anayasal kurumları vekili oldukları vatandaşların geniş kapsamlı çıkarları yerine kendi menfaatleri doğrultusunda kaleme almaktadırlar. Ayrıca anayasa yapım sürecine, vatandaşların uzun dönem çıkarlarındansa siyasilerin kısa dönem çıkarları yön vermektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Barın, T. (2015). AYM 'Kırmızı Kitap'a mı yoksa 'Anayasa'ya mı uymalı?, *Serbestiyet* 23.07.2015.

<http://serbestiyet.com/Yazarlar/aym-kirmizi-kitapa-mi-yoksa-anayasaya-mi-uymali-155808>

Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmden, kendini sınırlama ilkesi yönünde değişimi ve yerindelik denetiminden hukukilik denetimine yöneldiğine ilişkin bir çalışma için bkz. Yazıcı, S. (2015). Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü, *Haşim Kılıç'a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 385-413.

⁴⁰⁸ Hirschl, R. (2005). s. 280.

⁴⁰⁹ Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press. s. 22-23.

Asillerle vekiller arasında böylesine bir kopukluk bulunmasına ve politikacıların kendi çıkarlarına yönelik anayasa düzenlemelerine rağmen, halen anayasa yargısının varlığı net bir izaha kavuşmamıştır. Anayasayı yapan siyasiler, yaptıkları anayasayla hükümet edeceklerdir. Bu nedenle kendilerini sınırlamaktansa daha esnek bir yönetim tasarımları beklenir. Ancak anayasayı hazırlayan politikacılar gelecekte emin değildirler ve bu belirsizlik onları sınırlı bir hükümet tasarımına iter. Hükümette olan parti, seçimleri kazananlara geniş yetkiler tanıyan bir anayasadan yana olsa dahi sonraki seçim sonuçlarından emin olamamaktadır ve seçim sonucunda muhalefette kalma ihtimali mevcuttur. Başka bir ifadeyle, hiçbir parti seçimleri kazanacağı konusunda kendisine tam manasıyla güvenemez, bu nedenle çoğunluğu sınırlamak suretiyle azınlığı koruyan anayasa yargısı gibi kurumlara değer verir. İşte bu anayasa yargısının sigortacı modeli (*the insurance model of judicial review*) olarak adlandırılmaktadır. Anayasa yargısı gelecekteki seçimlerin kaybedenlerinin riskini üstlenebilecek bir kurum olarak, anayasa pazarlıklarında masada yerini almaktadır⁴¹⁰.

Bu teori, rejim değişikliği ve siyasi geçiş döneminde anayasa yapım sürecinde anayasa yargısına yer verilmesi bağlamında, Tayvan, Moğolistan ve Güney Kore gibi Asya Demokrasilerinde ve Portekiz, Yunanistan ve İspanya başta olmak üzere Güney Avrupa ülkelerinde açıklayıcı bir işlev görmektedir⁴¹¹.

Sigorta olarak anayasa yargısı tezi, esasında siyasilerin kısa dönem çıkarlarını vatandaşların uzun dönem çıkarlarına yeğledikleri tezi üzerine inşa edilmiş olmasına karşın anayasa yargısının uzun dönemi kapsayan yönü bulunduğu için bir tutarsızlık içermektedir. Bunun haricinde 20. ve 21. yüzyıl anayasacılığının anayasa yapımındaki etkileri göz önünde bulundurulduğunda anayasa yargısına kurumsal olarak yer verilmemesine şaşkırmamak lazım. Ayrıca bu tez yakın zamanda anayasa yapmaya çalışan ve fakat başarısız olan Türkiye örneğini de açıklamada yetersiz kalmaktadır⁴¹².

⁴¹⁰ Ginsburg, T. (2003). s. 24-25.

⁴¹¹ Hirschl, R. (2005). s. 280. Dipnot 21.

Kitabında Moğolistan örneğine yer veren Ginsburg, anayasa yapıcılarının parlamentonun egemenliğinden vazgeçerek anayasa yargısıyla kurumsal bir sınırlamayı tercih ettiklerini belirtmiştir. Ginsburg, T. (2003). s. 200.

⁴¹² Türkiye’de 24. Dönem TBMM seçimlerini müteakip bir anayasa yapım çalışması başlatılmış ve anayasa taslağını yazmak üzere “TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu” kurulmuştur. TBMM’de grubu bulunan her siyasi partinin aldıkları oy oranına ve milletvekili sayısına bakılmaksızın eşit oranda temsil edildiği bu komisyonda tam mutabakat sağlanamamış fakat her siyasi parti kendi anayasa taslağını ve önerilerini

3.6. Uluslararası Talep ve Baskılara Yanıt Olarak Anayasa Yargısı

Bir ülkenin anayasa yargısını benimsemesindeki bir diğer sebep uluslararası talep ve baskılardır. Bu talep ve baskılar, doğrudan ekonomik veya ulusalüstü mekanizmalar eliyle ya da dolaylı olarak ilgili ülkeye yansıtılmaktadır.

Doğrudan etkiye en net örnek Japonya anayasasının ABD tarafından şekillendirilmesidir. Japon siyasi sistemi iki farklı anayasal dönem halinde incelenmektedir. Bunlardan ilki 1868–1945 arası dönemi kapsayan Meiji Restorasyonu dönemidir. Bu döneme ismini veren Meiji Ishin olarak bilinen İmparator Mutsihito, tıpkı benzer dönemlerde Osmanlı İmparatorluğu’nun yaptığı gibi, yönünü batıya çevirmiş batıyı örnek alarak ülkesini modernleştirmeye çalışmıştır. Bu kapsamda Batı örneğinde ilk modern anayasa 1890’da yürürlüğe girmiştir. Aynı yıl seçimler de yapılmış ancak düzenli bir demokrasi inşa edilememiştir. Japon militarizminin hâkim olduğu bu yıllarda siyasi partiler yönetimde gerektiği ölçüde etkili olamamışlardır. Bunun nedenlerinden birisi de hiç şüphesiz, anayasal monarşi olarak tasarlanan Japon Anayasasının “gökyüzünün düzenini yeryüzünde temsil” etmekle görevli olan İmparatora geniş yetkiler vermesidir⁴¹³.

Japon siyasi hayatı için ikinci dönem Japonya’nın II. Dünya savaşının ardından yeni anayasasının kabul edilmesiyle birlikte 1947 yılından başlatılan ve halen devam eden süreçtir⁴¹⁴. II. Dünya Savaşı başladığı yer olan Avrupa’da 5 Mayıs 1945’te sona ermesine rağmen, tüm cephelerde sona ermesi Hiroşima ve Nagazaki’ye atılan atom bombalarının ardından 14 Ağustos 1945’te Japonya’nın

sunmuştur. Her siyasi parti kendi önerdiği anayasa taslağında, anayasa yargısına yer vermiştir. AK Parti komisyonun çalışmaya başladığı 2011 yılında tek başına iktidarının dokuzuncu yılındaydı. Sürecin genel analizi, yapıldığında ana-muhalefet partisinin daima muhalefette kalacakmış gibi tasarısında sınırlayıcı hükümlere yer vermesi gibi iktidar partisinin de sürekli iktidarda ve başkanlık makamını işgal edecekmiş gibi önerilerde bulunması bu teörinin açıklayıcılığını şüpheye düşürmüştür. Bir örnek verecek olursak, AK Parti’nin önerisinde anayasa mahkemesi 17 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin 9’unu TBMM seçerken kalan 8’ini seçme yetkisi Başkan’a aittir. TBMM seçtiği 9 üyede ilk turda nitelikli çoğunluk aranırken, ilk turda seçilememesi halinde ikinci turda salt çoğunluk yeterli görülmüştür. Pek tabi bu öneri tıkanıklıkları giderecek bir önlem olarak rasyonelleştirilmiş parlamenterizme de örnek gösterilebilir fakat şu açıktır ki, dönemin iktidar partisi anayasa yargısını bir sigorta olarak görmemiş, TBMM ve Başkan’ın üyelerin tamamını seçmesini öngörmüştür.

Siyasi Partilerin yeni anayasa önerileri ve oluşturulan taslağın 1982 Anayasasıyla karşılaştırmalı incelemesi için bkz. Barın, T. (2014). *Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

⁴¹³ Büyükbaş, H. (2013). Japon Siyasal Sisteminin Gelişimi Üzerine Bir İnceleme (1868-2003), *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 28, s. 44-47.

⁴¹⁴ Büyükbaş, H. (2013). s. 51.

kayıtsız şartsız teslim olmasıyla tüm cephelerde sona ermiştir⁴¹⁵. Bu tarihten sonra ülke müttefik güçlerin işgali altına girmiştir. ABD'nin hedefi, Japonya'yı demokratikleştirerek Batılı devletler sisteminin bir parçası haline getirmektir. Yeni anayasa çalışmaları da bu kapsamda başlatılmıştır. İlkın, Japon Hükümeti bünyesinde bir komisyona yeni anayasa taslağı hazırlama görevi tevdi edilmiş; komisyon Meiji Anayasa'sındakine benzer bir biçimde egemenliği İmparator'a veren bir sistem öngörmüştür. Bu nedenle Japonlar tarafından hazırlanan taslak işgal güçlerini hayal kırıklığına uğratmış ve İşgal Güçleri Komutanlığı bir taslak hazırlamıştır. Bundan sonra, Japon hükümeti başlarda itiraz ettiyse de sonradan işgal kuvvetleri komutanı Amerikalı General Douglas MacArthur'un ismiyle anılan "*Japon Anayasası MacArthur Taslağı*" üzerinden çalışmalarına devam etmiş ve büyük ölçüde taslağa uygun bir anayasa hazırlamıştır⁴¹⁶.

Genel hatlarıyla Amerika'lının gözetiminde tamamlanmış olan bu süreç sonucu 3 Mayıs 1947 yılında yürürlüğe giren Anayasa, pek çok açıdan Amerika Anayasasını ve anayasal sistemini andırmaktaydı. Japon sistemi yeni anayasasıyla Amerikan tipi anayasa yargısını da, ABD anayasasında dahi olmayan bir açıklıkla kabul et(tiril)miştir⁴¹⁷. Japon hükümeti farklı bir yapı öngörmesine ve hatta İşgal Kuvvetlerinin anayasa taslağına itiraz etmek zorunda kalmasına rağmen, baskılar neticesinde ABD'nin doğrudan müdahalesiyle bu anayasayı kabul etmek zorunda kalmıştır. Benzer durum tüm mağlup devletler için belirli ölçülerde gerçekleşmiştir. Ancak bir Anayasa Yargısı kültürüne sahip Kıta Avrupası müttefiklerin doğrudan baskılarına bu denli maruz kalmamıştır.

Anayasa yargısının dolaylı olarak kabul edilmesi ise ülkelerin gönüllü kabullerine dayanabileceği gibi, uluslararası baskılara rıza göstermeleri ile de açıklanabilir. Çoğu zaman her iki durum, baskılara rıza ile gönüllülük, birlikte varolmaktadır. Örneğin; kredi derecelendirme kuruluşları, yabancı

⁴¹⁵ Erhan, Ç. (1996). "Avrupa'nın İntiharı" ve İkinci Dünya Savaşı Sonrasında Temel Sorunlar, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1-4., s. 259.

⁴¹⁶ Tonami, K. (2010). İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde Japonya'da Anayasacılığın Gelişimi, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, 19-20 Mart 2010 Uluslararası Sempozyum, çev. Kontacı, E., Ed. Ergül, O. Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 214.

⁴¹⁷ Anayasa'nın Yüksek Mahkeme'nin (Supreme Court) görevlerini düzenleyen 81. Maddesi şu şekildedir: *Madde 81 — Yüksek Mahkeme son merci mahkemesidir ve bütün kanun, tüzük, yönetmelik veya idari muamelelerin Anayasaya uygunluğu hakkında karar vermek selâhiyetini haizdir.*

Erginay, A. (1950). Yeni Japon Anayasası (1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1-2, s. 503. ss. 494-506. (Yazar İtalyanca'dan çevirmiştir)

Ayrıca mahkemenin üye seçimi de ABD anayasasından esinlenerek hazırlanmıştır.

yatırımcılara(yatırımcıların) bir ülkeye yatırım yapmalarının riskleri üzerine çalışmakta ve ülkeleri kendi tasnif sistemleri içerisinde notlayarak ayırmaktadırlar. Kredi derecelendirme kuruluşlarının bu sınıflandırma veya notlamayı yaparken başvurdukları bir kaynak da ilgili ülkedeki hukuki yapıdır⁴¹⁸. Yatırımcı açısından hukuki yapı evvela “mülkiyet hakkı” bağlamında öne çıkmakta; anayasa yargısı tüm haklar açısından olduğu gibi bu hak için de etkin bir korumayı vadettiği için küresel yatırımcıyı çekmek isteyen devletler anayasa yargısına sistemlerinde yer vermektedirler.

Ekonomik açıdan diğer boyut ise ekonominin küreselleşmesi ile ulusal hukuk arasındaki etkileşimden doğmaktadır. Küreselleşme sonrası sermaye en çok kazanacağı mecraaya yönelirken, ulusal düzenlemeleri kendilerine ayakbağı olarak görmeye başlamıştır. Bu da ulusal mevzuatların etkinliğinin ve gücünün azalması; NAFTA, NATO, IMF, Dünya Bankası, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası veya ulusötesi organizasyonların ulusal hukuk bağlamında gücünün artması sonucunu doğurmuştur⁴¹⁹. Küreselleşmenin etkisiyle siyasi karar alma süreçlerinde olduğu gibi hukuk yapımında da sermayeyi gözeten ulus-üstü ve uluslararası kuruluşların önceden belirledikleri politikaları uygulamayı ülkelerinin ekonomik istikbali için belirli ölçülerde kabul ettikleri bir sistem ortaya çıkmıştır⁴²⁰.

Avrupa Topluluğunun, Güney Avrupa’da demokrasinin konsolidasyonunda oynadığı rol de uluslararası ortamın ve dış faktörlerin, otoriter rejimlerden demokrasiye geçişteki etkisine örnek olarak gösterilebilir. İspanya, Portekiz ve Yunanistan demokrasinin kurulmasını Avrupa Topluluğu üyeliğinin ekonomik yararlarının önşartı olarak görmüş aynı zamanda demokrasinin isikrarı açısından da bu üyeliği önemsemişlerdir⁴²¹. Ekonomi, ülkelerin anayasal tercihlerini derinden

⁴¹⁸ Gülmez, A. (2015). *Uluslararası Derecelendirme Kuruluşlarının Türkiye Uygulaması*, PESA Rapor s. 5. http://www.pesar.org/sites/default/files/kredi_derecelendirme_-_pesa_rapor.pdf (erişim: 14.09.2015)

⁴¹⁹ Yüksel, M. (2000). Küreselleşme ve Bölgesel Entegrasyon Sürecinde Ulusal Hukuk, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2000, S. 4., s. 80.

⁴²⁰ Küreselleşmenin ekonomik boyutunun hukuku etkilemesini Perçin şöyle aktarmaktadır:

“... ulus devletlerin ekonomileri, ulusal egemenliğe dayalı hukuk normları ile şekillenmiş bulunmaktadır. Oysa küreselleşme, ulusal ekonomileri küresel ekonomiye entegre olma yolunda zorlamaktadır. Bu entegrasyonun aracı ise doğal olarak hukuktur. Dolayısıyla, küreselleşmenin hukuka etkisi, ulusal ekonomilerin küresel ekonomiye entegre olması için gerekli olan alanları, hatta kimi zaman bazı alanlardaki konuları, ön plana çıkarmak şeklinde somutlaşmaktadır.”

Perçin, Ö. (2010). Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 2, s. 302.

⁴²¹ Özbudun, E. (1993). *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Ankara: Bilgi Yayınevi. s. 14-15.

etkilerken, küreselleşme çağında anayasa yargısına ilgi de ekonomik menfaatleri koruma potansiyeline binaen artış göstermiştir.

Avrupa Birliği başta olmak üzere sair birlik veyahut ekonomik topluluklar da üyelerinde belirli koşulları gerçekleştirme şartları aramakta, bu kapsamda üyelik başvurusunda bulunan ülkelere tavsiyeler sunmaktadırlar. Ayrıca AB örneğinde olduğu gibi birlik/topluluk, belirli periyotlarla ilerleme raporları hazırlayarak ülkelerin üyelik için sağlamaları gereken hukuki ve siyasi gerekliliklere dikkat çekmektedirler. Türkiye’den örnek verecek olursak, 2010 yılında yapılan anayasa değişikliklerine genişçe yer ayıran 2010 Türkiye İlerleme Raporu, Anayasa Mahkemesi kararlarına, Anayasa Mahkemesinin 2010 değişikliği sonrasındaki yeni kompozisyonuna ve Askeri Hâkimlerin anayasa mahkemesinde görev yapmalarının tarafsızlık açısından olası sakıncalarına değin pek çok konuda detaylı görüşleri içermektedir⁴²².

Anayasa yargısının bir ülkede benimsenmesini etkileyen son önemli faktör ise diğer devletlerin ve uluslararası kuruluşların azınlıkları koruyucu etkisine binaen anayasa yargısı konusunda ısrarcı olmalarıdır. Azınlıkların korunması maksadını diğer kurumsal düzenlemelerle gerçekleştirebilmek de mümkün olmasına rağmen, anayasa yargısının azınlıkları etkin bir şekilde korumaya ilişkin dünya çapında şöhreti bulunmaktadır⁴²³. 18. Yüzyıl sonlarından itibaren uluslararası toplumun dikkatini çeken azınlıklar meselesi, Versay Barış Antlaşması sonrasında azınlıkların ülke içi çoğunluk politikalarının zararlarından korunması amacıyla üzerinde hususiyetle durulan bir konu haline gelmiştir. Bu kapsamda azınlıklar en etkin şekilde “yargısal koruma”yla korunabilmektedir⁴²⁴. Uluslararası toplum, anayasa yargısının bu işlevinden hareketle ulus-devletlerde yer alması gereken önemli bir tedbir olarak anayasa yargısının devletlerde yer almasını savunmaktadır.

Anayasa yargısının ortaya çıkışını açıklayan teorilerin bir kısmı yalnızca normatif gerekliliklerine odaklanırken, diğer bir kısmı ampirik verilerle teorilerini desteklemiş veyahut bu verilerle sair teorilerin anayasa yargısının doğuşunu

⁴²² Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu, s. 13.

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf (erişim: 16.09.2015) AB önemli gördüğü mahkeme kararlarına dahi ilerleme raporlarında yer vermektedir.

⁴²³ Sandalow, T. (1977). Judicial Protection of Minorities, *Michigan Law Review*, Vol. 75. s. 1163.

⁴²⁴ Cover, R. M. (1982). The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, *The Yale Law Journal*, Vol. 91, N. 7, s. 1297-1298.

yeterince açıklayamadığını iddia etmişlerdir. Yine bu yaklaşımlardan bir kısmı yalnızca belirli ülke veya bölgede ortaya çıkan anayasa yargısı modellerini açıklamaya çalışırken, diğer bir kısmı ise yalnızca belirli bir dönemde ortaya çıkan anayasa yargısı modellerini gerekçelendirmeye özgülenmişlerdir. Ancak bir ülkeyi analiz ederken burada ele almaya çalıştığımız teorilerin yalnızca biri açıklamaya yetmeyebilmekte veyahut da hegomonik koruma tezinde görüldüğü üzere bir dönemi açıklayabilirken sonraki dönemleri açıklamakta yetersiz kalabilmektedir. Ayrıca anayasa yargısının tüm dünyada geniş kabul görürken gerek küreselleşme gerekse de uluslararası ve ulusötesi kuruluşların devletler üzerinde etkinliğini giderek arttırması pek çok teorinin içiçe geçtiğini göstermektedir. Aşağıdaki başlıkta ele alınan anayasa yargısının gelişim süreciyle birlikte burada zikrettiğimiz teorilerin daha da berraklaşacağını umuyoruz.

4. Anayasa Yargısının Gelişim Süreci

Anayasa yargısının küresel olarak yayılmasından bahsetmeden evvel, siyasetin yargısallaşması olarak özetleyebileceğimiz, yargısal karar alma ve mahkeme benzeri kurumların siyaset arenasındaki süreçlere dahline değinmek gerekir⁴²⁵. Anayasa yargısının bu denli yaygınlaşmasının altında 5 faktör yatmaktadır;

1. *1930'larda Avrupa'da totaliter rejimlerin yaygınlaşması neticesinde demokratların temel hak ve hürriyetleri gelecekte nasıl koruma altına alacaklarına dair arayışları.*
2. *Siyasi hayattaki ekonomik faktör: Yargının ekonomide oligopollerin (tekelleşme) ve oligarkların oluşmasını engelleyebilecek ve bu tehditlere karşı temel hak ve hürriyetleri koruyabilecek güce sahip olarak tekrar organize edilmesi.*
3. *Siyaset ve hukuk teorisindeki gelişmeler: 18. yy sonrası David Hume tarafından savunulan doğal hukuk ve doğal haklar anlayışının Amerikan*

⁴²⁵ Vallinder, T. (1995). When The Courts Go Marching In, *The Global Expansion of Judicial Power*, ed. Vallinder T. ve Tate, C. N., New York: New York University Press. s. 13.

ve Fransız devrimlerinde ideolojik arkaplan oluşturmaları ve giderek bu fikirlerin kabul edilmesi.

4. Karşılaştırmalı ve uluslararası hukukun etkisi: II. Dünya Savaşı sonrası ABD demokratik süper güç haline geldi ve yargısal örgütlenmesi büyük prestije sahip oldu.

5. Uluslararası baskılar: Farklı uluslararası örgütlerin insan haklarını savunması neticesinde bu hakları garanti altına alabilecek yargısal süreçlerin çeşitli devletlerce kabul edilmesidir. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün 1945'te kurulması, 1948'de BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin kabulü, 1953'te Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi anayasa yargısını giderek güçlendirmiştir⁴²⁶.

Anayasa yargısı farklı zamanlarda ve farklı coğrafyalarda çeşitli ihtiyaçları karşılamak üzere doğmuştur. Bu farklılıklarına rağmen anayasa yargısının genel bir gelişme çizgisi olduğundan bahsedebiliriz. Bu çizgi üç ayrı kavramı sentezleyerek şöyle meydana gelmiştir;

"Bazı hukuk prensiplerine üstünlük tanımak, bu prensipleri yazılı bir biçime sokmak, anayasallaştırmak, ve yargıyı, anayasallaştırılan bu prensiplerin, özellikle parlamento işlmelerine karşı, korunmasında bir cihaz olarak kullanmak, kısaca, anayasanın hukuki teminatını kurmak."⁴²⁷

Ortaya çıktığı günden bu yana giderek daha fazla kabul gören bu sistem bilhassa Huntington'ın üçüncü demokrasi dalgası olarak adlandırdığı 20. Yüzyılın son çeyreğinden itibaren neredeyse tüm demokratik devletler tarafından benimsenmiştir. Gerçekten de, 20. Yüzyıl sonları anayasacılık hareketlerinin en belirgin özelliği, anayasa yargısının şimdiye kadar emsali görülmemiş ölçüde yaygınlaşmış olmasıdır⁴²⁸. Günümüzde 191 Anayasal sistemden 158'i bir şekilde anayasa yargısına yer vermektedir⁴²⁹.

Şunu açıkça ifade etmek gerekir: Anayasaların üstünlüğü ve katılığına ilişkin herhangi bir orta yol bulunmamaktadır. Bir anayasa ya temel, üstün ve

⁴²⁶ Vallinder, T. (1995). s. 19-23.

⁴²⁷ Çağlar, B. (1985). Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 6, S. 1-3, s. 32.

⁴²⁸ Özbudun, E. (2014). s. 117.

⁴²⁹ Ginsburg, T. (2008). s. 81.

değiştirilemez (veya değiştirilmesi zor şartlara bağlanmış) hükümler içerir ya da olağan kanunlarla aynı şekilde değiştirilen ve bu sebeple aynı seviyede olan hükümleri barındırır⁴³⁰. Şayet anayasalar bunlardan ilkinin, yani katı anayasayı tercih etmişse bu katılığı sağlamlaştıracak kurumlara da ihtiyaç duyacaklardır.

4.1. İlk Karar: 1610 Bonham Kararı

“Dr. Bonham’s Case” olarak bilinen 1610 tarihli⁴³¹ davada Yargıç Edward Coke tarihte bilinen ilk yargısal denetim kararını vermiş, parlamenter yasaların uyması gereken üstün bir hukuk (*Higher Law / Lex Superior*) olduğuna hükmetmiştir⁴³².

İngiltere’de VIII. Henry tarafından 1518 yılında kurulan Kraliyet Hekim Koleji (*Royal College of Physicians*) Londra’daki hekimlik lisanslarını vermeye yetkiliydi. 1523 tarihli bir kanunla (*Act of Parliament*) kolejin hekimlik lisansı verme yetkisi, İngiltere’nin tamamını kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁴³³. Dr. Thomas Bonham kraliyet koleji tarafından onaylı bir lisansı olmadığı halde Surgeon and Barbers Company’ye bağlı olarak hekimlik yapmaktaydı. Bu durum tabiatıyla kraliyet koleji ile Bonham’ın bağlı olarak çalıştığı şirket arasındaki ekonomik rekabeti etkiliyor ve Kraliyet Hekim Koleji’nin lisans tekeli oluşturmasını engelliyordu. 1605 yılında Kraliyet Hekim Koleji, Dr. Bonham’ın koleje üyeliği hakkında inceleme başlatmış ancak Bonham incelemeyi reddettiği için para cezasına çarptırılmıştır. 1606 yılında tekrar para cezasına çarptırılan Dr. Bonham, kraliyet kolejine karşı çıkarak çalışmaya devam etmiş ve ısrarla kendisinin de mezun olduğu Cambridge ve Oxford üzerinde Koleji’nin herhangi bir lisans verme yetkisi olmadığını savunmuştur. Ardından kraliyet koleji, bu tutumlarından dolayı Dr. Bonham’ın tutuklanmasına karar vermiştir. Dr. Bonham hâkim karşısına çıkarılmadan tutuklandığı iddiasıyla

⁴³⁰ Cappaletti, M. (1971). s. 26-27.

⁴³¹ Kararın verildiği yıl bazı kaynaklarda 1612 olarak geçmektedir. Örneğin: Onar, E. (2003). s. 94. Pek çok kaynakla birlikte kararı veren Yargıç Coke’a dair bir monografide de tarih 1610 olarak geçtiği için çalışmamızda bu yılı esas aldık. Smith, D. C. (2014). *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge: Cambridge University Press. s. 3. Williams, I. (2006). ‘Dr Bonham’s Case and “Void” Statutes’, *Journal of Legal History*, Vol. 27, No. 2. ss. 111–128.

⁴³² Çağlar, B. (1986). *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 3. s. 137., Gözler, K. (2011). Cilt 2. s. 701. (Kutu 39.2.)

⁴³³ Kurumun resmi internet sitesinden alınmıştır. <https://www.rcplondon.ac.uk/about/history> (erişim: 14.08.2015)

(*habeas corpus*) Edward Coke'un başkanı olduğu Common Pleas Court'a dava açmış ve mahkemece salıverilmiştir⁴³⁴.

Olayda Kraliyet Hekim Kolejine, kendisinden lisansı olmayan hekimlere para ve hapis cezası uygulama yetkisi kanun tarafından verilmişti. Kraliyet kolejinin bu yetkisi kanuna dayanmasına rağmen Yargıç Coke, ortak hukukla (*common law*) parlamento tarafından çıkarılan kanunların çatışması halinde, ortak hukukun üstün olduğundan dolayı doğrudan uygulanması gerektiğinden hareketle bu şekilde karar vermiştir⁴³⁵. Aynı zamanda Mahkeme, Kolejden için hiç kimsenin aynı davada hem yargıç hem de iddia makamı (*attorney*) olarak yer alamayacağına dair ortak hukuk kuralını da (*quia aliquis non debet esse judex in propria causa*) işletmiştir. Ortak hukuk, Parlamento tarafından çıkarılan kanunlardan üstündür ve bazen onların tamamıyla geçersizliğine hükmedilebilir: Parlamento tarafından çıkarılan bir kanun, ortak haklara ve mantığa aykırıysa veya onlara açıkça zıt (*repugnant*) düzenlemeler içeriyorsa veyahut da uygulanması imkânsız ise, ortak hukuk onu denetler ve böyle kanunların geçersizliğine hükmedilir⁴³⁶.

Dr. Bonham kararının dayanağı, 17. yüzyıla damgasını vuran doğal hukuk ilkesi olan “mantığa aykırı olan hukuka da aykırıdır” (*Nihil quod est contra rationem est licitum*) – “Nothing that is against reason is lawful” ilkesidir⁴³⁷. Bir kanunun mantığa aykırı olup-olmadığını kim denetleyecek veya ortaya çıkaracak ve kim ortak hukukun keyfi kararlardan üstünlüğünü garanti edecek? Coke, tüm hayatıyla bu soruları net ve kesin bir biçimde yanıtlar: denetleme ve garanti etme yargıçların işidir. Bu kararlar birlikte kanunların üst norma uygunluğu bakımından yargısal denetimi ilk defa İngiltere’de doğmuştur. Aşağıdaki alt başlıkta görüleceği üzere bu karar hem ortaya çıktığı ülkede hem de modern anlamda kanunların anayasaya uygunluğunun denetlendiği ilk toprak olan Amerika kıtasında uzun yıllar gündemde kalmıştır. Buna rağmen İngiltere açısından devamı gelmiş bir uygulama değildir. 1688 Şanlı Devrimiyle (*Glorious Revolution*) birlikte parlamentonun egemenliği

⁴³⁴ Smith, D. C. (2014). s. 168-170.

Ayrıca bkz. s. Helmholz, R. H. (2009). Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature, *Journal of Legal Analysis*, V.1, N.1, s. 328-331.

⁴³⁵ Williams, I. (2006). s. 111.

⁴³⁶ “the common law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void.”

Dr Bonham’s Case (1610) 8 Co. Rep. 107a, 118a’dan aktaran, Williams, I. (2006). s. 111.

⁴³⁷ Stoner Jr. J. R. (2007). Natural Law, Common Law, and the Constitution, *Common Law Theory*, Ed. Edlin, D. E., New York: Cambridge University Press, s. 171.

zaferini ilan etmiş ve birkaç istisna haricinde Coke doktrini İngiltere’de yaşama şansı bulamamıştır⁴³⁸.

4.2. Birinci Dalga

Federalizm, farklı kültür, topluluk ve coğrafyaların bir arada yaşamasına imkân veren bir devlet yapısı inşa ederken iktidarı dağıtmak suretiyle çoğulculuk ve çeşitliliği teşvik edebilme kapasitesini haizdir⁴³⁹. Bu yönüyle 18. yüzyılın sonları ile 20. yüzyılın başı arasını ifade eden bu dönemde, Amerika Birleşik Devletleri özelinde Yüksek Mahkemenin pratik işlevi “federalizm”i işler halde tutmaya özgülendiği.

4.2.1. Anayasa Yargısının Federal Mantiği

Amerika Birleşik Devletleri’nin kurulum aşamasında, federalistler ve anti-federalistler olmak üzere iki kutup bulunmaktaydı. İsimlerinden de anlaşılacağı üzere temel tartışma federe devletlerin hak ve yetkilerini sınırlayan güçlü bir ulusal devlet fikriyle, federe devletlerin otoritesini koruyan zayıf bir ulusal devlet örgütlenmesi gerekliliği arasında cereyan ediyordu⁴⁴⁰. Günümüzde demokratlar ile cumhuriyetçilere evrilen bu iki kutuptan federalizm yanlıları galip gelmiş ve federal devlet modeli benimsenmiştir.

Anayasa yargısının Amerika’daki orijinal dizaynı meşakkatli fikri çalışmalar sonucu oluşturulan federal sistemi ayakta tutmak gibi günümüzdeki anlamından

⁴³⁸Cappaletti, M. (1971). s. 38.

Birleşik Krallık’ta o yıllarda doğan Parlamentonun egemenliği doktrini 21. Yüzyıla kadar geçerliliğini koruduysa da 2005 tarihinde kabul edilen *Constitutional Reform Act* ile bu doktrin zayıflamıştır. Bu kanunla kurulan Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of United Kingdom*) parlamentonun egemenliğini sarsmaktaysa da aslında doğrudan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir mahkeme olarak tasarlanmamıştır. Mahkemenin konumuzu ilgilendiren temel işlevi; İskoçya, Galler ve İrlanda’ya bölgesel yetki devrinden (*devolution*) kaynaklanan yasama ve yürütme yetkisinin kullanımını AB Hukuku ve AİHS’e uygunluğunu denetlemektir. AB Hukuku ve AİHS’in gereklerini yerine getirmek için ortaya çıkmış bir kurumdur fakat mahkemenin iş yükünü oluşturan davalar anayasal sorunlara ilişkin olduğu için, yüksek mahkemenin kısa süre içerisinde anayasa mahkemesine (*constitutional court*) dönüşme potansiyeli bulunmaktadır. Yolcu, S. (2011). *İngiltere’de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 102.

⁴³⁹ Erdoğan, M. (2012). s. 22.

Ulusoy, federal sistemleri anayasaların ortaya çıkmasından önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırmakta, modern sistemi hukuksal ve anayasalcı yaklaşımla sistemi ele alan klasik teorilerle başlatmaktadır. Modern öncesi dönemde ise federalizm, salt anayasal bir çözüm aracı olarak değil, siyasal/ideolojik bir pazarlığın ürünü ya da sosyolojik bir gerçeklik olarak tanımlanmaktadır.

Çelik Ulusoy, D. (2014). Federal Sistemlerde Geriye Bakış: Modern Dönem Öncesi Yaklaşımlar, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 69, No. 4, s. 741-744.

⁴⁴⁰ Burada önemli bir not da halka olan güvensizlikle alakalıdır. Halkın referandumla vereceği karara dayısıyla da demokrasiye olan güvensizlik bu tartışmalarda ortaya çıkmaktadır.

oldukça uzak ve nispeten daha az karmaşık bir pratik sorunu çözmeye odaklanmıştır. Federal sistem tabiatı gereği federe devletlerin anayasaları ve yasaları ile federal devletin anayasası arasındaki potansiyel uyuşmazlıkları barındırır. Her devlet egemenlik sahasındaki hukuk birliği gayesini hayata geçirmeye odaklandığı için bu uyuşmazlıkları çözebilecek etkin ve tarafsız bir yargı merciine de ihtiyaç duymaktadır. Tam da bu noktada Amerika Birleşik Devletleri yüksek mahkeme (*supreme court*) ile bu ihtiyacı karşılama amacına yönelmiştir. İkinci dünya savaşı öncesi anayasa yargısının yalnızca üç federal devlette (1789 yılında ABD, 1875 yılında Kanada ve 1903 yılında Avusturalya) varlık göstermesi de aynı nedene dayanmaktadır⁴⁴¹.

Anayasa yargısının federalizm ile ilişkisini pekiştiren diğer bir husus federe devletler arasındaki “serbest ticaret”e dairdir. Hayek, 1945 yılında kaleme aldığı bir makalede rasyonel bir ekonomik düzen inşası için çözülmesi gereken problemin ekonomide kullanılan bilgi meselesi olduğunu söylemektedir. Daha sağlıklı bilgiye ulaşmak, istatistiklerden hareketle merkezi fiyatlandırma yapmak yerine, yerel dinamiklerin baz alınarak kendiliğinden oluşan piyasa ekonomisine itibar etmekle mümkün olmaktadır⁴⁴². Federal sistemde ekonomiye müdahale federe seviyede ve yerel olacağı için piyasayı daha iyi koruyabilecektir. Fakat her federe devletin kendi sahasındaki düzenlemeleriyle diğer federe devleti etkileme riski bulunmaktadır. Bu riskin gerçekleşmesi halinde ise ülke sathında serbest ticaretin zarar görme ihtimali doğmaktadır. Yüksek mahkeme bu safhada devreye girer ve serbest ticareti koruma adına federe devletlerin düzenlemelerine müdahale etmek suretiyle uyuşmazlıkları çözer⁴⁴³.

Anayasa yargısının ilk ortaya çıkışını anayasa mühendisliğinin bir ürünü, federalizmin ve serbest ticaretin koruyucusu olarak işlevselci anlayışla açıklayabiliriz. Ancak Supreme Court bu rolün ötesine geçerek, kuruluşundan çok kısa bir zaman sonra kanunların anayasaya aykırılığını denetlemeye başlamıştır. 1789 Amerikan Anayasası, 6. Maddesinin ikinci fıkrasında anayasanın üstünlüğü prensibine yer vermekte ve bu en tepedeki normun tüm yargıçları bağlayacağını

⁴⁴¹ Shapiro, M. ve Stone Sweet, A. (2002). *On Law, Politics, and Judicialization*, New York: Oxford University Press. s. 149.

Yazar bu üç ülkeye bir de İsviçreyi eklemekte ancak İsviçre’deki anayasa yargısının zayıflığını vurgulamaktadır.

⁴⁴² Hayek, F. A. (1945). The Use of Knowledge in Society, *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (Sep., 1945), s. 522.

⁴⁴³ Ginsburg, T. (2008). s. 84.

hüküm altına almaktadır⁴⁴⁴. Anayasanın üstünlüğünü benimseyen her anayasa benzer hükümleri içermekle birlikte, bunlardan yalnızca bir kısmı kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini anayasasında açıkça düzenlemiştir. ABD Anayasası kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine yer vermemesine karşın, aşağıda görüleceği üzere, Supreme Court anayasanın 6. Maddesinden ilhamla bu yetkiyle donatıldığını düşülmüş ve 1803 yılında verdiği bir kararında ilk defa bu yetkisini kullanmıştır.

4.2.2. Amerika'da Hukukun Üstünlüğü

Aslında Anglo-Saxon hukuk geleneğinde, hukukun üstünlüğüne ilişkin ilk karar Amerika'daki bu meşhur karardan yaklaşık iki asır önce Birleşik Krallık'ta Yargıç Coke tarafından Bonham davasında verilmişti. Amerika Birleşik Devletlerinde de 1803'ten önce benzer kararlara rastlamak mümkündür. Bu kararları, yargıç Marshall'ın kararından ayıran temel özellik mahkemenin anayasaya uygunluğu değil, ortak hukuka (*common law*) uygunluğu denetlemesidir. Edlin, bu tür denetimi anayasa yargısından (*constitutional review*) ayırmış ortak hukuk yargısı (*common law review*) olarak adlandırmıştır⁴⁴⁵.

Edlin, aynı zamanda Amerika'da ortaya çıkan anayasa yargısının hukuki, teorik ve tarihsel temellerinin ortak hukuka dayandığını iddia etmektedir. İddiasını kuvvetlendirmek için birkaç davayı örnek vermiştir. ABD'de henüz 1787 Anayasası kabul edilmemişken, 1761 tarihli Praxton's Case of the Writ of Assistance davasında, müzekkere (*writ*) neticesinde görevinden istifa etmek zorunda kalan James Otis, Bonham davasındaki argümanlardan beslenerek mahkemenin kanunların ortak hukuka uygunluğunu denetlemeye yetkili olduğunu savunmuş ve Amerika kıtasında bilinen ilk yargısal denetimi gerçekleştirmiştir⁴⁴⁶. Ardından 1789 yılında Güney Karolayna mahkemesi Ham v. M'Claws davasında mahkemenin ortak hukuka göre karar verme yükümlülüğü olduğuna vurgu yapan bir karar vermiştir. Bu karardan 3 yıl sonra, 1792 yılında, Bowman v. Middleton davasında,

⁴⁴⁴ m. 6/2: This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.

⁴⁴⁵ Edlin, D. E. (2010). *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, s. 79 – 80.

⁴⁴⁶ Berger, R. (1969). Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 117, No: 4, s. 521.

yine aynı mahkeme 1712 tarihli bir yasayı ortak hukuka aykırı bularak uyuşmazlığı ortak hukuka göre çözmüştür. *Lindsay v. Commissioners, Jones v. The Commonwealth, Holmes v. Walton* davaları da yerel mahkemelerin yasalar yerine ortak hukuku dikkate aldıkları diğer davalardır⁴⁴⁷.

Yalnızca yerel mahkemeler değil, Supreme Court da *Marbury v. Madison* davasının hem öncesinde hem de sonrasında ortak hukuka göre kararlar vermiştir. 1798 *Calder v. Bull*, 1793 *Chisholm v. Georgia*, 1805 *McIlvaine v. Coxe's Lessee*, 1810 *Fletcher v. Peck* davaları bunlara örnek olarak gösterilebilir⁴⁴⁸.

4.2.3. 1803 *Marbury v. Madison* Kararı ve Önemi

Yerel Mahkemelerin ve Supreme Court'un ortak hukuk eksenli norm denetimine pek çok örnek bulunmaktayken, *Marbury v. Madison*'u dünyanın en çok atıf alan mahkeme kararı yapan; kararı mahkeme adına yazmış olan baş hâkim John Marshall'ı ise yeryüzünde gelmiş geçmiş bütün anayasa hukukçularından daha meşhur kılan nedir⁴⁴⁹?

ABD Anayasası, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesine yönelik açıkça mahkemeyi yetkilendirmediği halde, Yüksek Mahkeme ABD Federal Anayasası'na dayanarak ilk denetimi bu dava ile başlatmıştır⁴⁵⁰. Karara konu olan olay pek çok ülkenin neredeyse en az bir defa tecrübe ettiği bağımsız yargının bağımlı hale getirilmesine yönelik siyasi bir hamledir. Göztepe kararın arka planını şöyle aktarır:

“ABD'nin kuruluşundan itibaren siyasi üstünlüğü elinde bulunduran – dolayısıyla yeni kurulan devletin üzerine inşa edildiği temel değerleri büyük ölçüde belirlemiş olan – Federalistler 1800 yılında yapılan seçimlerde Antifederalist Thomas Jefferson'a karşı seçimleri ve iktidarı kaybetmişlerdir. İktidarın devredilmesine günler kala Federalist Başkan John Adams yargı örgütüne, aynı siyasi görüşleri paylaştığı yargıçların

⁴⁴⁷ Edlin, D. E. (2010). s. 84 – 91.

⁴⁴⁸ Edlin, D. E. (2010). s. 91 – 102.

Ayrıca bkz. Treanor, W. M. (2005). Judicial Review Before Marbury, *Stanford Law Review*, Vol. 58, ss. 455 – 562.; Öztürk, F. (2012). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 13-20.

⁴⁴⁹ Gözler, K. (2011). C. 2., s. 709. Dipnot 16.

⁴⁵⁰ Öztürk, F. (2012). s. 20.

atanması yoluyla, kendisinden sonra gelecek Başkanın hareket alanını daraltma çabasına girişmiştir. Bu doğrultuda önce, birlikte çalıştığı İçişleri Bakanı John Marshall'ı Supreme Court başkanlığına atamış; Kongre'de kabul edilen bir yasayla (Circuit Court Act) federal mahkemelerin hâkim sayısını iki katına çıkarmış ve nihayet Columbia Bölgesi (District of Columbia) için kırk iki yeni yargıç ataması yapılmıştır. Böylece Federalist Başkan Adams ömür boyu göreve atanan yargıçlar eliyle federalist düşüncenin yargı eliyle korunmasını güvence altına almaya çalışmıştır. Görev tesliminin yapılacağı 3 Mart gece yarısına kadar yeni atanan yargıçların atamaları Senato tarafından onaylanmış ve atama belgeleri – dört kişi hariç olmak üzere- yeni yargıçlara teslim edilmiştir. Atama belgesin alamayan yargıçlardan bir tanesi de sözü edilen ünlü davanın davacısı olan William Marbury'dir.

Antifederalist Başkan Jefferson 4 Mart 1801 tarihinde görevi devralmasıyla iktidar savaşının ikinci sahnesi açılmıştır. Atama belgesini alamayan William Marbury yeni İçişleri Bakanı James Madison'a karşı, atama belgesinin verilmesini sağlamak için Supreme Court'ta dava açmıştır. Hukuki dayanağı ise, Supreme Court'a "uygulama emri kararı" verme yetkisi tanıyan 1789 tarihli Adliye Yasasıdır (Judiciary Act). Ama yeni Bakan, Başkan Jefferson'un emri üzerine eksik kalan atama belgelerini vermeyi ve dava açıldıktan sonra da dava sürecine katılmayı reddetmiştir⁴⁵¹

Mahkeme burada üç soruya cevap aramıştır. İlk olarak Marbury'nin bu komisyona atanma hakkı olup olmadığı sorgulanmış ve bu hakkının varlığına hükmedilmiştir. Ardından, böyle bir hakkının olduğu varsayımında Marbury için uygun bir hak arama yolunun mevcudiyeti sorgulanmış ve bireysel özgürlüklerinin zarara uğradığını düşünen bireyin hukukun korumasına başvurma hakkı olduğundan bahisle Marbury'nin böyle bir hakkı olduğu sonucuna varılmıştır. Burada ayrıca devletin böyle bir korumayı sağlamasının en başta gelen

⁴⁵¹ Göztepe, E. (2012). Anayasa Yargısı ve Demokrasi, *Toplum ve Bilim*, Sayı:123, İstanbul: Birikim Yayınları, s. 45 – 46.

Marbury v. Madison kararına yol açan olayların daha detaylı bir anlatımı için bkz. Gözler, K. (2011). Cilt 2. s. 717-722, Kutu 39.7.

Farklı Anlatımlar için bkz: Sevinç, M. (1996). Amerikan Yüce Mahkemesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, ss. 391 – 407.

görevlerinden biri olduğu vurgulanmıştır. Üçüncü ve son soruda ise, Supreme Court'un bu "uygulama emri kararı" (*writ of mandamus*) için başvurulacak doğru merci olup olmadığı sorusuna cevap aranmış ve ilkin mahkemenin buna benzer uygulama emri kararını uygulamaya yetkili olduğu tespit edilmiştir. Ancak Mahkeme, 1789 Yargı Yasasının 13. maddesiyle Kongre tarafından Mahkemeye bu şekilde yeni bir uygulama emri vermesinin Anayasa aykırı olduğuna ve kanunun ilgili bölümünün geçersizliğine hükmetmiştir⁴⁵². Netice itibariyle siyaseten aynı görüşleri paylaşımlarına rağmen, Baş Yargıç Marshall, Marbury'nin talebini reddetmiş ve reddederken anayasa yargısının doğuşuna vesile olmuştur. Brugger'in deyimiyle "*Muharebe kaybedilmiş, ama savaş kazanılmıştır*"⁴⁵³.

Supreme Court'un esastan incelediği bu davanın gerekçesi ve gerekçedeki argümantasyon, en az kararın kendisi kadar önemlidir. Mahkeme, davaya konu olayda kullanılacak olan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğundan bahisle kanuna mı yoksa anayasaya mı göre karar vereceğini tartışmış; Anayasa ile kanun hükmünün çatışması halinde yargıcın kanunu uygulayarak anayasayı ihmal etmesindense, anayasayı uygulayarak kanunu ihmal etmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁵⁴. Hâkimin görevi, anayasayla kanunlar arasında bir çatışma gördüğünde üstün olanı yani anayasayı uygulamaktır⁴⁵⁵.

⁴⁵² Mountjoy, S. (2007). *Marbury v. Madison: Establishing Supreme Court Power*, New York: Chelsea House, Infobase Publishing, s. 109 – 113.

⁴⁵³ Brugger, W. (2003). "Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit: 200 Jahre Marbury v. Madison", Werner Kremp (Hrsg.), 24 Februar 1803. Die Erfindung der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihre Folgen içinde, Trier: WVT Wissenschaftlicher Verlag s. 21'den aktaran Göztepe, E. (2012). s. 47.

⁴⁵⁴ Tunç, H. (1997). s. 32.

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

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

Aynı yerden naklen, dipnot 69.

⁴⁵⁵ Aldıkaçtı, O. (1970). *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları. s. 308.

"Hâkim Marshall'ın kararının mesnedi ABD Anayasasında bulunan iki prensiptir. Bunlardan birincisi, yargı kuvvetinin fonksiyonudur, ikincisi de katı Anayasa kavramıdır. Yargı kuvvetinin fonksiyonuna göre, hâkimin görevi, hükümlerini memleket kanununa göre vermektir. Kanunlar birbiriyle çatışsalar bile, hâkim görevini yerine getirmek, karar vermek zorundadır. Memleket kanunları arasında Anayasa da vardır Anayasanın katılığı prensibi de Anayasanın kanunlara olan üstünlüğünü sağlamakta ve kanunları yapan çoğunluğun Anayasayı değiştiremeyeceğini göstermektedir. Şu halde hâkim görevi sırasında Anayasayla adi kanunlar arasına bir çatışma müşahade ederse üstün olan kanunu yani Anayasayı uygulamakla mükelleftir."

Mahkeme, Anayasanın VI. Maddesindeki “Anayasanın egemenlik sahasındaki en üstün hukuk” (*the supreme law of the land*) olması hükmüne dayanarak bu şekilde karar vermiştir. Maddeye ilişkin Chemerinsky’nin prosedürel teze yakın farklı yorumu şu şekildedir;

“Anayasanın en üstün hukuk kuralı olduğunun kabulü, yalnızca yargının kanunları geçersiz kılabileceği şeklinde yorumlanamaz. Madde VI’da geçen üstünlük ibaresi, Kongrenin yalnızca anayasayla yetkili kılındığı hallerde kanun yapabileceği şeklinde de anlaşılabilir.”⁴⁵⁶

Anayasaların, yüksek mahkemeleri yargısal denetimle açıkça yetkilendirmediği hallerde anayasa yargısının meşruluğu bilhassa pozitivist görüş ve prosedürel tez taraftarlarınca sıklıkla gündeme getirilmektedir. Bu ve benzeri tartışmalar çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı bir şekilde tartışılacaktır.

4.3. İkinci Dalga: Anayasa’nın Üstünlüğünü Sağlamak

İkinci dalga Avusturya’da I. Dünya savaşının hemen ardından başlamıştır. Kelsen’in teorik altyapısını kurduğu sistem üzerinde yükselen bu anayasa yargısı modeli 19. Yüzyılın ilk çeyreğinde, 1 Ekim 1920 tarihli anayasayla Avusturya’da ortaya çıkmıştır. Bu sistemde anayasanın üstünlüğü prensibinin garantörü olarak kurulan Anayasa Mahkemesi, anayasal düzenin bekçisi vazifesini üstlenmiştir⁴⁵⁷. Kronolojik olarak Birinci Dünya Savaşı ile başlayan ikinci dalga, İkinci Dünya Savaşı ile devam etmiş ve artık totaliter rejimlere karşı ülkeyi koruma görevini de üstlenmiştir.

4.3.1. Birinci Dünya Savaşı Sonrası “Avusturya Dönemi”

I. Dünya Savaşı sonrası Anayasa Mahkemeleri, uygulamada karşılaşılan ihtiyaçların da etkisiyle teorik ve normatif altyapısını sağlamlaştırma ihtiyacı hissetmiştir. Pratikten ve metinlerin suskunluğundan doğan, yasaların anayasallık denetimine ilişkin Amerikan sisteminden farklı olarak, Kelsen tarafından teorisi

⁴⁵⁶ Chemerinsky, E. (2006). *Constitutional Law: Principles and Policies*, Üçüncü Baskı, New York: Aspen Publishers, s. 46.

⁴⁵⁷ Ginsburg, T. (2008). s. 85.

geliştirilmiş olan Avrupa tipi Anayasa Yargısı modeli, Anayasa'nın yargısal güvencesinin kurulmasına yönelik bir çabanın mahsulüdür⁴⁵⁸.

Esasında, Avusturya'da anayasa yargısının düşünsel temelleri 1885 yılında Georg Jellinek'in "*Ein Verfassungsgerichtshof Für Österreich*" başlıklı yazısıyla atılmıştır. Jellinek'in düşüncesini olgunlaştıran etken ise parlamento tarafından 1867 Anayasasının sıklıkla ve hiçbir engelle karşılaşmaksızın ihlal edilmesi ve geçerli bir normlar hiyerarşisi sisteminin bir türlü kurulamamasıdır. Normativist okul mensuplarının normlar hiyerarşisi üzerinde ısrarla durmaları hem kuramsal açıdan anayasa yargısı fikrini olgunlaştırmış hem de anayasa mahkemesinin kurulmasını kolaylaştırmıştır⁴⁵⁹.

1920 Anayasasının henüz yürürlüğe girmediği yıllarda dahi mahkemelerin kanunların doğru bir biçimde yayınlanıp yayınlanmadığı bakımından anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi bulunmaktaydı. Bununla beraber kararnamelerin yasalara ve bu nedenle de anayasaya uygunluğunu denetleme yetkileri sınırlandırılmamıştı. Dar sınırlar içinde mümkün olan bu denetim neticesinde yüksek mahkemece (*Oberster Gerichtshof*) alınan anayasaya aykırılık kararları alt derece mahkemeleri bağlamadığı gibi, sonraki uyuşmazlıklar açısından kendileri için de bir bağlayıcılık taşımıyordu. Bu nedenle de yasaların yargısal denetimini merkezileştirmek anayasanın otoritesi bakımından son derece arzu edilir bir özellik taşıyordu⁴⁶⁰.

Tüm bu teorik ve pratik nedenler Kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyen "anayasa yargısı" sisteminin kurulmasını sağlamıştır. Her ne kadar kuruluşundan yaklaşık bir asır önce Amerikan Supreme Court kendisini kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi anlamında yetkili gördüyse de bu yetki açık bir anayasal düzenlemeye dayanarak ilk kez 1920 yılında ortaya çıkmıştır. Aynı dönemlerde, 1920 yılında Çekoslovakya, 1931 yılında İspanya merkezileşmiş Anayasa Mahkemesi sistemi kurmuşlardır⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Kaboğlu, İ. Ö. (1993). "Kelsen Modeli 'Sınırları'nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları" *Anayasa Yargısı*, S. 10, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 381.

⁴⁵⁹ Feyzioğlu, T. (1949). Avusturya Anayasa Mahkemesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, s. 84.

⁴⁶⁰ Kelsen, H. (2012). Yasaların Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Olarak Avusturya ve Amerikan Anayasalarının İncelenmesi, çev. Turhan, M., *Çankaya University Journal of Law*, S. 9/2, s. 136.

⁴⁶¹ Cappelletti, M. (1971). s. 50.

Avrupa tipi anayasa yargısının miladı olan bu gelişmeler kuramsal açıdan Kelsen'in saf hukuk teorisini takip etmiş, teorinin izdüşümü ve ilk hayata geçişi olarak da kurumsal olarak Avusturya Anayasa Mahkemesinde vücut bulmuştur. 1920 tarihli Avusturya Anayasasıyla birlikte ilk defa, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini haiz bir Anayasa Mahkemesi (*Verfassungsgerichtshof*) doğmuştur⁴⁶². Avrupa veya Kelsen modeli olarak bilinen Avusturya Anayasa Mahkemesi aynı zamanda merkezileşmiş anayasa yargısının ilk örneğidir⁴⁶³.

1920 Anayasası hazırlanırken Avusturya Anayasa mahkemesi için tartışılan iki öneri daha bulunmaktaydı. Bunlardan ilki "bireysel başvuru" hakkına ilişkindi. Bu öneriye göre tüm vatandaşlar anayasal sorunlarda *actio popularis* haklarına dayanarak Anayasa Mahkemesine başvurabilecek, bir yasanın geçerliliği hususunda mahkemeyi karar vermek zorunda bırakabileceklerdi. Önerilerden ikincisi ise, anayasayı korumakla görevli Genel Savcının bulunduğu bir kurum ihdasıydı. Savcı tüm federal yasalar ile eyalet yasalarını inceleyecek ve anayasaya uygunluğu hususunda şüphe duyduklarını Anayasa Mahkemesi'ne gönderebilecekti. Ancak 1920 Anayasası her iki öneriye de yer vermemiştir⁴⁶⁴.

Avusturya'nın tıpkı anayasa yargısının doğduğu ABD gibi federal devlet yapılanmasına sahip olması, anayasa yargısı ile federalizm arasındaki ilişkiye dair ipuçları sunmaktadır. Bu yapı federal devlet yapısındaki Anayasa Yargısının kurumsal zorunluluğuna işaret etmektedir. Nitekim Avusturya Anayasasının 138. Maddesine göre bir yasama ya da yürütme işleminin Federal Devletin mi, yoksa federe devletlerden birinin mi yetkisine girdiği hususunu, daha bu işlem yapılmadan Anayasa Mahkemesi danışma kararı niteliğinde bir kararla saptamaya yetkiliydi⁴⁶⁵. Mahkemenin ilk kuruluşunda yalnızca federal hükümet yasalarının ve eyalet hükümetleri de federal yasaların anayasaya aykırı oldukları konusunda

⁴⁶² Avrupa kıtasında norm denetimi yapmakla görevli ilk mahkeme Avusturya'dan yalnızca birkaç ay önce kurulan Çekoslovakya Anayasa mahkemesi olduğuna ilişkin görüşler mevcutsa da mahkemenin devam edememiş olması nedeni ile haklı olarak göz ardı edilmektedir. Machacek, R. (1987) Avusturya Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını C. 4, s.22.

Çekoslovakya Anayasa Mahkemesinin resmi web sitesinde mahkemenin kuruluşu 1921 olarak gösterilmektedir. <http://www.usoud.cz/en/history/> (erişim: 13.08.2015)

⁴⁶³ Stone Sweet, A. (2000). s. 34. Yazar bu modeli Kelsenci Anayasa Mahkemesi (*The Kelsenian Constitutional Court*) olarak adlandırırken 1920 Anayasasını ve bu anayasayla beraber dünyaya gelen Anayasa Mahkemesini ise Kelsen'in dahice bir buluşu (brainchild) olarak takdim etmektedir.

⁴⁶⁴ Kelsen, H. (2012). s. 145-146.

⁴⁶⁵ Azrak, A. Ü. (1984). Almanya ve Avusturya'da Anayasa Yargısının Esasları, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 2. S. 2, s. 15-16.

itirazda bulunabiliyorlardı. Böylece Avusturya'nın federal devlet oluşuna dikkat edilmiş olunmaktaydı⁴⁶⁶. Bu özellikler Anayasa Yargısı ile federalizm arasındaki ilişkinin ne denli kuvvetli olduğunu gözler önüne sermektedir.

Avusturya Anayasası, 1929 yılında değiştirilmiş ve bu değişikliklerle beraber başvuru yolları genişletilmiştir. Bu değişiklik sonrasında anayasa mahkemesine federal ve federe devletlerin yanısıra Yargıtay (*Oberster Gerichtshof*) ve Danıştay'ın (*Verwaltungsgerichtshof*) da başvuru yapabilmesinin yolu açılmıştır⁴⁶⁷. Bu değişikliklerle mahkemenin denetim yetkisi artırılmış, norm denetimi görevi yasaları aşarak maddi anlamda yasama işlemi kabul edilen idarenin düzenleyici işlemlerinin (kararname, tüzük, yönetmelik) kanunlara ve anayasaya uygunluğu denetleyebilecek şekilde genişletilmiştir⁴⁶⁸. Başta federalizmin etkisiyle ve devlet sistemini etkin halde yaşatmaya yönelik önlemler dikkati çekerken, anayasa değişiklikleri sonrasında giderek normlar hiyerarşisi ve doğal olarak anayasanın üstünlüğünün sağlanması ön plana çıkmıştır.

1929 Avusturya Anayasa reformunun, Anayasa Mahkemesine dair diğer önemli yönü ise, mahkemenin üyelerinin seçimine ilişkin olmuştur. Değişiklik sonrası üyeler Parlamento tarafından değil, idare tarafından atanmaya başlanmıştır. Bu değişiklik neticesinde eski mahkeme ortadan kalkmış, yerine idarenin parti yandaşlarını atadığı bir mahkeme yapısı doğmuştur⁴⁶⁹.

4.3.2. İkinci Dünya Savaşı Sonrası

I. Dünya Savaşından sonra radikal sağın yükselişi genelde devrim ve işçi sınıfı iktidarı tehlikesine, özelde ise Ekim Devrimi ve Leninizm'e gösterilen tepkinin sonucuydu. Kuşkusuz I. Dünya savaşı öncesinde de her toplum belirli ölçülerde histerik ulusalcı ve yabancı düşmanı, savaşı ve şiddeti yücelten, silah zoruyla iş yaptıran, demokrasiye ve akılcılığa karşı çıkan grupları barındırıyordu. I. Dünya Savaşının ardından eski rejimlerin ve bu rejimlerle birlikte hâkim sınıfların ve

⁴⁶⁶ Machacek, R. (1987) s. 22.

⁴⁶⁷ Cappaletti, M. (1971). s. 73.

⁴⁶⁸ Tunç, H. (1997). s. 124.

⁴⁶⁹ Kelsen, H. (2012). s. 139.

“Çağımızda anayasa mahkemesi üyelerinin atanmasının Parlamentolarca yapılması halinde mahkemenin siyasallaşacağına ilişkin kuşku oldukça yaygındır. Bu nedenle daha tarafsız olacağına inanılan devlet başkanının bu görevi yerine getirmesi önerilmekte ve belirli nispette karşılaştırmalı hukukta da kabul edilmektedir. Ancak 1929 Avusturya'sında siyasilerin değil, idarenin atama yetkisiyle donatılması tam aksine sonuç doğurmuş hatta bu gelişme neticesinde Avusturya'nın Nazilerce ilhak edilmesi sırasında dahi Anayasa Mahkemesi direnmemiştir.” (aynı yerden naklen)

onların iktidar, nüfuz ve hegemonya mekanizmalarının çökmesiyle bu gruplar yönetimde yer alma şansına kavuştular ve faşizmi hayata geçirdiler. Düzenin iyi işlediği Britanya, Fransa gibi ülkelerde ise kısa süreli esintilere rağmen bu görüşler yönetimde varlık gösteremedi⁴⁷⁰. Faşizmin Avrupa'daki seyri ilk olarak İtalya'da, Mussolini ile başladıysa da İtalyan Faşizmi uluslararası alanda bir cazibe merkezi olamamıştır. 1933'te Hitler Almanya'da zafer kazanmasaydı, faşizmin yaygın bir hareket haline gelmesi de pek mümkün görünmüyordu⁴⁷¹.

Faşizm sağlam teorik temellere dayanan bir doktrin olmaktan çok bir tepki olarak doğmuştur. Faşizm bir ideoloji değil, bir siyasi tekniktir ve felsefi bir temele dayanmadığı halde modern tarihin en etkili siyasi tekniği olmuştur⁴⁷². I. Dünya Savaşı'nın acı tecrübesinden, çevredeki komünist tehlikeden beslenen bu olgu, devleti kutsar ve kutsadığı nispette de bireyden ödün verir. Faşist sistemlerde bireyin, yalnızca toplumun genel menfaatinin sağlanması noktasında bir araç olarak kıymeti vardır. Bu nedenle faşist sistemlerde devlete karşı ileri sürülebilen haklar yoktur, yalnızca devlete karşı yerine getirilmesi gereken ödevlerden bahsedilebilir. Almanya'da ortaya çıkan Nasyonel Sosyalizm ise bu noktalarda İtalyan Faşizminden ayrılır. Almanya uygulamasında mühim olan "Devlet" değil "Halk Topluluğu"dur. Birey yine araç konumundadır. Fakat bu sefer devlet için değil halk topluluğunun menfaati için mücadele etmekle yükümlüdür. Halk topluluğu ise hukuki bir kavram değil, ırk esasına dayanan "etnik" bir kavramdır⁴⁷³. Her iki yönetim de aralarındaki düşünsel farklılıklara rağmen totaliter rejimlerin doğmasına yol açmıştır⁴⁷⁴.

II. Dünya Savaşı tecrübesi anayasa yapımında bir dönüm noktasıdır. Anayasalarda temel haklara genişçe yer ayrılması ve bu hakların anayasa mahkemelerince korunmasının giderek kabul edilmesi bu dönemde yaşanan gelişmelerin yansımasıdır. Hak-Eksenli anayasa yargısı modelinin yaygınlaşmasıyla parlamentolara ve sosyolojik çoğunluğa sınırları hatırlatılmış, acı

⁴⁷⁰ Hobsbawm, E. (2002). *Kısa 20. Yüzyıl: 1914 – 1991 Aşırılıklar Çağı*, Çev. Alogan Y., İstanbul: Sarmal Yayınları, s. 157 – 159.

⁴⁷¹ Hobsbawm, E. (2002). s. 147.

⁴⁷² Loewenstesin, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, I, *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3 s. 423.

⁴⁷³ Kapani, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 151.

⁴⁷⁴ Totaliter rejim demokrasiyi reddeden, toplum ve devlet hayatının tamamını kapsayarak tümüne yön vermek amacını güden "bütüncü" bir sistemdir. Kavram sıklıkla diktatörlükle karıştırılıyorsa da, diktatörlüklerin mutlaka totaliter bir nitelik taşıma zorunluluğu bulunmamaktadır. Kapani, M. (1993). s. 147.

diktatörlük tecrübelerinin tekrar yaşanmaması için önlemler alınmıştır. Metin, bu dönemi şöyle aktarmaktadır:

“Anayasa yargısının hızla yayılmasının başlıca sebebi, İkinci Dünya Savaşından sonra insan haklarının önem kazanmasıdır. İnsan hakları alanında yaşanan bu gelişme demokrasi teorisini anayasal dönüşüme uğratmıştır. İnsan hakları ve insan haklarının bağımsız mahkemeler aracılığıyla korunması artık çoğunluğun iradesinin uygulanması önünde bir engel olarak değil, aksine anayasal demokrasinin kurucu unsurlarından biri olarak görülmeye başlanmıştır. Temel kuruluş belgesi olarak anayasa, toplumu ilgilendiren kararların alınması usulünü ve vatandaşların çoğunluk kararına tabi olmadığı alanları belirlemektedir.”⁴⁷⁵

İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasa yapımı temelde iki noktaya odaklanmıştır. Bunlardan ilki temel hakların anayasaya yazılarak devletlerin kısıtlayamayacağı bireysel özerkliklere ilişkin sınırları belirlemek, ikincisi ise anayasa mahkemelerinin kurulmasıyla bu hakları teminat altına almak ve korumak⁴⁷⁶.

Anayasa mahkemeleri, dönemin anayasa yapım geleneğini yansıttığı gibi totaliter rejim ihtimalini engelleyecek bir araç olarak da tercih edilmiştir⁴⁷⁷. Takip eden alt başlıklarda, anayasa yargısının bu görünümünü ve pek çok batılı demokrasiden daha önce kurulan Türk Anayasa Mahkemesini dönem şartlarını da içerecek şekilde analiz edilmeye çalışılacaktır.

4.3.2.1. Dönemin Şartlarının Getirisi Olarak Anayasa Mahkemeleri

1930’larda beliren totaliter rejimler, düşünsel temellerini çalışmamızın birinci bölümünde detaylıca incelediğimiz J. J. Rousseau’nun “genel irade” (*General Will*) varsayımından almaktadır. Çoğunlukçu (mutlak) demokrasi yalnızca sayı üstünlüğüne dayanan bir rejimdir ve azınlıkların haklarına aldırış etmemektedir.

⁴⁷⁵ Metin, Y. (2012). Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 91.

⁴⁷⁶ Ginsburg, T. (2003). s. 2.

⁴⁷⁷ “Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, demokrasinin faşizme karşı savaşının zaferi olarak nitelenen ikinci dünya savaşı sonrasında, insan hak ve hürriyetlerinin korunması gerektiği bilinciyle, Batı Avrupa ülkelerinde yaygınlaşmış ve başlangıçta Batı Almanya, İtalya, Avusturya ve Fransa’nın, daha yakın zamanlarda dikta rejiminden kurtulan Yunanistan, Portekiz ve İspanya’nın yeni anayasalarında, değişik usullerle benimsenip, uygulamaya konmuştur.” Duran, L. (1984). Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 17, s. 4.

Kamu yararının çoğunluk tarafından temsil ediliğine inanılır ve bu denkelemde azınlıklara düşen çoğunluk kararlarına itaatten başka bir şey değildir. Azınlıktakilerin, yalnızca çoğunluğun karşısında azınlıkta kaldıkları için yanıldıkları varsayılmaktadır⁴⁷⁸.

Çoğunlukçu demokrasi anlayışı, Weimar anayasasına normatif anlamda yansımamasına rağmen anayasa çoğunluğun diktatoryasını önleyecek kurumlara yer vermemekteydi. 31 Temmuz 1919 tarihinde Parlamentoda kabul edilen ve 31 Ağustos'ta Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan Anayasa, ilk bakışta 20. yüzyılın en liberal ve en demokratik anayasası izlenimi uyandırıyor. Kabine fikri İngiltere ve Fransa'dan, kuvvetli ve sevilen bir Cumhurbaşkanı fikri Amerika'dan, referandum fikri de İsviçre'den alınmıştı. Listelere dayanan mükemmel ve çeşitli bir nispi temsil ve seçim sistemi kurulmuş, böylelikle küçük azınlıklara dahi Parlamentoda temsil edilme hakkı ve şansı tanınmıştı⁴⁷⁹.

Weimar Anayasası, devlet idaresinde federal sistem kurmuş ve federal devletin (*Reich*) yasama hakkına sahip olduğu hususları tahdidi olarak sayarak kalan konularda federe devletleri (*land*) yetkili kılmıştı⁴⁸⁰. Weimar Anayasasında, pek çok federal devlet örneğinde olduğu gibi, Anayasa yargısı ile federalizmin kaçınılmaz ilişkisinden doğan “Yüksek Devlet Mahkemesi” (*Staatgerschthof*) kurulmuştu. Mahkemenin görevi eyaletlerin kendi arasındaki ve eyalet ile federal devlet arasındaki uyuşmazlıkları çözmek ile Federal Anayasa ve kanunlara aykırı eyalet kanunları iptal etmektir. Weimar Anayasası, anayasanın üstünlüğü ile katı anayasa modelini benimsediği için Mahkemenin federal devlet kanunlarının da anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili olduğu akademisyenlerin çoğunluğu tarafından savunuluyordu⁴⁸¹. Mahkeme 1924 tarihli bir kararında kendisini “Reich Anayasasının Koruyucusu” olarak takdim etmiş, 1927 tarihli bir başka kararında ise, ilk defa kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yapmıştır. Aynı yıllarda mahkemenin önleyici denetim yapmasına, kararlarının kanun kuvvetinde

⁴⁷⁸ Hakyemez, Y. Ş. (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 29.

⁴⁷⁹ Pozhidayeva, N. (2011). *Alman Siyasal Sisteminde Weimar Cumhuriyeti Sonrası Nasyonal Sosyalist Partinin*, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Danışman: Tanju Tosun, s. 66.

⁴⁸⁰ Almanya Federal Devlet Sisteminin tarihsel kökenlerine dair ayrıntılı bir çalışma için bkz. Karadağ, C. T. (2015), *Alman Federalizminin Tarihsel Süreçteki Gelişimi*, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, S. 2, ss. 121-136.

⁴⁸¹ Weimar Anayasası, Kanunların Anayasaya uygunluğunun siyasi denetimine devlet başkanına ve parlamentonun 1/3'lük çoğunluğuna verdiği kanunları referanduma götürme hakkıyla olanak tanıyordu.

olmasına, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin açıkça tanınmasına ilişkin tüm usule dair detaylarıyla tasarılar hazırlandıysa da hiçbir kanunlaşmamıştır. Weimar Anayasası, nispi temsile yer veriyor, aynı zamanda parlamentonun 1/3'ü kanunları referanduma götürme yetkisini haiz olduğu için ilk bakışta çoğulcu bir yönetimi andırıyordu. Güçlü sayılabilecek bir yüksek mahkemesi vardı ve yetkilerinin arttırılması gündemdeydi⁴⁸².

Ancak tüm bu şartlar Almanya'da Nazilerin iktidara gelmesini engelleyememişti. 1929 yılında tüm dünyayı etkisi altına alan ekonomik kriz (*büyük buhran/great depression*) Almanya'da Hitler'in partisi olan "Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi"nin "NSDAP" (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*) yükselişine zemin hazırlamıştı⁴⁸³. 1933 yılının Ocak ayında Hitler'in Şansölyeliği kazanmasıyla beraber Weimar Cumhuriyeti kısa zamanda kontrol edilemez bir hal aldı. İktidarın kazanılmasından yalnızca iki ay sonra 24 Mart 1933 tarihinde yapılan anayasa değişikliğiyle (*Ermächtigungsgesetz*)⁴⁸⁴ yasama gücü (parlamentoya ihtiyaç olmaksızın), bütçenin denetimi, uluslararası anlaşma yapma yetkisi, Anayasa değişikliği yapma yetkisi yürütmeye devredildi ve böylelikle diktatörlük kurulmuş oldu. Aynı yılın yaz aylarında Hitler'in partisi (NSDAP) hariç tüm siyasi partilerin tasfiyesiyle totaliter diktatörlük Weimar Anayasasına rağmen tam manasıyla inşa sürecini tamamladı ve federal Almanya, üniter devlete dönüştü⁴⁸⁵. Türmen, Weimar anayasasının yol açtığı sorunu ve Hitler'in iktidara gelmesini şöyle aktarır:

"Weimar Anayasası 48. maddesine göre eyaletlerin anayasanın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirememesi ya da kamu düzeninin bozulması ya da ciddi bir tehditle karşı karşıya bulunması durumlarında, cumhurbaşkanı, kamu düzenini yeniden kurmak için kuvvet kullanmak dâhil, gerekli önlemlere başvurabilir ve bireysel hak ve özgürlükleri askıya alabilir."

⁴⁸² Feyzioğlu, T. (1951) *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, s. 111 – 119.

⁴⁸³ Büyük buhranın siyasi ve anayasa sonuçları için bkz. Crafts, N. Ve Fearon, P. (ed).(2013). *The Great Depression of the 1930s: Lessons for Today*, Oxford: Oxford University Press. Almanya için özellikle bkz. Ritschl, A. "Reparations, Deficits, and Debt Default: The Great Depression in Germany" aynı eser ss. 110-140.

⁴⁸⁴ Kanun İngilizce kaynaklarda, Yetki Kanunu (The Enabling Act) olarak geçmektedir.

⁴⁸⁵ Burkens, M. (2004). *The Federal Republic of Germany*, Çev.: Starsmore K., içinde: *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Ed.: Prakke L., Kortmann, C., Deventer Kluwer Legal Publishers, s. 311.

Weimar Cumhuriyeti'nin temel direği Prusya'nın desteğiydi. Prusya aynı zamanda Nazilerin iktidara gelmesi önündeki önemli bir engeldi. 1932'de Von Papen'in Şansölyeliği döneminde, merkezi hükümet Prusya'daki karışıklıkları bahane ederek anayasanın 48. maddesini işletti ve Prusya'da yönetime el koydu.

Prusya sorunu anayasanın 19. maddesiyle kurulan "Yüksek Devlet Mahkemesi"ne götürdü. Mahkeme, Prusya'nın iddialarını reddederek 48. maddenin uygulanmasını hukuka uygun buldu. Mahkeme, kararında, Prusya'nın ileri sürdüğü, Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisini aştığı savını kabul etmedi. Takdir yetkisinin sınırlarının Cumhurbaşkanı tarafından çizileceğini belirtti.

Mahkemenin bu kararı Hitler'e iktidar yolunu açtı. 1932'de Hindenburg'un, Hitler'i Şansölye olarak atamasından sonra, Hitler Reichstag yangınına bahane ederek 48. maddeyi uygulamaya koydu ve anayasada yazılı hak ve özgürlükleri askıya aldı. Arkasından, meclisten geçirdiği bir yasayla hükümetin kanun yapma yetkisine sahip olmasını sağladı. Bundan da anlaşılacağı gibi, Hitler amacına salt şiddetle değil, aynı zamanda yasal yöntemleri de kullanarak ulaştı.⁴⁸⁶

II. Dünya Savaşına zemin hazırlayan ve Almanya'nın totaliter rejime dönüşmesini sağlayan her şey aslında mevzuata dolayısıyla pozitif hukuka uygundu. Yüksek Mahkeme, bu düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğine dair ciddi bir akademik desteğe ve anayasal alt yapıya da sahip olmasına rağmen, müdahale etmemeyi tercih etmiştir.

Bu kapsamda teorik tartışmalar, özgürlüklerin bir sınırı olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir. Geleneksel liberaller özgürlüğü yok etme özgürlüğü dâhil tüm özgürlüklerin korunmasına taraftardır. Onlara göre özgür toplum, kendisini düşmanlarından korumak için sınırlayıcı önlemlere başvuramaz. Başvurduğu takdirde, liberalizm kendi ayırt edici hüviyetini kaybeder ve daha fazla demokratik kalamaz⁴⁸⁷. Bu görüşe en sert karşı çıkış Loewenstein'dan gelmiştir.

⁴⁸⁶ Türmen, R. (2010). Demokraside Yargının Önemi ve Weimar Dersleri, *Milliyet Gazetesi*, 19.02.2010. <http://www.milliyet.com.tr/demokraside-yarginin-onemi-ve-weimar-dersleri/riza-turmen/siyaset/siyasetyazardetay/19.02.2010/1201056/default.htm> (erişim: 17.08.2015)

⁴⁸⁷ Kapani, M. (1964). Freedom to Destroy Freedom: Its Meaning and Implications, *Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 262-263.

O'na göre demokrasinin temel ilkesi yasallık kavramıdır. Faşizm ise yasallık kavramını ilhak etmektedir⁴⁸⁸. Bu nedenle demokrasi militan olmalı ve siyasi bir teknik olan faşizmle aynı düzlemde mücadele edebilme imkânına erişebilmelidir⁴⁸⁹. Demokrasi kendi yıkılışına seyirci kalmaz, bu nedenle kendisini savunmak zorundadır. Kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla, hukuksal, siyasi ve toplumsal alanda aktif bir tutum takınmalıdır⁴⁹⁰.

Dünya Savaşları tecrübesi özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması ihtiyacını ortaya çıkarırken, düşünsel anlamda cereyan eden bu tartışmalar da ülkeleri insan haklarına etkin koruma sağlayabilecek bir kurum arayışına itmiştir. Bu arayış meyvelerini II. Dünya savaşının totaliter rejimleriyle en önemli aktörleri haline gelen İtalya ve Almanya'da vermiş, anayasa yargısı totaliter rejim ihtimaline karşı bir araç olarak belirmiştir.

4.3.2.2. Totaliter Rejim İhtimaline Karşı Anayasa Yargısına İki Örnek: İtalya ve Almanya

1942 yılında Almanya'daki Yahudi sorununa nihai bir çare bulma gayesiyle toplanan Wannsee Konferansı'na (*Wannseekonferenz*) katılan ve Doğu Avrupa'daki Yahudilerin toplama kampına sürgünü ve sistematik toplu katliamına karar veren 15 kişiden 9'u hukuk formasyonuna sahipti. Carl Schmitt ve Karl Larenz gibi dönemin şöhretli hukukçuları "somut düzen teorisi"⁴⁹¹ (*konkretes*

⁴⁸⁸ Loewenstesin, K. (1937). s. 424.

⁴⁸⁹ Loewenstesin, K. (1937). s. 430.

⁴⁹⁰ Hakyemez, Y. Ş. (2000). s. 33.

Hakyemez'in, bizim de katıldığımız görüşüne göre, demokrasi, karşıtlarının da düşünce hürriyetinden faydalanmalarını salık vermekte, ancak eylem düzeyinde onlara karşı çıkmaktadır:

"militan demokrasinin ortaya çıkmasından sonra, demokratik bir rejimde açıkça özgürlükçü demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan örgütlerin kurulup faaliyette bulunmalarına imkân tanınmamalıdır. Ancak, her türlü düşünce gibi yıkıcı – totaliter düşüncelerin de soyut ifadesine yine de olanak tanınmalıdır. Özgürlüğü yok etme özgürlüğü olamayacağından yola çıkarak, liberal bir demokraside yıkıcı – totaliter görüş sahiplerinin örgütlenmesinin yanında ifadesini de yasaklamak rejimin özgürlükçü – demokratik niteliğini açıkça zedeler." s. 43.

⁴⁹¹ "Somut düzen teorisi ile kastedilen, normdan farklı olarak somut düzene bağlı hukukun (Nomos), halkın belirli bir tarihsel dönemdeki henüz oluşmamış bir düzene yönelik özsel eğilimlerine ve bu düzeni gerçekleştirme gücüne dayanan egemenin kararı yoluyla uygulanmasıdır. Schmitt'in "Führer Hukuku Korur" adlı yazısı ve "Alman kanının ve onurunun korunmasına ilişkin" Nürnberg yasaları hakkındaki görüşleri, bu türden bir hukuk anlayışına örnek teşkil eder. Bu dönemin "siyasal dönem" olarak adlandırılmasının sebebi, devlet, hareket, halk arasındaki siyasal birlik ile Nomos arasında kurulan ilişkidir."

Esgün, T. G. (2013), Carl Schmitt, *Platon'dan Zizek'e Siyaset Felsefesi Tarihi*, ed. Tunçel, A. ve Gülenç, K., Ankara: Doğu Batı Yayınları s. 497, Dipnot 7.

Ayrıca bkz. Scheuerman, W. E. (1999). *Carl Schmitt: The End of Law*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, s. 122-125.

Ordnungsdenken) adı altında bir yorum metodu benimsemiş ve hukukçular da hukuku parlamento iradesine ihtiyaç duymaksızın Nazi ideolojisine uydurmak için geleneksel hukuk doktrini sınırlarını çiğneme pahasına bu metodu izlemişlerdir⁴⁹². II. Dünya Savaşı öncesi ve sırasında yaşananların tamamı, bu görüşler sayesinde hukuk içerisinde ve fakat sınırların zorlanarak gerçekleştiğini göstermektedir.

1948 Ağustos'unda, Alman Anayasasının ilk taslağını hazırlamak için Bavyera'da toplanan Anayasa Konvansiyonunda (*Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee*) Alman Anayasa Mahkemesi ikinci planda kalmış, Anayasa Hukukçuları zamanlarının çoğunu federal ilişkiler, vergilerin dağılımı ve bütçeye dair yetkilere ayırmıştır. Parlamentoda durum Anayasa mahkemesi aleyhine işlemeye devam etmiş, taslak metinde Anayasa Mahkemesi ayrı bir başlıkta düzenlenmiş olmasına rağmen, parlamento bunu değiştirerek mahkemeyi yargı başlığı altına yerleştirmiştir⁴⁹³. Alman Anayasası inşa sürecinde, Nazi geçmişinden bilinenin aksine çok fazla istifade edilmemiştir. Anayasa, çoğunluk-karşıtı (*counter-majoritarian*) ve bireysel hakları merkeze alacak şekilde de kaleme alınmamıştır. Anayasada insan onuru haricinde temel haklara vurgu yapılmaması bu iddiayı kuvvetlendirmektedir.

Ancak yeni anayasa arayışlarında, Weimar Anayasası'na tepkinin belirleyici olduğu alanlar da mevcuttur. Yalnızca temel hakların, Weimar Anayasasının sonunda düzenlemiş olmasının aksine, 1949 Bonn Anayasasının hemen girişinde yer alması ve ilk maddede değiştirilemez "insan onuru" hükmüne yer vermesi dahi iki anayasa arasında tepkisel bir bağın olduğuna işaret etmektedir. Pek tabi, Federal Almanya'nın anayasa yapımında savaştan galip ayrılan devletlerin bilhassa da ABD'nin etkisi ve baskısı da bu tercihte rol oynamıştır⁴⁹⁴.

Fraenkel, e. (2006). *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Almanca'dan İngilizceye çeviren: Shils, E. A., New Jersey, The Lawbook Exchange, s. 139-149.

⁴⁹² Hailbronner, M. (2014). Rethinking the Rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to Value of Formalism, *International Journal of Constitutional Law*, Vol:12, No.3, s. 629.

⁴⁹³ Laufer, H. (1968). *Verfassungsgerichtsbarkeit und Politischer Prozess: Studien zum Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland*, 38 et seq.'den aktaran Hailbronner, M. (2014). s. 629.

⁴⁹⁴ Hakyemez, Y. Ş. (2000). s. 72.

"Postdam Andlaşmasında galip devletler Almanya için dört "D" formülü öngörmüşlerdi. Bunlar "Denazification" (Nazileştirmeden arındırma), "demilitarization" (yönetimde askerlerin etkisini saf dışı etme), "Decentralization" (ademimerkezileştirme), "decartelization" (tekelleşmeyi aşma)'dır. Tüm bunlar demokratikleşme amacını gerçekleştirmek için yapılmıştı. Bu ülkeler yeni Anayasa'nın bu amaçları gerçekleştirecek nitelikte olmasını öngörüyorlardı." Aynı yerden naklen.

Temel haklar, Bonn Anayasasında hiç şüphesiz Weimar Anayasasından daha güvencelidir. Ancak bu güvenceleri daha da kuvvetlendiren Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumu olmuştur. Mahkeme temel hakları geniş bir yoruma tabi tutarak geliştirmiştir⁴⁹⁵. Yargıçlar, anayasayı yüceltme sorumluluğu ile toplumdaki gelişmeleri hesaba katarak karar vermekte temel hak ve hürriyetleri güçlendirme cihetine gitmektedirler⁴⁹⁶. Bu anlamıyla temel hakları güçlendiren diğer bir gelişme ise Almanya'daki *anayasa şikâyeti* müessesesi olmuştur. 1949 Anayasasının orijinal halinde yer almayan fakat 1969 yılında yapılan değişiklikle anayasaya giren bu kurum aslında Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun'da yer almaktaydı. Buna göre; Almanya'da yaşayan herkes Anayasa ile güvence altına alınan temel hakları konusundaki olası ihlallere karşı gerekli savunma ve hak arama yollarına başvurabiliyordu⁴⁹⁷. Bu yol Federal Anayasa Mahkemesi'nin temel haklarla ilgili geniş kapsamlı yetkisiyle birleşince ortaya "vatandaşın mahkemesi" şeklinde tanımlanabilecek, vatandaşlar için itibarlı ve meşruluğu sorgulanmayan bir mahkeme çıkmıştır⁴⁹⁸.

II. Dünya Savaşının ardından faşist rejimin nihayete ermesiyle yeni anayasa arayışına giren diğer bir ülke de İtalya'dır. 1947'de kabul edilen ve 1948 yılında yürürlüğe giren İtalyan anayasası da, dönem anayasa yazımının baskın karakteri haline gelen anayasanın temel haklarla başlama ritüeline uymuştur. Faşist rejime tepki İtalyan anayasasında net bir şekilde hissedilmekte, hatta Anayasa, geçici 12. maddesiyle "Feshedilen Faşist partinin herhangi bir şekilde yeniden kurulması yasaktır." hükmüne yer vererek bu tepkiyi açıklamaktan imtina etmemiştir⁴⁹⁹.

İtalya totaliter tecrübeden hareketle yeni anayasasıyla ilk defa Anayasa Mahkemesini kurmuştur⁵⁰⁰. Anayasa Mahkemesi 1947 tarihli Anayasa ile kurulmuş olmasına rağmen çalışmaya ancak sekiz yıl aradan sonra 1956 yılında başlayabilmiştir⁵⁰¹. İtalya Anayasa Mahkemesi, Almanya'nın aksine, anayasanın

⁴⁹⁵ Hailbronner, M. (2014). s. 638.

⁴⁹⁶ Zeidler, W. (1987). Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 4., s. 40.

⁴⁹⁷ Mellinshof, R. (2009). Federal Almanya Cumhuriyet'inde Anayasa Şikayeti, *Anayasa Yargısı*, C. 26, s 31.

⁴⁹⁸ Görisch, C. (2005). Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 194.

⁴⁹⁹ Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2011, s. 352.

⁵⁰⁰ Anayasa Mahkemesi ile ilgili hükümler için bkz. Alacakaptan, U. (1961). İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-4, ss. 493-517.

⁵⁰¹ Pasquino, P. (2005). İtalyan Anayasa Mahkemesi, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 152.

yargı bölümünü düzenleyen 101 ila 133. maddeleri arasında değil “Anayasal Güvenceler” başlığı altında ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. Diğer yüksek mahkemelerden ayrı olması yetki sahasıyla birlikte düşünüldüğünde Anayasa Mahkemesini devletin en yüksek yargı organı haline getirmiş, hatta yasama, yürütme ve yargının üstünde “dördüncü kuvvet” olduğu dahi ileri sürülmüştür⁵⁰².

İtalyan Anayasa Mahkemesi, hukuk sistemini liberalleştirmek ve çağdaş sosyal demokrasinin gereklerini kendi sınırları içerisinde ihtiyatlı bir şekilde desteklemek hedefine yönelmiştir⁵⁰³. İtalyan Anayasa Mahkemesi ilk kararında yalnızca Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki yasal düzenlemeleri değil, öncekileri de inceleyeceğine hükmetmiştir. Mahkeme aynı zamanda kararlarında ölçü norm olarak anayasanın sadece özgül ve kesin hükümlerini değil, genel (program) ilkelerini de kullanmıştır. Zaman içerisinde kararların kapsam ve boyutlarını değiştirerek iptal kararlarının yanı sıra, kısmi iptal, yorumlu ret, zayıf hükümlere tamamlayıcı unsurlar ekleyen kararlar da vermiştir⁵⁰⁴.

Görülüyor ki, totaliter rejimlerin bertaraf edilmesiyle geçmişe tepki olarak insan haklarını merkeze alan Anayasalar hazırlayan iki ülke, Almanya ve İtalya’nın

Bu gecikmenin nedenini Özay şöyle aktarmaktadır:

“Mahkeme’nin Anayasa’nın yürürlüğe girişinden tam sekiz yıl sonra çalışmaya başlayabilmesinin çeşitli nedenleri vardır. Kurucu Meclis seçimlerinden sonra gelişen iç ve dış olaylar, örneğin soğuk savaşın hızlanması, İtalya’nın Atlantik Pakt’ına girişi, antifaşist partiler koalisyonunun dağılması. 18 Nisan 1948 seçimleri, sendika birliğinin bozulması gibi olaylar öyle bir politika – sosyal tablo oluşturmuştu ki, yeni Anayasa tam fiilen uygulama aşamasına geldiğinde adeta aşılmış gibi görünmekte, en azından ülkenin yeni gerçekleri karşısında güncelliğini yitirmişe benzemekteydi. Bunun doğal sonucu olarak da, Anayasa’nın gerçekleşmek için yasanın faaliyeti ve dolayısıyla siyasal çoğunluğa sahip güçlerin gerekli yasal düzenlemeleri yapması gereken hükümler konusunda, içten arzu ve iradesi olmalıydı. Bunlar arasında da başta Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu gelmekteydi. Mahkeme’nin faşizm dönemine ilişkin birçok yasal düzenlemeyi yeni Anayasa’ya göre denetleme olasılığı karşısında da, güçlü yürütmeyi gerçekleştirmeye yönelik birçok yasal düzenlemenin iptal edilme tehlikesi Hükümeti korkutmaktaydı. Hükümet yeni kazanmış olduğu gücü bu merkezîyetçi yasal düzenlemelerin sağladığı olanaklardan yararlanarak koruyabileceği ve ancak böylece gerçekten de “iktidar” olabileceğini düşünmekteydi.

Bu nedendir ki Mahkeme’nin kuruluşuna ilişkin tasarı 14 Temmuz 1948’de sunulduğu halde Senato ile Meclis arasında git-geller nedeniyle ancak 1953’te yasalaşabildi”

Özay, İ. (1989). Yargının Sorunlarına Yaklaşmada Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle ‘İtalyan Anayasa Mahkemesi’, *Anayasa Yargısı*, C. 6. s. 219, dipnot 16.

⁵⁰² Fezyioğlu, T. (1951). s. 107.

“Anayasa Mahkemesi yargının bir parçası değildir. İtalyan Anayasası’nda, Anayasa Mahkemesi, Anayasa’yı gözetken kurumlardan birisi olarak düzenlenmiştir. Ancak, Yargısal bir birim değildir. Anayasa Mahkemesi bir mahkemedir, ancak yargının bir parçası değildir. Cumhurbaşkanı ile birlikte Anayasa’nın koruyucusudur.” Pasquino, P. (2005). s. 156.

⁵⁰³ Boggetti, G. (1974). Political Role of the Italian Constitutional Court, *Notre Dame Law Review*, C. 49, S. 5. s. 981.

⁵⁰⁴ Özay, İ. (1989). s. 223-224.

anayasa mahkemeleri, kendilerinden bekleneni yaparak hak-merkezli aktivist bir tutum takınmışlardır⁵⁰⁵.

4.3.2.3. Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu

Çalışmamız, anayasa yargısı konusunu teorik ve küresel anlamda ele alınmaktadır. Ancak hem Dünyadaki ilk örnekler arasında yer alması hem de kurumsal anlamda neredeyse hiç kesintiye uğramadan görev yapması bakımından Türk Anayasa Mahkemesi, anayasa yargısı literatürüne ciddi bir katkı sunmuştur ve sunmaya devam etmektedir. II. Dünya savaşı sonrasında kurulması, dünyadaki diğer örneklerle arasındaki bağlantıyı gözlemleyebilmemizi sağlamaktadır. Bu başlık altında detaylarına girmeden Türk Anayasa Mahkemesinin oluşumu ile siyaset ve hukuk açısından fonksiyonları incelenecektir.

Siyasal tarihimizdeki ilk anayasamız olan 1876 Anayasasından günümüzdeki 1982 Anayasasına kadar, üç yıl yürürlükte kalmış olağanüstü hüviyeti haiz 1921 anayasası dışında, tüm anayasalarımız katı ve anayasanın üstünlüğüne bir şekilde işaret eden anayasalardır⁵⁰⁶. Her ne kadar kanunların anayasaya uygunluğunun hukuki denetimi 1961 Anayasasıyla sistemimize girdiyse de kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi rejimi ilk anayasamız olan 1876 anayasasında bile bulunmaktaydı⁵⁰⁷. Siyasi denetime yer veren 1924 Anayasası’nda, katılığı sağlayan ilave yöntemler kullanılmış, hem değiştirilmesinin önerilmesi dahi teklif edilemeyecek bir hükme yer verilmiş, hem de anayasanın üstünlüğü açıkça hükme bağlanmıştır⁵⁰⁸.

Gerek 1876 gerekse de 1924 Anayasası’nda anayasanın üstünlüğü açıkça zikredilmesine rağmen, kanunların anayasaya uygunluğunun yalnızca siyasi denetimi kabul edilmiş, hukuki denetime ise yer verilmemiştir. 1803 tarihli Marbury vs. Madison kararının üzerinden bir buçuk asır geçmiş olmasına ve tıpkı ABD

⁵⁰⁵ Cappelletti, M. (1991). *The Judicial Review Process in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press. s. 162.

⁵⁰⁶ Balta, T. B. (1961). Türkiye’de Anayasa Yargısı (1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-4, s.547.

⁵⁰⁷ Anayasanın 64. Maddesinde, Heyet-i Mebusan’ın kabul ettiği bir kanun tasarısının, Heyet-i Ayan tarafından, başka bazı hususlara uygunluğunun yanı sıra, Anayasa’ya uygun olup olmadığının da denetleneceği belirtildiğine göre, 1876 Anayasa’sında anayasaya uygunluk açısından siyasi denetim yolunun benimsenmiş olduğu söylenebilir.

Onar, E. (2003). s. 162-163.

⁵⁰⁸ 1924 Anayasasının 103. Maddesi şu şekildedir:

“Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alakonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.”

Anayasındaki gibi anayasanın üstünlüğüne açıkça yer verilmesine rağmen genel mahkemelerde anayasaya uygunluk denetimi yapılmamıştır. 1924 Anayasasının yürürlükte kaldığı 36 yıllık dönemde bazı yerel ve yüksek mahkemeler anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri kanunları uygulamaktansa anayasayı doğrudan uygulama girişiminde bulundularsa da bu girişimler uygulamada pek benimsenmemiştir⁵⁰⁹.

Mahkemelerin bu girişimleri, doktrindeki bazı yazarlarca da desteklenmiş, hâkimin anayasallık denetimi yapmasını yasaklayan bir hükmün anayasada yer almadığından bahisle böyle bir tetkiki yapması gerektiği savunulmuştur⁵¹⁰. Aksi istikamette görüş bildiren yazarlara göre, anayasa mahkemelere açıkça bir yetki vermediği gibi mevzuatta da hâkimlere böyle bir yetki veren hüküm yoktur. Ayrıca, 1924 Anayasasının 52. maddesi hükmünce tüzüklerin kanunlara aykırılığı iddiasının çözüm yeri TBMM olarak gösterilmiştir⁵¹¹. Anayasanın 52. maddesinden hareketle, mahkemeler tüzüklerin kanunlara aykırılığını tetkik edemeyeceklerine göre, evleviyetle kanunların Anayasaya uygunluğunu tetkik edemeyecekleri sonucuna ulaşmışlardır⁵¹². Netice itibarıyla anayasanın üstünlüğünü benimseyen katı anayasalar, kanunların anayasaya uygunluğunun hukuki denetimine ilişkin uygulamadan doğan girişimler ve hatta bu yönde hazırlanmış kanun teklifleri olmasına rağmen, bu denetim ancak 1961 Anayasası ile hayata geçebilmiştir⁵¹³.

1961 Anayasasıyla birlikte ilk defa kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli merkezi özel bir mahkeme kurulmuştur. Mahkemenin görevi,

⁵⁰⁹ Konuya ilişkin detaylı bilgi ve örnek içtihatlar için bkz.

Onar, E. (2003). s. 166-187.; Okandan, R. G. (1967). Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1-2, C. 33, s. 3-21., Armağan, S. (1967). *Anayasa Mahkememizdeki Kazai Murakabe Sistemi*, İstanbul: Cezaevi Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 19-20. Burada başta Temyiz Hukuk Genel Kurulu'nun 03/12/1952 tarih ve 4/209/96 E. 140 K. sayılı kararı olmak üzere, anayasa yargısı yetkisini kabul etmeyen diğer kararlara da değinilmiştir.; Feyzioğlu, T. (1951). s. 255 – 264.

⁵¹⁰ Milaşlı Gad Franko, Charles Crozat, A. F. Başgil, H. N. Kubalı, Feyzioğlu bu görüşü savunan yazarlardır. Armağan, S. (1967). s. 17.

⁵¹¹ 1924 Anayasası m. 52/3 “Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisidir.”

⁵¹² S. S. Onar, R. Sarıca, Müderris Mithat, M. R. Belgesay bu görüşü savunan yazarlardır.

Armağan, S. (1967). s. 19.

⁵¹³ İlk kanun teklifi 04/07/1953 tarihinde Niğde mebusu Necip Bilge tarafından verilmiş ancak teklif dönem sonunda kadük olmuştur. 16/04/1958 tarihinde Hatay mebusu Ahsen Aral tarafından da benzer bir kanun teklif edilmiş ancak bu teklif de 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi sonucu kadük olmuştur. Onar, E. (2003). s. 196-201.

Ahsen Aral'ın teklifi ve siyasi partilerin tutumu için bkz. Savcı, B. (1960). Anayasaya Aykırılık Meselesi ve Bir Özel Kanun Yolu ile Düzenlenmesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 15, No. 1, ss. 334-346, tamamı, özellikle s. 337-341.

Anayasanın 147. Maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.*”

1961 Anayasasıyla böyle bir kuruma yer verilmesinin birden ziyade sebebi vardır. Bunlardan ilki, anayasacılığın bir gereği olan, yani iktidarın sınırlandırılmasının etkin bir aracı olarak, anayasa yargısına gerçek manada ilk kez ihtiyaç duyulmasıdır. Her ne kadar 1924 Anayasasında kanunların anayasaya aykırı olamayacakları bildirilmek suretiyle anayasanın üstünlüğü dolaylı yoldan dile getirildiyse de, Anayasa aslında meclis üstünlüğü esasına dayanmaktaydı⁵¹⁴. Meclis üstünlüğü ilkesine dayalı anayasada hiçbir değişiklik yapılmadan çok partili hayata geçilmesiyle birlikte 1924-1950 arası tek parti iktidarının ihtiyaçlarına cevap verebilen anayasa, 1950 sonrası çok partili siyasete uyum sağlayamamıştır⁵¹⁵. 1950, 1954 ve 1957 seçimlerinden Demokrat Parti çoğunluk partisi olarak çıkmıştır. Bu gelişmeyle beraber, yeni çoğunluk kendisini milli iradenin tek sözcüsü ve gerçekleştiricisi sayarak hiçbir üstün hukuk normuyla bağlı olmadığı geleneğini devam ettirmiştir. Bu etkenler aynı zamanda, *meclis üstünlüğü ilkesini de tersine çevirmiş, fiili bir yürütme üstünlüğü ya da parti oligarşisi sistemine neden olmuştur*⁵¹⁶. Türk demokrasi tarihinde, anayasa yargısı eliyle iktidarın sınırlandırılması gerekliliği de bu koşullar altında bir ihtiyaç olarak görülmeye başlanmıştır.

Birinci sebeple bağlantılı ikinci etken, aslında bu ihtiyacın elitlerin pragmatik kaygılarına hizmet ettiği iddiasını taşıyan hegomonik koruma tezidir. Çok partili hayata geçilmesiyle birlikte on yıllık dönemde seçimlerde sürekli çevreye karşı mağlup olan merkez veya elitler, anayasa mahkemesine kendi çıkarlarını koruma misyonu yükleyerek onu araçsallaştırmışlardır. Bu gerçeklik, 1960 Askeri müdahalesinin sosyo-politik arkaplanında yatmaktadır. Anayasa Mahkemesinin askeri müdahale sonucu doğmasında, çoğunlukçu demokrasi anlayışının uygulanmasından çok, çoğunlukçu anlayışa sadık kalan iktidarların uyguladıkları siyaset belirleyici olmuştur. Bu bakımdan anayasa mahkemesi anayasal çerçeveye yerleştirilmiş bir takım değerleri korumakla da görevlendirilmiştir. 27

⁵¹⁴ Tanör, B. (1994). *İki Anayasa 1961-1982*, 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, s. 19-20.

⁵¹⁵ Özbudun, E. (2003). *Çağdaş Türk Politikası*, İstanbul: Doğan Kitap, s. 28-29.

⁵¹⁶ Tanör, B. (1997). s. 351.

1924 Anayasasında Çok Partililik için bkz. Tanör, B. (1997). s. 335-363.; Ergül, O. (2007). s. 166-172.

Mayıs askeri müdahalesini gerçekleştiren kesimin “bürokratik-aydın” olması, Kemalist ilkelere yönelik tehditleri bertaraf etme motivasyonu ile hareket etdiklerini doğrulamaktadır⁵¹⁷.

Üçüncü sebep, Türk siyaseti ve akademisinde eskilerden beri varlığını sürdüren anayasanın üstünlüğünü sağlama gayretidir. Anayasa mahkemesinin kurulmasından yaklaşık 40 yıl önce, 1922 senesinde, Ziya Gökalp; “*Bir milletin kanunları arasında tenâkuz bulunması, bilhassa, hususi kanunlarla kanunu esâsi arasında hakiki tenâkusların mevcudiyeti anarşilerin en büyüğüdür...*” gerekçesiyle “*Türkiye’de de Amerika’da olduğu gibi bir (Yüce Mahkeme)nin tesisine ihtiyaç var.*” sonucuna ulaşmıştır⁵¹⁸. 1924 Anayasa’sının yürürlüğe girdiği ilk yıllarda dahi Türk Hukuk Doktrininde anayasa yargısına ilişkin tartışmalara rastlamak mümkündür⁵¹⁹. Mahkeme içtihatları çerçevesinde giderek artış gösteren bu tartışmalar, 1950 yılından sonra anayasacılık merkezli ve çoğunluğu sınırlamaya yönelik bir şekle dönüşmüştür⁵²⁰. 1961 Anayasasının gerekçesinde de Anayasa Mahkemesinin kurulmasının sebebi olarak “*mecliste çoğunluğu elinde bulunduran iktidarın tahakkümü sınırlanmış olacaktır*” cümlesine yer verilerek, bu anlayış yansıtılmıştır⁵²¹.

Dördüncü ve son sebep ise, bizim ikinci dalga olarak adlandırdığımız 1961 Anayasasının yapıldığı dönem sırasında dünyada yaşanan anayasa hukukuna dair gelişmelere ilişkindir. Neredeyse her anayasa yapım süreci, karşılaştırmalı örneklerle yer vererek üzerinde çalışılan anayasa ile çağının anayasa anlayışını özdeşleştirmek ister⁵²². Bu istek, 1961 Anayasası hazırlanırken de ortaya çıkmış ve anayasa yargısının benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Anayasa yargısının kuruluşunda, Kara Avrupası ülkelerinden Avusturya, Federal Almanya ve

⁵¹⁷ Ergül, O. (2007). s. 208.

Yukarıda yer alan “Hirschl: Hegomonik Koruma Tezi” başlığı altında tezin Türkiye’deki tarihten günümüze yansımalarına yer ayırdığımız için burada tekrarlamadan yalnızca bir etken olarak işaret etmekle yetiniyoruz.

⁵¹⁸ Ülker, R. (1962). *Gerekçeli, Notlu Şerhli ve İzahlı Anayasa Mahkemesi Kanunu*, İstanbul: Bil Kitapçılık, s. 5-6.’dan naklen aktaran . Onar, E. (2003). s. 196.

⁵¹⁹ Feyzioğlu, T. (1951). s. 265 – 275.

⁵²⁰ Balta, T. B. (1961). s. 551.

⁵²¹ Özer, A. (1996). (der.) *Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara: Kamu-İş Yayını, Lazer Ofset Matbaacılık, s. 22.

⁵²² Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press. s. 3.

İtalya'daki düzenlemelerden yararlanılmış, sözü geçen bu ülkelerdeki mevzuat ve uygulama incelenerek, bu ülkelerin hukukuyla gerekli mukayeseler yapılmıştır⁵²³.

4.4. Üçüncü Dalga: Demokratikleşme Dalgası ve Soğuk Savaş Sonrası

Avrupa'da 1970'lerde başlayan ve Huntington'ın üçüncü demokratikleşme dalgası olarak adlandırdığı dönem, anayasa yargısının küresel manada gelişim sürecinde önemli bir dönüm noktasıdır. Bu demokratikleşme dalgası, Avrupa'nın ve Latin Amerika'nın neredeyse tamamını, Asya'nın önemli bir kısmını kapsamına almış ve Afrika ile Ortadoğu'da da etkisini göstermeye başlamıştır⁵²⁴.

Demokratikleşme dalgasının çalışmamızı ilgilendiren yönü, siyasi örgüt ve yöntemlerin kurumsallaşarak (*political institutionalization*) geriye dönmeyeceğini garanti altına almasıdır. Bu kurumsallaşmada, anayasa yapımı, anayasanın üstünlüğü ve bu üstünlüğün teminatı olan anayasa yargısı en önemli rolü üstlenmiştir.

4.4.1. Huntington'ın Üçüncü Dalga Demokratikleşme Tezi

Huntington, üçüncü demokrasi dalgası olarak adlandırdığı dönemi 1974 Portekiz diktatörlüğünün sona ermesiyle başlatır. Berlin Duvarının yıkılmasıyla ivme kazanan demokratikleşme dalgasını takip eden 15 yıl içerisinde Orta ve Doğu Avrupa'da, Asya'da ve Latin Amerika'da otuza yakın ülkede demokratik rejimler otoriter olanların yerini almıştır. Freedom House verilerine göre 1970'li yıllarda seçime dayalı demokrasi (*electoral democracy*) 40 civarında ülkede mevcutken 2015 itibari ile bu sayı 125'e ulaşmıştır. Üçüncü dalganın başlamasıyla demokratikleşmenin yaygınlaşması dünya üzerinde ivme kazanmış, Berlin Duvarı'nın yıkılmasıyla demokratikleşme yeniden hareketlenerek 1990'da 69 olan seçime dayalı demokrasiyi benimseyen ülke sayısı 2000'e gelindiğinde günümüze yakın bir sayıya, 120'ye ulaşmıştır⁵²⁵.

⁵²³ Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 49.

⁵²⁴ Özbudun, E. (1993). s. 9.

⁵²⁵ Freedom House 1989-2015 arası dünyadaki demokratikleşme verileri için bkz.

Freedom in the World – Electoral Democracies

<https://freedomhouse.org/sites/default/files/Number%20and%20Percentage%20of%20Electoral%20Democracy%2C%20FIW%201989-2015.pdf> (erişim: 15.09.2015)

Dünyadaki demokratikleşme seyri demokratik meşruiyetten yoksun olmakla sıklıkla itham edilen anayasa yargısının yaygınlaşmasıyla neredeyse paralel şekilde ilerlemektedir. Bu nedenle karşıt gibi görüldüğü halde birbirinin içinde varolan bu düalist yapı birlikte değerlendirilmelidir.

4.4.1.1. Genel Olarak Demokratikleşme Dalgaları ve Ters Dalgalar

Huntington üçüncü dalga öncesini dalgalar ve tersdalgalar olarak adlandırmakta ve dünyadaki demokratikleşme ve otoriterleşmeyi şu şekilde sunmaktadır:

- 1828 – 1926 *Birinci, Uzun Demokratlaşma Dalgası*
- 1922 – 1942 *Birinci Ters Dalga*
- 1943 – 1962 *İkinci, Kısa Demokratlaşma Dalgası*
- 1958 – 1975 *İkinci Ters Dalga*
- 1974 – *Üçüncü Demokratlaşma Dalgası*⁵²⁶

Yazar dalgaları sırasıyla şöyle izah etmektedir;

Birinci demokratlaşma dalgasının kökleri Amerikan ve Fransız devrimlerine dayanmaktadır. 19. Yüzyıl ile 20. Yüzyılın başlarını kapsayan bu dönemde, demokrasinin asgari şartları olarak, erkeklerin servet şartına bakılmaksızın %50'sinin oy hakkına sahip olması ile parlamentoya veya halka karşı sorumlu olan ve dönemsel olarak seçilen yürütme organı yeterli görülmekteydi. Bu dalga içerisinde 33 ülke yer almaktadır. Birinci ters dalga, birinci dünya savaşı sonlarında başlar ve ikinci dünya savaşına kadarki süreyi kapsar. Mussolini'nin zayıf ve yozlaşmış İtalyan demokrasisinin 1922'de yıkılmasıyla başlayan bu döneme, bir önceki dalga içerisinde demokratikleşen ülkelerdeki askeri darbeler damgasını vurmuş ve çoğu Avrupa'da olan 22 ülke ters dalga neticesinde demokrasiden uzaklaşmıştır. Komünist, faşist ve militarist ideolojiler yükselirken 1930'lardaki büyük buhran da bu yükselişi hızlandırmış ve demokrasiyi yıkmaya kararlı akımları beraberinde getirmiştir. İkinci kısa demokratikleşme dalgası ise ikinci dünya savaşı sırasında başlar ve müttefiklerin işgali ve demokratik kurumların teşviki ile hız kazanır. Türkiye'nin ilk seçimleriyle beraber demokratikleşmesi de bu zamanlara

⁵²⁶ Huntington, S. P. (1993). *Üçüncü Dalga, Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (çev. Özbudun E.) Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, s. 11.

rastlamaktadır. Ayrıca uzun soluklu olmamakla birlikte, Latin Amerika ülkelerinde de demokratikleşme çabaları belirginleşmiştir. İkinci ters dalgada demokratikleşmeyi kurumsallaştıran Avrupa ülkeleri çok fazla etkilenmezken, Sovyet Baskısı altındaki ülkelerle Türkiye'nin de dâhil olduğu bugün gelişmekte olan ülkeler olarak adlandırdığımız Asya, Afrika ve Güney Amerika ülkeleri demokrasiden uzaklaşmışlardır. Burada temel etken tıpkı Türkiye'de olduğu gibi, dünyanın kalanında da Askeri darbe rejimleri olmuştur. Bu dalgalar ve ters dalgaların ardından, 1974'te Portekiz'de Karanfil Devrimi ile başlayan yeni dalga neticesinde onbeş yıl içinde Avrupa, Asya ve Latin Amerika'daki 30 devletteki otoriter rejimler yerlerini demokratik olanlara bırakmıştır⁵²⁷.

Üçüncü Dalga'nın başlangıcından eserin yazıldığı 1990'lara kadar geçen sürede demokratik devlet sayısı neredeyse iki kat artarak 30'dan 58'e çıkmıştır⁵²⁸. Pek çok siyaset bilimcisine göre üçüncü dalga halen devam etmektedir. Genel anlamıyla bir ters dalgayla da henüz karşılaşmamıştır. Kuşkusuz güçlü ordular üçüncü dalga devam ederken darbeye teşebbüs etmiş, hatta Türkiye'de olduğu gibi bir kısmı başarıya da ulaşabilmiştir. Ancak esas itibarıyla üçüncü dalga hükümetleri, askeri darbeleri yenilgiye uğratmayı başarabilmiş, ordunun siyasi nüfuzunu ve askeri olmayan rollerini tedricen azaltarak sivil-asker ilişkilerini düzene sokabilmiştir⁵²⁹.

Bu dalgalanmalar demokratikleşmenin küresel ve ulusal anlamda doğrusal olarak ilerlemediğini göstermektedir. Otoriter rejimlerin yıkılarak yerine demokratik-liberal rejimlerin inşası, yeni rejimlerin sürekliliğine dair umut verici olsa da demokratikleşme sürecinin geriye döndürülmeyeceği anlamına gelmez. Bunun tam aski, demokrasilerden otoriter yönetimlere geçişler için de doğrudur. Küresel anlamda demokratikleşme ile anti-demokratikleşme veya damokratiksizleşme (*de-democratization*) aynı anda meydana gelmekte, her ikisi de kendi geleceği hakkında garanti verememektedir⁵³⁰.

⁵²⁷ Huntington, S. P. (1993). s. 13-22.

⁵²⁸ Huntington, S. P. (1993). s. 23. Tablo 1.1.

Burada verilen demokratik devlet sayısı (58) ile yukarıda paylaştığımız Freedom House verileri (69) birbiriyle örtüşmemektedir. Bunun nedeni, Huntington'ın 58 rakamına ulaşırken nüfusu 1 milyonun altında olan devletleri dikkate almamasıdır.

⁵²⁹ Huntington, S. P. (1993). s. 244.

⁵³⁰ Tilly, C. (2007). *Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, s. 24.

Üçüncü dalganın halen devam ettiği varsayılıyor olsa da bilhassa Arap yarımadasında henüz demokratikleşme hareketlerinin başlamamış olduğundan bahisle bu dalganın kapsayıcılığı günümüzde tartışılmaktadır. Başka bir ifadeyle üçüncü dalga, tezin üzerinden geçen zamana rağmen Huntington'ın iddia ettiği kartopu etkisini sağlayamamış gibi görünmektedir⁵³¹. Üçüncü dalganın ardından Doğu ve Orta Avrupa'daki komünizmin çöküşüyle birlikte ilgili ülkelerdeki demokratikleşmenin dördüncü dalga olduğu iddia edilmiştir⁵³². Ayrıca 2010 yılının Aralık ayında Tunus'ta başlayan ve kısa süre içerisinde Arap ülkelerini etkisi altına alan Arap Baharı için de benzer değerlendirmelerin yapıldığı, bu gelişmenin de yeni bir dalga olduğuna dair teoriler mevcuttur⁵³³.

Huntington'ın kavramsallaştırması üzerinden yorumlamaya çalıştığımız bu dalgalanmalarda dikkat çekici iki özellik bulunmaktadır. Bunlardan ilki demoratikleşme dalgalarının uzun soluklu olmaları ikincisi ise yeni bir demokratikleşme dalgasının ancak bir ters dalgayı müteakiben başlıyor olması. Bu nedenle küresel anlamda bir ters dalganın yaşanmadığı durumlarda yeni bir demokratikleşme dalgasına geçilmiş olduğu veya üçüncü dalganın sona erdiği iddiası ele aldığımız kavramsallaştırmayla uyumlu görünmemtedir.

4.4.1.2. 1974 – 1989 ve Sonrasında Anayasa Yargısının Yayılması

Demokratikleşme dalgaları devam ederken dalgaların tesiri altındaki ülkeler onların etkisini kalıcı kılmak için ya yeni bir anayasa yapmış ya da anayasalarında ciddi değişikliklerle bu demokratikleşme esnasındaki kazanımlarının kalıcılığını sağlamaya çalışmışlardır. Sürdürülebilir (*sustainable*) ve pekişmiş (*consolidated*) demokrasiye ulaşmak için ülkeler anayasalarında demokratik meşruluğu tartışmalı olan bir kuruma, anayasa yargısına, istisnasız yer vermişlerdir. Çağlar, üçüncü dalganın miladı kabul edilen Portekizdeki değişimi de içeren bu dönemi başka bir ifadeyle Avrupa'daki otoriter rejimlerden demokratik-liberal sistemlere geçişi şöyle aktarmaktadır:

⁵³¹ Diamond, L. (2010). "Why there are no Arab Democracy?", *Journal of Democracy*, Vol. 21, No: 1. s. 104.

⁵³² McFaul, M. (2002) The Fourth Wave of Democracy and Dictatorship: Noncooperative Transitions in the Postcommunist World, *World Politics*, C. 54, No. 2, ss. 212-244.

⁵³³ Hussain, M. M. ve Howard, P. N. (2013). *Democracy's Fourth Wave: Digital Media and the Arab Spring*, New York: Oxford University Press. (özellikle 1. Bölüm ss. 17-35)

“Yeni Akdeniz demokrasilerinde, Yunanistan “Albaylar Rejimi”, Portekiz “Salararizm” ve İspanya’da “Frankizm”in son bulmasından sonra yapılan Anayasalarda, anayasa mahkemeleri getirilmiştir: 9 Haziran 1975 Tarihli Yunanistan Anayasası, 100. maddesinde öngörülen özel Yüksek Mahkeme, 27 Kasım 1978 tarihli İspanyol Anayasasının IX. Bölümünde düzenlenen İspanyol Anayasa Mahkemesi ve 30 Eylül 1982 Anayasa değişikliği ile düzenlenen ve İspanyol modelinin etkisindeki Portekiz Anayasa Mahkemesi, bu akımın ürünleridir.”⁵³⁴

Yunanistan Anayasası 11.06.1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anayasa yapılırken temelde 1949 Batı Almanya Anayasası ile 1958 Fransa Anayasasından ilham alınmış, anayasa yargısı da bu iki ülkeden iktibas edilmiştir⁵³⁵. Anayasada ilk kapsamlı değişiklik Avrupa Birliği normlarına uygun hale getirilmesi ve dilinin sadeleştirilmesi maksadıyla 1986 yılında yapılmıştır. Ardından 2001 yılında tekrar kapsamlı bir değişiklik yapılarak günümüzdeki formuna kavuşturulmuştur⁵³⁶. Yunanistan Anayasasında son olarak 2008 yılında bir revizyon gerçekleştirilmiş ve bu revizyonla birlikte anayasa 21. Yüzyıl anayasacılığının tüm gereklerini sağlar hale getirilmiştir⁵³⁷.

19. Yüzyıl anayasalarının tamamında kanunların Anayasaya aykırı olmaması gerektiği hususuna yer verilmekle birlikte, dönemin Fransız anlayışının da etkisiyle, anayasa yargısının kurulması, kuvvetler ayrılığı prensibinde hoşgörülemez bir kopuşa neden olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak kuvvetler ayrılığına yönelik bu endişeler zaman içinde terk edilmiş ve 1974 Karanfil devrimi ardından oluşan kurucu meclis, 2 Nisan 1976 tarihinde Portekiz Anayasasını “Anayasa Mahkemesine” de yer verecek şekilde kabul etmiştir⁵³⁸. Anayasa Mahkemesi, anayasanın 221 ila 224. Maddeleri

⁵³⁴ Çağlar, B. (1988). “Yeni Anayasacılık” Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 1-3. s. 35.

⁵³⁵ <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagmatiki-Istoria/>
erişim: 29.09.2015

⁵³⁶ Cin, T. (2009). Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 11, S. 2., s. 44.

⁵³⁷ <http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagmatiki-Istoria/>
erişim: 29.09.2015

Yunanistan Anayasasının tam metni için: <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggluko.pdf>

İngilizce’den Türkçeye çevirisi için bkz. Yazıcı, S. (2005). *Yunanistan Anayasası*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

⁵³⁸ Guesdes, A. M. M. (1987). Portekiz Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 4, s. 84.

arasında düzenlenmiş, anayasa mahkemesinin görevleri ise anayasanın güvence altına alınması ve değiştirilmesi başlıklı dördüncü kısımda, 277 ila 284. Maddeler arasında hüküm altına alınmıştır. 277. Maddeye göre anayasa hükümleriyle veya anayasada benimsenen ilkelerle çatışan kurallar anayasaya aykırıdır⁵³⁹.

İspanya 7 Aralık 1978 günü yapılan referandumla yeni anayasasını kabul etmiş ve anayasasında Anayasa Mahkemesine yer vermiştir. Anayasa Mahkemesinin yetkileri 161 ila 163. Maddeler arasında düzenlenmiş, hem soyut hem de somut norm denetimi benimsenmiştir⁵⁴⁰.

Bu üç ülkeyi Sovyetler Birliği'nin dağılmasını takiben ortaya çıkan yeni Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile üç Kafkasya ülkesi, Azerbeycan, Gürcistan ve Ermenistan, takip etmiştir. Bu ülkelerden kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini bir çeşit kamu denetçisine / ombudsmana bırakan Estonya ile karma bir sistem benimseyen Yunanistan⁵⁴¹ hariç tamamı Kelsen modeli merkezileşmiş anayasa yargısını tercih etmişlerdir⁵⁴².

Berlin Duvarının yıkılması kararı 1989 yılında alınmış ve 1990'da uygulanmıştır. Berlin Duvarı'nın yıkılması ve hemen ardından 1991'de SSCB'nin dağılması artık yeni dünya düzenine geçişi simgeliyordu. ABD önderliğindeki Batı Bloku (NATO) ve Sovyetler Birliği önderliğindeki Doğu Bloku ülkeleri arasında ikinci dünya savaşından beri devam eden Soğuk Savaş dönemi de bu gelişmeye

⁵³⁹ Portekiz Anayasasının İngilizce metni için bkz.

http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf

Portekiz Anayasasının Türkçe metni için bkz. Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2011, s. 439-533.

Portekiz Anayasası soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra uluslararası antlaşmalar için ön denetime de yer vermektedir. m. 278.

⁵⁴⁰ İspanya Anayasasının İngilizce metni için:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf (erişim: 30.09.2015)

İspanya Anayasasının Türkçe metni için bkz. Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2011, s. 533-583.

⁵⁴¹ Yunanistan Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde merkezileşmiş yargısal denetimden; çağdaşlarından ve coğrafyasından farklı bir model benimseyerek Amerikan modelini çağrıştıran yaygın denetimi de düzenlemiştir. 1975 Anayasası 93. maddesinde *mahkemeler muhtevası anayasaya aykırı olan kanunu uygulamamak zorundadır* hükmüne yer vermektedir. Ancak aynı Anayasa 100. Maddesiyle Özel Yüksek Mahkeme kurmakta ve mahkemeye parlamentonun çıkardığı kanunun esastan anayasaya aykırı olup olmadığına hükmetme yetkisi de tanımaktadır. Şu halde Yunanistan'ın karma bir model inşa ettiği söylenebilir.

Bkz. Özbudun, E. (1993). s. 160.

⁵⁴² Özbudun, E. (2007). Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekışmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü, *Anayasa Yargısı*, C. 24, s. 360.

bağlı olarak sona ermiştir. Küresel anlamda yaşanan bu gelişmeler SSCB'nin dünya sahnesinden çekilmesiyle birlikte liberal demokrasinin dünyanın tamamı için geçerli tek seçenek olduğu fikrini kuvvetlendirmiştir⁵⁴³. Hatta bu gelişmelerden hareketle Fukuyama liberalizmin zaferini ilan ederek ideolojik anlamda tarihin sonunun geldiğini iddia etmiştir⁵⁴⁴. Bu tür aceleci ve abartılı yorumların ve taraflı yaklaşımların gerçeği ne derece yansıttığı geniş bir tartışmanın konusu olmakla birlikte anayasal dönüşümler perspektifiyle bakıldığında haklılık payı bulunmaktadır.

Üçüncü dalganın etkisi altındaki Avrupa ülkeleri ile Post-Komünist ülkeler arasındaki temel fark ilkinin diktatörlükten ikincisinin ise totaliter rejimden hareketle dönüşüme başlamasıdır. Komünist sistemlerdeki bu totaliter yaklaşım, hukukla siyaset arasında olması gereken sınırı tamamen ortadan kaldırmış, mahkemeleri Komünist Partinin direktiflerine bağlı hale getirmiştir⁵⁴⁵.

Totaliter rejimin bu bakiyesi anayasa yargısının oluşumunu olumsuz etkilemişse de doğumuna mani olamamıştır. Rusya bunun iyi bir örneğidir. SSCB Yüksek Mahkemesi 1924'te kurulmasına rağmen ülkedeki hukuk siyaset ilişkisindeki çarpıklıklar nedeniyle bağımsız bir anayasa mahkemesi gibi hareket edememiştir. Bu nedenle 1980'lerdeki Gorbaçov'un reform planı, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal rolünün canlandırılması olarak adlandırılmaktadır⁵⁴⁶. SSCB'nin dağılmasına yakın bir zamanda, 1989 yılında, Anayasal Kontrol Kanunu çıkarılmış, bu kanunla beraber Anayasa Gözetim Komisyonu kurularak Anayasa Mahkemesinin oluşumuna dek görevine devam etmiştir. 1991'de Anayasa Mahkemesi kurulmuş; Mahkeme 1993 yılında siyasi güçler arasında doğan gerilimlere müdahil olmuş ve Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında çıkan çatışmalarda inisiyatif alarak, bu çatışmaları çözüme kavuşturma iradesi sergilemiştir. Ancak bu girişimlerden olumlu sonuç alamamış, neticede Anayasa Mahkemesinin görevi durdurulmuştur. Siyasetle ilişkisini eski alışkanlıkları üzerine

⁵⁴³ Akgün, B. ve Özşahin, M. C. (2011). Soğuk Savaş Sonrası Dünyada Demokratik Konsolidasyon Sorunu: Teorik Bir Çerçeve Anlayışı, *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 28, s. 32.

⁵⁴⁴ Fukuyama, F., (1999), *Tarihin Sonu ve Son İnsan*, çev.: Dicleli, Z., İstanbul: Gün Yayınları.

⁵⁴⁵ Özbudun, E. (2007). s. 361.

⁵⁴⁶ Solomon, P. H. (1990). The U.S.S.R. Supreme Court: History, Role, and Future Prospects, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, N. 1., s. 127.

inşa eden mahkeme bu tercihinin sonucunda 1993 yılına kadar kapalı kalmak zorunda kalmıştır⁵⁴⁷.

Üçüncü Dalga'nın anayasa yargısının tüm dünyaya yayılması üzerindeki etkisi burada zikrettiğimiz ülkelerle sınırlı değildir. Bu dönemde yeni anayasa yapan her ülke kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine yer verirken, bir takım ülkeler bu denetimi anayasalarında yaptıkları kapsamlı değişikliklerle sağlama yoluna gitmişlerdir. Aşağıdaki tabloda (Tablo I.) üçüncü dalgada anayasa yargısı sistemini benimseyen ülkeler, anayasalarının veya ilgili değişikliğin tarihi ve benimsedikleri modelle birlikte yer almaktadır;

Üçüncü Dalga'da Anayasa Yargısı (Tablo I.)⁵⁴⁸

Ülke	Anayasanın Tarihi / Son Önemli Anayasa Değişikliği “*” Yalnızca Anayasa Değişikliği	Anayasa Yargısı Modeli
Arnavutluk	1991*	Merkezi Denetim
Arjantin	1853	Genel Mahkemeler
Ermenistan	1995	Merkezi Denetim
Bangladeş	1972/1991	Genel Mahkemeler
Benin Cumhuriyeti	1991	Merkezi Denetim
Bolivya	1994/2009	Genel Mahkemeler
Bosna-Hersek	1995	Merkezi Denetim
Brezilya	1988	Her ikisi
Bulgaristan	1991	Her ikisi
Burkina Faso	1991	Merkezi Denetim
Cabo Verde	1992	Genel Mahkemeler
Orta Afrika Cumhuriyeti	1994	Merkezi Denetim
Şili	1981	Her ikisi

⁵⁴⁷ Başlar, K. (tarih belirtilmemiş) *Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinden İzlenimler*.

<http://www.anayasa.gen.tr/baslar-rusya-aym.pdf> (erişim tarihi: 5.10.2015)

⁵⁴⁸ Ginsburg, T. (2003). Tablo I.I. s. 7-8.

Kolombiya	1991	Merkezi Denetim
Hırvatistan	1990	Merkezi Denetim
Çek Cumhuriyeti	1990	Merkezi Denetim
Dominik Cumhuriyeti	1993	Merkezi Denetim
Ekvator	1979	Her İkisi
El Salvador	1983	Genel Mahkemeler
Estonya	1992	Genel Mahkemeler
Etiyopya	1995	Merkezi Denetim
Fiji	1990/1997	Genel Mahkemeler
Gabon Cumhuriyeti	1991	Merkezi Denetim
Gürcistan	1995	Merkezi Denetim
Gana	1993	Genel Mahkemeler
Yunanistan	1975	Merkezi Denetim
Guatemala	1985	Her İkisi
Gine Bissau Cumhuriyeti	1984/1990	Genel Mahkemeler
Guyana Kooperatif Cumhuriyeti	1992	Genel Mahkemeler
Honduras	1982	Genel Mahkemeler
Macaristan	1949/1990	Merkezi Denetim
Endonezya	1949	Merkezi Denetim
Ürdün	1952	Genel Mahkemeler
Kore	1988	Merkezi Denetim
Kırgızistan	1993	Merkezi Denetim
Letonya	1922/1991	Merkezi Denetim
Lesotho Krallığı	1993	Genel Mahkemeler
Litvanya	1992	Merkezi Denetim
Makedonya	1991	Merkezi Denetim
Madagaskar	1992	Merkezi Denetim

Malavi Cumhuriyeti	1994	Genel Mahkemeler
Mali	1992	Merkezi Denetim
Moldova	1994	Merkezi Denetim
Moğolistan	1992	Merkezi Denetim
Fas	1972/1996	Merkezi Denetim
Mozambik	1990	Her İkisi
Namibya	1990	Genel Mahkemeler
Nepal	1990/2015	Genel Mahkemeler
Nikaragua	2000*	Genel Mahkemeler
Panama	1972/1994	Genel Mahkemeler
Paraguay	1992	Genel Mahkemeler
Peru	1993	Her İkisi
Filipinler	1987	Genel Mahkemeler
Polonya	1997	Merkezi Denetim
Portekiz	1976	Her İkisi
Romanya	1991	Merkezi Denetim
Rusya	1993	Merkezi Denetim
São Tomé ve Príncipe	1990	Genel Mahkemeler
Senegal	1991*	Merkezi Denetim
Seyşeller	1993	Genel Mahkemeler
Sierra Leone	1991	Genel Mahkemeler
Slovakya	1993	Merkezi Denetim
Slovenya	1991	Merkezi Denetim
Güney Afrika	1994	Her İkisi
İspanya	1978	Merkezi Denetim
Surinam	1987	Genel Mahkemeler
Tayvan	1947/1997	Merkezi Denetim

Tanzanya	1992*	Genel Mahkemeler
Ukrayna	1996	Merkezi Denetim
Uruguay	1997	Genel Mahkemeler
Zambiya	1991	Her İkisi

4.4.2. Üçüncü Dalgada Demokrasi – Anayasa Yargısı İlişkisi

Üçüncü dalga pek çok ülkenin demokrasi ve hukuk haritasını değiştirmiş; anayasacılık, tarihte eşine rastlanamayacak kadar önemli roller üstlenmeye başlamıştır. Burada anlaşılması güç olan, demokrasinin gelişmesiyle birlikte demokrasi karşıtı olduğu öne sürülen ve demokratik meşruiyeti sıklıkla sorgulanan anayasa yargısının demokratikleşme dalgası içerisinde birlikte yaygınlaşmasıdır. Bu yaygınlaşma, “Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışını Açıklayan Teoriler” başlığındaki teorilerden ilgili ülke koşullarına göre bir veya birkaçı ile açıklanabilir. Ülkeler özelinde değil fakat genel olarak anayasa yargısının yaygınlaşmasının gerekçesi, totaliter ve otoriter rejimlere dönme ihtimaline karşı emniyetli bir kurum olarak özetlenebilir. Özbudun bu durumu şöyle yorumlamaktadır;

“Anayasa yargısı, ne oldu da çağımızda bu kadar yaygınlaştı? Niçin bu iş 1950’lerden sonra, özellikle 1970’lerden sonra bu ölçüde yaygınlık kazandı? Bunun üzerinde özellikle anayasa yargısının sosyolojik kökenleri ve sosyolojik izahı konusunda çok çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Burada zamanınızı bunlarla harcamak istemiyorum; fakat bu görüşlerin neticesinde bir şey ortaya çıkmaktadır, o da Batı ülkelerinin kamuoylarında bireyin temel hak ve hürriyetlerini en iyi koruyacak kurumun yargı kurumu olduğu konusunda yerleşmiş olan kanaattir. Başka bir deyişle, Batılı kamuoyları anayasa mahkemelerinin ve genel olarak yargı organlarının birey haklarını yasama organından daha iyi koruyacağına inanmaktadırlar. İşte anayasa mahkemelerinin sosyolojik meşruluk temeli ve yaygınlaşmalarının nedeni de budur. Ancak elbette anayasa mahkemesinin mahkemelerden, daha doğrusu veya bu yargı yetkisini kullanan diğer mahkemelerin demokratik meşruluklarını

*güçlendirmek amacıyla da bir takım tedbirler alınabilir ve birçok Batı anayasasında da alınmıştır.*⁵⁴⁹

Üçüncü dalga içerisinde anayasa yargısını benimseyen ülkeler de çeşitlilik göstermektedir. Bir kısmı otoriter rejimlerden kurtulmak için anayasa yargısına yer verirken diğerleri komünizm sonrası veya sömürgecilik sonrası (*post-colonial*) yeni anayasa yapmak zorunda kalan ülkelerdir. Üst başlıktaki tablodan da rahatlıkla anlaşılabileceği gibi ülkeler geçmişteki sömürge ilişkisine ve hukuk kültürlerine binaen Kıta Avrupa'sı geleneğine bağlı kalarak merkezi denetimi veya ortak hukuk (*common law*) geleneğine bağlı kalarak yaygın denetimi benimsemişlerdir. Bu tercihlerde şüphesiz uluslararası baskı ve talepler de belirleyici olmuştur. Bu baskılar kimi zaman ilgili ülkelerin rızalarına da dayanmaktadır. Nitekim ülkelerin yeni anayasa yaparken ilham aldıkları ülkeler onların yeni anayasal düzenleri için de belirleyici olmaktadır.

Latin Amerika'daki anayasal dönüşümlerin tamamı için geçerli olabilecek ortak özellikleri araştırdığı makalesinde Uprimny de benzer şekilde şu soruları sormaktadır: *“Bir ülke için diğerlerinin anayasal deneyimlerinden bir şeyler öğrenmeye çalışmak doğaldır. Doğru soru, toplumun temel sorunlarına cevap olacak anayasal düşüncelerin ve önerilen projelerin, görüşlerin ve kurumların diğer ülkelerden ödünç alınıp alınamayacağıdır.”*⁵⁵⁰ Yazar bu soruyu olumlu yanıtlayarak, Latin Amerikan anayasacılığının amacına uygun olarak hayranlık uyandıran bir anayasal-deneyim çalışması olduğunu iddia etmektedir⁵⁵¹. Şu halde her anayasa yapımında kullanılan farklı anayasalardan ilham alma usulü, anayasa yapmanın yoğunluk kazandığı bu yıllarda daha fazla kullanılmıştır.

Üçüncü dalgada anayasa yapımını öncekilerden ayıran temel bir özellik de yapım aşamasında halka/tabana verilen rolün artmasıdır. Gerçekten de, McWhinney I. Dünya Savaşı sonrasında yapılan anayasaları “profesör anayasaları” olarak nitelendirirken, 1919 Weimar Anayasası'nda Hugo Preuss'un, 1920 Avusturya Anayasası'nda ise Hans Kelsen'in etkisine vurgu yapmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalar daha çok siyasetçilerin eseri olmakla

⁵⁴⁹ Özbudun, E. (2006). *Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar*, *Anayasa Yargısı*, C. 23, s. 59.

⁵⁵⁰ Uprimny, R. (2012). *Latin Amerika'da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar*, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, (çev. Karacaoğlu, E.), Yıl. 2, S. 5, s. 22.

⁵⁵¹ Uprimny, R. (2012). s. 22.

birlikte üçüncü kuşakta ve günümüzde ise, gittikçe çoğalan örneklerde görüldüğü gibi, anayasa yapım süreçlerine damgasını vuran esas aktör “halk”tır⁵⁵².

Karşımıza çıkan resimde anayasa değişim süreci temelde, halkın daha fazla rol aldığı, demokratik anlamda istikrarlı devletlerin anayasalarından istifade edilen, uluslararası talep ve baskılara oldukça açık, genelde sömürge ilişkisindeki sömüren ülkenin hukuk geleneğine bağlı bir şekilde gerçekleşmiştir. Ancak bunlardan hiçbirisi tek başına anayasa yargısının yeni anayasalarda benimsenmesini açıklayamamakta aksine halkın daha fazla rol aldığı bir süreçte kendi temsilcilerinin yaptığı kanunlar üzerinde denetim yapacak bir organ ihdas etmeleri ilk bakışta çelişki olarak görülmektedir.

Bu tür geçişleri anlamlandırmak için kullanılan kavramlardan birisi de siyasetin anayasallaştırılmasıdır. Bu sayede ülkelerde kurulan anayasa mahkemeleri, siyasi söylemleri etkileyerek onların içine anayasal kaygılar gözetme alışkanlığını aşılamışlardır. Anayasacılık, anayasa mahkemeleri eliyle siyasetin kurumsallaştırılmasına aracılık etmiştir⁵⁵³.

Birinci bölümde ele aldığımız meşruiyet kavramının serencamında gördüğümüz üzere demokrasi artık meşru iktidar için vazgeçilmez hale gelmiştir. Hem 18. ve 19. yüzyıl, hem de demokratikleşmenin hızlandığı üçüncü dalga bu zorunlu istikameti açıkça ortaya koymaktadır. Uzun bir serüveni olan “demokrasi”, bir kavram olarak yalnız başına kullanılması halinde giderek “boş gösteren” bir hal almış ancak sıfatlarla anlamlandırılabilmiştir. Konu üzerindeki çalışmalar göstermektedir ki; çoğulcu, çoğunlukçu, müzakereci, anayasal vs. demokrasi kavramını açıklamaya çalışan 550’nin üzerinde sıfat bulunmaktadır⁵⁵⁴. Çalışmamızın birinci bölümünde detaylarına yer verdiğimiz için burada tekrara düşmeden demokrasinin çağdaş anlamının ve cari sıfatının “anayasal” olduğunu

⁵⁵² McWhinney, E. (1981). *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*, Toronto; Buffalo: University of Toronto Press, s. 3’ten aktaran, Gönenç, L. (2013). Anayasa Yapım Sürecinde Temel Tercihler, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan*, Cilt-II, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları. s. 1074, dipnot 6.

⁵⁵³ Sadurski, W. (2010). Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, TBB Uluslararası Sempozyum, çev. Kontacı, E., ed. Ergül, O., Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 46.

⁵⁵⁴ Collier, D. ve Levitsky, S. (1996) *Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research*, Kellogg Institute working paper, s. 3.

<https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/230.pdf> erişim tarihi: 09.10.2015

Toplam 56 sayfa olan çalışma metni kısaltılarak *World Politics* dergisinde yayınlanmıştır. İlgili çalışma için bkz. Collier, D. ve Levitsky, S. (1997) Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research, *World Politics*, Vol. 49, No. 3, ss. 430-451.

belirtmekle yetiniyoruz. Anayasa yargısının 20. yüzyıl sonlarında bu denli yaygınlaşması da yukarıda değindiğimiz sair faktörlerle birlikte özellikle demokrasideki bu anlam farklılaşmasıyla açıklanabilir.

Yine de demokrasi ile anayasacılık arasındaki gerilimin sona ermediği, anayasa yargısının meşruiyetinin halen sorgulandığı bir döneme tanıklık etmekteyiz. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde bu tartışmalara ve iki kavramın bağdaştırabilirliğine genişçe yer ayırıyoruz.



Üçüncü Bölüm

ÇAĞIMIZDA ANAYASA YARGISININ SINIRLARI ve MEŞRULUĞU SORUNU

1. Anayasa Yargısı ile Demokrasiyi Bağdaştıran Teoriler

Birinci bölümün sonunda çağımızda demokrasiden anlaşılanın “anayasal demokrasi” olduğunu belirtmiştik. Bir demokrasiyi anayasal forma kavuşturan en etkin yolun ise anayasa yargısı olduğuna işaret ettik. İkinci bölümde, anayasa yargısının ortaya çıktığı günden bu yana, yaklaşık iki asırlık biz zaman diliminde, demokrasiyi anayasallaştırmadaki katkılarını sunmaya çalıştık. Çağımızda, anayasa yargısı demokrasiler için olmazsa olmaz bir gereklilik olarak görülmeye başlanmıştır. Ancak bu durum dahi anayasa yargısı üzerindeki tartışmaların sona erdirememiştir.

Teorik olarak anayasa yargısı ile demokrasinin bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu devam etmekle birlikte, pratikte de anayasa mahkemelerinin anayasayı yorumlaması gerekliliğinden doğan yorum tekeli, yorumda sınır ve yargısal aktivizm tartışmaları önceden olmadığı kadar anayasa hukuku gündemini meşgul etmektedir.

Yasamanın egemenliği anlayışının terkedilmesi ve egemenliğin kullanımının devletin farklı organları arasında paylaştırılması sonucu, anayasa yargısı meşruiyet bunalımını aşmış gibi görünmektedir. 1982 Anayasası aynı anlayışı benimseyerek “*Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetliki organları eliyle kullanır.*” hükmüne yer vermektedir. Yasama dâhil hiçbir organ, yalnız başına “egemen” değildir. Egemenliğin sahibi ve kullanıcısı ulustur; kurum, kuruluş ve organlar, her gücün değişmez ve tek kaynağı olan milletin, çıkar, yarar, gereksinim ve isteği doğrultusunda, onun verdiği yetki ile görevli

olmaktadırlar⁵⁵⁵. Şu halde, parlamentodan çıkan kanunlar milli irade değil, çoğunluğun iradesidir. Milli irade Anayasal sistem içerisindeki karar organları ile denetim organlarının birlikte iradesidir⁵⁵⁶.

Egemenliği kullanan bir organ olmasından başka, anayasa yargısının demokrasinin tabiatında var olduğunu iddia eden görüşler mevcuttur. Bu görüşe göre anayasa yargısı, çoğulculuğun teminatı, hakların koruyucusu ve katı anayasaların doğal bir sonucu olarak zaten demokrasiyle bağdaşmaktadır.

1.1. Çoğunluk-Karşıtı, Çoğulculuğun Teminatı Olarak Anayasa Yargısı

Anayasa yargısını savunanlarla, ona karşı çıkanların buluşma noktası anayasa yargısının çoğunluk karşıtı (*counter majoritarian*) tabiatıdır. Çoğu durumda anayasa mahkemesi üyelerinin salt çoğunluğunun iradesi, halkı temsil eden parlamentoların iradesine yeğlendiği için demokratik kriz baş göstermektedir. Bickel'in belirttiği gibi, anayasa mahkemeleri bir kanunu iptal ettiklerinde, bu denetimi çoğunluk adına değil, aksine çoğunluğa karşı olarak gerçekleştirmektedirler⁵⁵⁷. Bickel'dan bu yana, yargı denetiminin temel doğasının çoğunluk karşıtı olduğu söylenegelmektedir⁵⁵⁸.

Anayasa yargısı, çoğunluk karşıtı özelliğini, ilk olarak yasamanın egemenliği ilkesine karşı verdiği mücadeleden almaktadır. Ginsburg, "Yeni Demokrasilerde Anayasa Yargısı" (*Judicial Review in New Democracies*) başlıklı kitabına "Parlamentonun Egemenliğinin Zayıflaması ve Düşüşü" (*The Decline and Fall of Parliamentary Sovereignty*) bölümüyle başlamakta ve bu iddiasını ispatlamak üzere başta İngiltere olmak üzere çeşitli ülkelerden örnekler vermektedir⁵⁵⁹. Anayasa yargısının yaygınlaşması ve parlamentolardan negatif kanun koyucu olarak rol çalması yazarın iddiasını ispatlar niteliktedir.

⁵⁵⁵ Özay, İ. H. (1992). Anayasa Mahkemesi (ya da Yargısının) Meşruiyeti, *Anayasa Yargısı*, C. 9., s. 71.

⁵⁵⁶ Yüzbaşıoğlu, N. (2004). Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesinin Sorunlarının Tartışılması Paneli, *Anayasa Yargısı*, C. 21., s. 160.

⁵⁵⁷ Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, s. 17.

⁵⁵⁸ Çoğunluk-karşıtı anayasa yargısına dair detaylı bir inceleme için bkz. Friedman, B. (1998). The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road To Judicial Supremacy, *New York University Law Review*, Vol. 73., No. 2., ss. 333-433.

⁵⁵⁹ Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press. s. 1.

Parlamentonun egemenliğinin en kısa anlamı; parlamentonun hukuk çerçevesinde yapamayacağı hiçbir şeyin bulunmadığıdır⁵⁶⁰. Parlamento en yüksek kudrettir, otoritesini sınırlandıracak veya ihmal edebilecek herhangi bir rakibi yoktur; hukuki kudreti sınırsızdır⁵⁶¹. Bu nedenle parlamentonun egemenliği ya da üstünlüğü ilkesine dayalı çoğunlukçu demokrasilerde anayasa yargısına yer verilmemektedir.⁵⁶² İsviçre kökenli İngiliz siyaset bilimcisi Jean-Louis de Lolme parlamentonun bu yetkisini veciz bir şekilde şöyle ifade eder;

*“İngiliz hukukçularının, Parlamentonun kadını erkek, erkeği kadın yapmak haricinde her şeyi yapabileceğine dair temel bir prensibi vardır.”*⁵⁶³

İngiltere’de parlamentonun egemenliği kavramıyla ifadesini bulan bu ilke, diğer demokrasilerde de çoğunluk prensibi (*majority rule*), yasamanın / parlamentonun üstünlüğü vb. gibi isimlerle, çoğunluğun demokrasi yoluyla yapamayacağı hiçbir şeyin olmadığı anlamında kabul görmüştür. Klasik demokrasi, parlamento çoğunluğunun halkı temsil ettiği kurgusuna dayanırken, anayasa yargısı anayasaya aykırı yasaları iptal etmek suretiyle bu kurguyu ortadan kaldırır ve anayasada yer aldığı biçimiyle halkın gerçek iradesini ortaya koyar⁵⁶⁴. Parlamentonun egemenliği anlayışı karşısında, anayasa yargısının gelişmesi, anayasanın, yasama yetkisini, halkı temsil eden parlamentoya, anayasaya uygun olarak yerine getirmesi şartıyla verdiği, “kanunların ancak anayasaya saygı içerisinde genel iradeyi ifade edeceği” düşüncesi ile mümkün olmuştur⁵⁶⁵.

Aslında “demokrasi” çoğunluğun iradesiyle eşanlamli değildir. Halkın iradesi, halkın çoğunluğunun iradesi olmadığı gibi parlamentodaki çoğunluğun iradesine de indirgenemez⁵⁶⁶. Buna rağmen demokrasilerde çoğunluğun yönetme hakkına saygı duyulması da şarttır. Bunula birlikte, çoğunlukların otoriter eğilimlere

⁵⁶⁰ Ridges, E. W. (1951). İngiliz Anayasa Hukuku. Çev. Özyörük, M. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8., S. 3-4, s. 195.

⁵⁶¹ Ridges, E. W. (1951). s. 197.

⁵⁶² Atar, Y. (2012). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, s. 297.

⁵⁶³ Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Michener, R. E., Indianapolis: Liberty Fund Publications. s. 89.

⁵⁶⁴ Troper, M. (2005). Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi, içinde *Demokrasi ve Yargı*, (ed. Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 19.

⁵⁶⁵ Metin, Y. (2012). Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1. s. 94.

⁵⁶⁶ Troper, M. (2005). s. 18-19.

yönelme olasılığına karşı fren işlevi görecektir kurum ve mekanizmalara da ihtiyaç duyulmaktadır⁵⁶⁷. Nitekim demokratik rejimler mutlak egemenliği çoğunluğun bile eline vermedikleri ölçüde despotizmi engeller hale gelmektedirler⁵⁶⁸. Demokratik düzenin hukuk yoluyla korunması olarak da adlandırılabilir bu düzenlemeler, demokratik hakların ancak öngörülen hukuk kuralları çerçevesinde kullanılabilmesini ve hakların kötüye kullanılması yasağını ifade etmektedir⁵⁶⁹.

Kuşkusuz anayasa yargısı çoğunluğu frenleme işlevini en etkin şekilde yerine getirebilecek kurum ve mekanizma olma potansiyeline sahiptir. Anayasa yargısının teorik temelini oluşturan anayasacılık da, demokrasi düşüncesini inkâr etmediği gibi demokrasiyle aynı doğrultuda halk egemenliğini savunmaktadır. Çoğulcu demokrasi fikrini hayata geçirebilecek anayasacılık düşüncesine göre, anayasa yargısı ile demokrasi arasında bir çelişki de bulunmamaktadır⁵⁷⁰.

Demokrasinin anayasayla sınırlandırılması siyasetin hukukileşmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokrasi sadece iktidarın kaynağı ile değil, aynı zamanda iktidarın denetim mekanizmalarına katılma kanallarının genişliği ile de tanımlanır⁵⁷¹. Kanunların anayasaya uygunluk denetimi, muhalefete, siyasi çoğunluğun Anayasa kuralları ile kayıtlanması hukuki imkânını verdiği ölçüde siyaseti barışçıl bir düzene kavuşturmakta, siyasi uzlaşmazlık konuları hukuk teknikleri ile çözülmektedir. Siyasetin hukukileşmesi çıkar ile eksik temsil edilen ya da temsil edilmeyen siyasi azınlıkların hak ve hürriyetlerinin tanınma ve korunması sağlanırken sistemin temsil niteliği ve demokratikliği de artmaktadır⁵⁷². Zaten burada anayasa yargısı, azınlık haklarının, temel haklar olarak korunması işlevini gerçekleştirmekte ve demokrasinin normal olarak işleyebilmesine güvence sağlamaktadır⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Metin, Y. (2010). *Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 240.

⁵⁶⁸ Bilgen, A. C. (2008). *Anayasal Demokrasinin Paradoksu: Demokratik Meşruiyet ve Hukukun Üstünlüğü, Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk*, Yayına Haz. Köker, L. İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, s. 85.

⁵⁶⁹ Karakul, S. (2015). Hukuk Yoluyla Demokrasi mi, Demokrasi Yoluna Hukuk mu? Hukuk ve Demokrasi İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1. s. 81.

⁵⁷⁰ Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 113.

⁵⁷¹ Çağlar, B. (1993). "Hukuk"la Kavranan "Demokrasi" ya da "Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı*, C. 10. s.247.

⁵⁷² Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, İstanbul: BFS Yayınları, s. 183.

⁵⁷³ Troper, M. (1997). *Anayasa Yargısı ve Demokrasi*, çev. Atay, E. E. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, s. 295.

Anayasal sınırlar dairesinde yürütülen siyasette, yasama iktidarının anayasaya uygun davranıp davranmadığının denetimi, milli iradeye uygunluk denetimi anlamına geldiği için anayasa yargısı demokratik esaslara uygundur sonucunu da doğurmaktadır⁵⁷⁴. Anayasalar, yasama yetkisini parlamentoya devrederken, bu yetkinin ancak anayasaya saygı çerçevesinde genel iradeyi temsil edebileceğini kayıt altına almaktadır⁵⁷⁵. Bu nedenle parlamentonun kabul ettiği bir kanun milli iradeyi değil çoğunluğun iradesini temsil etmektedir. Anayasa mahkemesi bir kanunu iptal ettiği vakit, çoğunluğun iradesini milli iradeye aykırı bulduğu için iptal etmektedir⁵⁷⁶. Diğer bir deyişle, anayasaya uygun olmamasından dolayı bir kanunu iptal etmek, milli iradeye karşı gelmek değil aksine kanunun gerçek manada milli iradenin ifadesi olmadığını teyit etmek anlamına gelmektedir⁵⁷⁷.

Milli iradeyi gerçekleştirirken anayasa yargısı, parlamentonun yaptığı kanunlar karşısında, anayasanın önceliğini ve üstünlüğü sağlamaktadır⁵⁷⁸. Çünkü anayasayı yapmış veya değiştirmiş olan belirli bir çoğunluk, parlamento çoğunluğu üzerinde kalıcı bir üstünlüğe sahiptir⁵⁷⁹.

Başta belirttiğimiz gibi çoğulcu demokrasi, çoğunlukçu demokrasi anlayışına karşı çıkarken çoğunluğu yönetme hakkına değil, bu hakkın sınırsız olmasına itiraz etmekte ve yönetim hakkının hududunu çizmektedir. Buna göre, çoğunluğun yönetme hakkının sınırını, azınlığın temel hakları oluşturmaktadır⁵⁸⁰. Takip eden başlıkta temel hakların çoğulcu demokarsilerde bu rolüne işaret edilecektir.

1.2. Dworkin: Hakları Ciddiye Almak

Ronald Dworkin, hukuk felsefesi tarihinde en fazla dikkat çeken ve etkili olan düşürlerden biridir. Düşünürün makalelerini derleyerek 1977 yılında

⁵⁷⁴ Tunaya, T. Z. (1975). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 106.

⁵⁷⁵ Atar, Y. (2008). Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, *Anayasa Yargısı*, C. 25, s. 94.

⁵⁷⁶ Yüzbaşıoğlu, N. (2001). "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli (Panelistler: Onar Erdal, Aliefendioğlu Yılmaz, Arslan Zühtü, Kuzu Burhan, Türk, Hikmet Sami), *Anayasa Yargısı*, C. 21., s. 161.

⁵⁷⁷ Troper, M. (1997). s. 295.

⁵⁷⁸ Alexy, R. (2005). Balancing, Constitutional Review, and Representation, *International Journal of Constitutional Law*, s. 577.

⁵⁷⁹ Görisch, C. (2005). Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü, *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 191.

⁵⁸⁰ Uslu, F. (2014). *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 198.

yayınladığı “Hakları Ciddiye Almak” (*Taking Rights Seriously*)⁵⁸¹ isimli başyapıtı, pozitivizm eleştirisini içerirken, kendisinin doğal hukukçu yanını ön plana çıkarmaktadır⁵⁸². Buna rağmen Dworkin’in teorisi, klasik doğal hukuk öğretileriyle tam manasıyla örtüşmemektedir. Düşünür, evrensel, zamanı aşan ve aşkın (*transandantal*) hukuk kavramı yerine herhangi bir sisteme özgü yerleşik değerleri önemser ve içkin (*immanent*) değerleri dikkate alır⁵⁸³. Bu yüzden eserlerinde, genel olarak hukuk kavramlarından, tarihsel olarak belirli bir hukuki sistemin övgüye değer yanları ve hatalarıyla ilgilenmiştir⁵⁸⁴.

Dworkin’e göre hukuk, geride bıraktığımız yıllarda, teknolojiye gelişmelerden ticari buluşlara varıncaya kadar sosyal hayatı etkileyen değişimlere kayıtsız kalamamıştır. Tüm değişimler hukuku derinden etkilemiş, bu süreçte siyaset üzerinde hukuki pozitivizmin etkisi de hızla azalarak pozitivist yaklaşım hem hukuk uygulamasında hem de eğitiminde terk edilmiştir⁵⁸⁵. Düşünür, pozitivizme karşı çıkarken temel hesaplaşmasını hocası olan Hart’ın hukuki pozitivizmiyle yapar ve O’nun “hukuk eşittir kural” anlayışını inkâr ederek hukuku “kural artı ilke” olarak tanımlar. Anayasa kuralları sair hukuk kuralları gibi -hatta daha fazla- soyut olduklarından boşluk barındırır. Hukukun bu yönü Hart tarafından da kabul edilmekte, fakat bu durumda hâkimin, hukukun genel mantığı ve sağduyu ile karar vermesi gerektiğini söylemektedir. Dworkin ise hukuk boşluğu ile karşılaşan hâkimin ilkelere göre karar vermesi gerektiğini iddia eder. Dworkin’in teorisinin özü şu şekildedir: “*Hukuk kuralları yeterli gelmediğinde hâkimin kararını önceden tahmin etmemizi sağlayacak hukuk ilkeleri bir hukuk sistemi ve kültürü içinde daima mevcuttur ve hâkim takdirinde bu ilkelerle, tıpkı kurallarla olduğu gibi bağlıdır.*”⁵⁸⁶.

Dworkin’in hukuk teorisine göre hukuk, kurallar yanında, ilkeler ve politikalardan da oluşmaktadır. Modern demokrasilerdeki ilkeler, ahlâkiliğin veya hakkaniyetin önemli görünümelerini ortaya koydukları için hukuken

⁵⁸¹ Dworkin, R. A. (1977). *Taking Rights Seriously* Massachusetts: Harvard University Press.

⁵⁸² Öktem, N. (2011). Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi, *Anayasa Yargısı*, C. 28. s. 89.

⁵⁸³ Metin, S. (2003). Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 61, S. 1-2, s. 36.

⁵⁸⁴ Özkök, G. (2002). Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 5. Kitap, yay. haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 103.

⁵⁸⁵ Dworkin, R. (2002). Thirty Years On [Reviews], *Harvard Law Review*, Vol. 115, Issue 6, s. 1677.

⁵⁸⁶ Türkbağ, A. U. (2011). Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, *Anayasa Yargısı*, C. 28. s. 73-74.

bağlayıcıdır⁵⁸⁷. Hukukun ne yalnızca geçmişe odaklanan gelenekçi bir yapısı vardır ne de sadece geleceğe bakan araçsal bir faydacılığı. Hukuk bir bütündür. Hukukun çağdaş yorumu, geçmişe ve geleceğe bakan unsurlarıyla bir anlatıyı ortaya çıkarmaya benzer⁵⁸⁸. Haklar da bir toplumun tarihinin ve ahlakının mahsulüdürler. Zor davalarda hâkimin adil karar vermesi de bu haklar teziyle sağlanmaktadır⁵⁸⁹.

Bir uyuşmazlığı çözerken hâkimler, temel hakların ahlaksal okuyuşunu (*moral reading*) yapmakta ve ahlak uzmanlarıymış (*moral expert*) gibi hüküm tesis etmektedirler⁵⁹⁰. Ahlaksal okuma, siyasi ahlakı anayasa hukukunun kalbine koymaktadır⁵⁹¹. Amerikan anayasasında, bireyleri ve azınlıkları devletten korumak için yaygın adıyla Temel Haklar Bildirgesi (*Bill of Rights*) olarak bilinen Anayasanın ilk on değişikliği yapılmıştır. Bu değişikliklerin önemli bir kısmı fazlasıyla soyut ve ahlaki biçimde kaleme alınmıştır. Anayasanın ahlaksal okunuşunda buradaki ifadeler, dilin doğal yapısına göre şu şekilde anlaşılmalıdır: Bu hükümler soyut ahlaki ilkelere referans vermektedir ve devlet iktidarının sınırı olarak bu referanslar anayasanın kapsamına girmişlerdir⁵⁹².

Dworkin'in pozitivizme bu bakışı demokrasi algısını da etkilemiştir. Dworkin, demokrasileri çoğunlukçu demokrasi ve ortaklık demokrasisi olarak ikiye ayırmaktadır. Ortaklık demokrasisinin üç şartı bulunmaktadır. Bunlardan ilki yurttaşların siyasi kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalarıdır. Bu hak

⁵⁸⁷ Uygur, G. (2003). Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 2, s. 158.

⁵⁸⁸ Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. s. 225.

Yazarın Hukukun İmparatorluğu isimli kitabının yedinci bölümünün adı "Hukukta Bütünlük"tür (*Integrity in Law*) ve burada hukuku biri diğerinin devamını oluşturan zincirleme roman yazımına benzetmektedir. s. 228-232.

⁵⁸⁹ Dworkin, R. A. (1977). s. 87.

⁵⁹⁰ Möllers, C. (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press. s. 140.

⁵⁹¹ Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York: Oxford University Press. s. 2.

Yazar burada ahlaksal okumanın devrimsel bir yenilik olmadığını, yüksek mahkeme yargıçlarının zaten günlük işlerinde soyut anayasa kurallarını belirli ahlaki ilkelere dayanarak somutlaştırdıklarını dile getirmektedir. (Amerika'da yargıçların muhafazakâr ve liberal gelenekten beslenmeleri kastedilmektedir.) Burada yeni olan, yargıçların kendi kararlarından ve anayasa hukukçularından istifade ederek anayasanın mecazi yorumunda yeni bir strateji benimsemeleridir. Aynı eser, s. 3-4.

Anayasanın Ahlaksal okunuşu için bkz: Turhan, M. (2012). Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu, *Çankaya University Journal of Law*, C. 9, S. 1., ss. 1-41. Ahlaksal okumanın eleştirisi için bkz. Berger, R. (1997). Ronald Dworkin's The Moral Reading of the American Constitution: A Critique, *Indiana Law Journal*, Vol. 72, Issue. 4, ss. 1099-1114.

⁵⁹² Dworkin, R. (1996). s. 7.

düşünceleri rahatsız edici olanların medyaya erişimi ve siyasal süreçlere katılımını kapsar. İkincisi eşit özen ilkesi olarak adlandırdığı, kararlarda yalnızca çoğunluğun değil herkesin çıkarlarının dikkate alınmasıdır. Üçüncüsü ve en fazla önemseydiği ilke “insan onuru”dur. Bu şarta göre, bireylerin onurunu korumak amacıyla, yalnızca kendilerinin karar vermeleri gereken konularda çoğunluk tarafından karar alınmaması gerekir⁵⁹³. Burada temel haklar devreye girmekte ve demokrasi, toplumdaki çıkarların temsili ve iktidarın temel haklarla sınırlandırılması olarak yeniden tanımlanmaktadır⁵⁹⁴.

Dworkin’in pozitivizmi reddederek ilkelere yer veren hukuk anlayışıyla, demokrasi algısının merkezine aldığı temel haklar ile anayasanın ahlaksal okunuşu birleştiğinde, anayasa yargısı teorisi açısından ne denli hayati bir öneme sahip olduğu ortaya çıkar. Çoğunlukçu demokrasi, çoğunluğun yönetimidir. Oysa eşitliğe dayanan, işbirliği yaparak dayanışma içinde toplumu oluşturan insanların birlikte hareket etmeleri ve kendilerini yönetmeleri olarak kaşımıza çıkan demokrasi türünde hâkimler, ahlaki ilkelere yola çıkarak çoğunluğun yönetimine sınır getirebilmektedirler⁵⁹⁵. Adil olmayan bir kanunla karşılaşan hâkim, ilkelere

⁵⁹³ Dworkin, R. M. (2011). Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri, *Anayasa Yargısı*, C. 28. s. 29-30.

Siyasi eşitliği şöyle vurgulamaktadır:

“Çoğunlukçu demokraside herhangi bir değer bulunmamaktadır. Ortak kararların çoğunluk tarafından alınması düşüncesinde iyi olan herhangi bir husus yoktur. Birçok insan, bu arada beni eleştiren kişiler de, çoğunluk kararlarının temel bir ahlaki ilke olan hakkaniyete uygun olduğunu iddia etmektedirler. Buna göre, ortak kararlar ancak tartışma ve sonrasında oylama yoluyla alınabilir. Bunun dışındaki her türlü metot hakkaniyete aykırıdır. Eğer bu iddia doğruysa, çoğunlukçu demokrasi anlayışı temel bir ilke olan hakkaniyetin siyasete uygulanması olarak kabul edilebilir. Fakat bu doğru değildir. Bir tekne düşünün, üzerinde çok sayıda insan bulunmaktadır ve teknenin kurtulması için bir kişinin denize atılması gerekmektedir. Tekneden atılacak kişi nasıl belirlenmelidir ki hakkaniyete uygun olsun? Bu durumda başvurulacak en kötü metot oylama yapılmasıdır, çünkü oylamada en az popüler kişinin kaybetmesi kesindir. Bu kişi azınlıkta bulunan ırk veya din mensubu olabilir ya da teknede herhangi bir dostu bulunmayan bir kişi olabilir. Bu kişi teknede sevilmeyen bir kişi olduğu için oylama sonucu denize atılacaktır. Bu hakkaniyete uygun bir karar mıdır? Bu durumda, hakkaniyete en uygun yöntem, denize atılacak kişinin rastlantısal olarak, örneğin kura çekilerek, belirlenmesidir. Daha siyasi bir sorunu düşünelim. Savaş halinde, ulus adına savaşa gideceklerin belirlenmesinde de oylama yapılmadığını hatırlatmak isterim. Burada, siyasi kararların rastlantısal yöntemlerle alınmasını savunuyor değilim. Fakat anlatmak istediğim, hakkaniyetin söylendiği kadar temel bir ilke olmadığıdır. Bazı durumlarda, oylamanın yanlış yöntem olduğu açıktır. Öyleyse sormamız gereken soru şudur: Hakkaniyet bir temel evrensel ilke değilse, neden siyasette adil olarak kabul edilsin? Akla yatkın gelen cevap, siyasette eşitlik arayışı vardır ve siyasal eşitliği sağlamanın tek yolu serbest tartışma ve sonrasında oylamadır. Bu, eşitliği sağlamanın tek yoludur. Bir başka deyişle; hakkaniyet, siyasal eşitliktir.” Aynı makale: s. 36-37.

Dworkin’in demokrasi türlerine ilişkin detaylı görüşleri ve çoğunlukçu demokraside herhangi bir değer bulunup bulunmadığına dair detaylı açıklamaları için bkz. ss. Dworkin, R. (2008). *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Oxford ve Princeton: Princeton University Press. Bölüm 5 s. 127-160. Çoğunlukçu Demokrasideki değer tartışması için ss. 139-143.

⁵⁹⁴ Touraine, A. (2004). *Demokrasi Nedir?*, çev. Kunal, O. 4. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 46-47.

⁵⁹⁵ Dworkin’deki çoğunlukçu ve çoğulcu demokrasi ayrımı için bkz. Dworkin, R. (1997). The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve, *Fordham Law Review*, Vol. 65, Issue 4. ss. 1249-1268. Özellikle s. 1264-1265.

dayanarak o kanunu ihmal edip, doğru hukuki kararı ortaya koymaya çalışacaktır⁵⁹⁶. Yargısal yorumlama, bu manasıyla çoğulcu demokrasiyle bağdaşmaktadır. Hâkimlerin yetki sahası genişlemiş gibi görünse de, aslında bu durumda haklar sistemine ve hukukun temelinde varolan ilkelere uygun şekilde yetkilerini kullanacaklardır⁵⁹⁷.

Dworkin'in demokrasi anlayışında çoğunluk iktidarına yer yoktur ve hakları ciddiye alarak çoğunluğun sınırlanması gerekmektedir. Bunun da en etkili yolu hakları ve anayasayı ahlaksal yoruma da tabi tutabilecek bir yüksek mahkemenin varlığıdır. İyi yönetim, iyi veya daha adil sonuçlara ancak anayasa yargısı ile ulaşılabilir. ABD'nin anayasal hakları çoğunlukçu kurumların vicdanına bırakmaktansa, yargı denetimini benimseyen bir sistem seçmesi bu anlamda çok isabetli olmuştur⁵⁹⁸. Şayet hakların bir anlamı varsa, önemli bir hakkın ihlali ciddi bir mesele haline gelmelidir. Zira böyle bir ihlal, kişiye diğerlerine oranla daha az insanmış ya da diğerlerine nazaran ilgiye daha az layıkmiş gibi davranmak anlamını taşır. Haklar kurumu ise, bu tür bir tutumun büyük bir adaletsizlik olacağı varsayımı üzerine kuruludur. Bu nedenle hukuk için doğru yaklaşım haktemelli yaklaşımdır⁵⁹⁹.

Dworkin, sonuç merkezli olduğu ve demokrasi süreçlerini önemsemediği dolayısıyla da demokrasiyi gözardı ettiği gerekçesiyle sıklıkla eleştirilmiştir⁶⁰⁰. Düşünür, toplumun anayasa yargısıyla adil olanın ne olduğuna dair karar verme yetkisini kaybettiğini kabul etmektedir. Ancak seçilmişler üzerinde de toplumun gerektiği kadar etkisi olmadığını söyleyemektedir. Bir sonraki seçimlerde seçmen memnun olmadığı temsilciyi seçmeyi reddedebilir fakat seçimlere kadar geçen sürede seçilmişler çok fazla yetkiyle donatılabilmektedir. Siyasiler daima tek

⁵⁹⁶ Dworkin'in yoruma bakışının kısa bir özeti için bkz. Dworkin, R. (2008). Şüphe Ölümcül Olursa, (çev. Heper, A.) *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 18. Kitap. Haz. Uygur, G. ve Ökçesiz, H. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 242-246. Furtun, A. (1998). A Note On Dworkin's Interpretive Stages, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 1-4.

⁵⁹⁷ Demirdal, M. B. (2014). Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4. s. 815.

⁵⁹⁸ Uluşahin, N. (2008). Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron Karşısında R. Dworkin, *Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk*, Yayına Haz. Köker, L. İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, s. 110.

⁵⁹⁹ Uluşahin, N. (2007). Liberal Demokrasinin Çıkması: Çatışma Karşısında Barış için Azınlık-Çoğunluk İlişkisini Yeniden Düzenleme Gereği, *Anayasa Yargısı*, C. 24, s. 630-631.

⁶⁰⁰ Anayasa yargısı ile demokrasiyi bağdaştıramayan teorilerde "Waldron: Tüm Hakları Mümkün Kılan Hak Olarak Siyasal Katılım Hakkı" başlığı altında bu eleştirilere genişçe yer verilmektedir.

kaygılarının çoğunlukların talepleri olduğunu söyleseler de tarih bize aksini öğretmiştir⁶⁰¹.

Dworkin, ABD örneğinde aktif ve güçlü anayasa yargısını büyük bir şevkle desteklemektedir. Ancak ampirik olarak bakıldığında yüksek mahkemenin her zaman aktif olduğu söylenemez ve temel haklar konusunda olumsuz etkisi olan kararları da mevcuttur. Bu kararlar anayasa yargısının “anayasanın ahlaksal okunuşu” anlamında tekrar gözden geçirilmesini gerektirebilmektedir. Dworkin’in bu konudaki görüşleri anayasanın ahlaksal okunuşuyla, anayasanın kendisinin anlamının belirlenebileceği, yorumcuların anayasaya verdikleri anlamın ise bağlayıcı olmadığı yönündedir⁶⁰².

Nihayetinde Dworkin, anayasa yargısının demokrasiyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu devam etse dahi, anayasanın hak eksenli bir anlayışla yorumlanarak demokrasiye katkı yapabileceği umudunu taşımaktadır⁶⁰³. Bu umudunu, kendi demokrasi anlayışıyla yani; çoğunlukçu demokasi modelinde anayasa yargısına yer verilmesinin mümkün olmaması ve çoğulcu demokrasi modeliyle bağdaşmasıyla beslemektedir⁶⁰⁴.

1.3. Katı Anayasaların Sonucu ve Anayasanın Üstünlüğünün Teminatı Olarak Anayasa Yargısı

Anayasalar hem hukukta hem de sosyal bilimlerin farklı alanlarında, çeşitli kıstaslarla tasnif edilmişlerdir⁶⁰⁵. Hukuki sınıflandırmaya göre anayasa çeşitleri; maddi-şekli, yazılı-yazılı olmayan, sert-yumuşak ve kazuistik-çerçeve olarak sıralanabilir⁶⁰⁶. Bu sınıflandırmadaki özellikle anayasanın yazılı ve sert olması, anayasa yargısıyla hem sebep hem de sonucu itibarıyla yakından ilgilidir.

Anayasalar katı/sert (rigid) ve yumuşak/esnek (flexible) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu iki kutup arasında farklı uygulamalar mevcut olmakla birlikte, katı

⁶⁰¹ Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press. s. 397.

⁶⁰² Sadurski, W. (2002). Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, s. 277.

⁶⁰³ Güleler, S. (2012). *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 179.

⁶⁰⁴ Uygur, G. (2006). *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Ankara: Siyasal Kitabevi. s. 161.

⁶⁰⁵ Grimm, D. (2014). Types of Constitutions, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, der. Rosenfeld, M. ve Sajó, A. 4. Bölüm, Oxford: Oxford University Press. ss. 97-132.

⁶⁰⁶ Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). s. 3-8.

anayasadan kastedilen anayasaların değiştirilmesinin normal kanunlardan (teklif, kabul ve onay aşamalarında) daha zor şartlara bağlanmış olmasıdır⁶⁰⁷. Anayasanın üstünlüğünü kabul eden bir sistem, üstünlüğü büyük ölçüde anayasanın katılığıyla sağlamaktadır ve bu katılık ancak anayasanın üstünlüğünü aktif olarak sağlayabilecek anayasa yargısı kurumlarıyla garanti edilebilmektedir⁶⁰⁸.

Bağımsız yargı organları, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken, aynı zamanda katı anayasaların üstünlüğünü koruma görevini de üstlenmiş olmaktadır. Katı anayasaların bulunmadığı ülkelerde ise, anayasa yargısı denetiminin gerçekleşebilmesi mümkün değildir⁶⁰⁹. Yargısal denetim sayesinde içerik olarak anayasaya aykırı olan kanunlar hukuk düzeninden ayıklanmakta ve böylelikle anayasanın üstünlüğü ilkesi gerçekleştirilmektedir⁶¹⁰.

Hunt, parlamentoların kanun yapma tekeli (parlamentonun üstünlüğü) ile anayasa mahkemelerinin yorum tekeli (yargının üstünlüğü) yarışan üstünlükler olarak karşı karşıya koymaktadır⁶¹¹. Dicey'nin, böyle bir çatışma olması durumunda, galip olanın parlamento olacağından kuşkusuz yoktur⁶¹². Bu tartışmada "Yeni Anayasacılık" olarak adlandırılan akım, genel iradenin yanılmazlığı ilkesini reddederek, parlamenotların hata yapabileceği ve bu hataların anayasa yargısı aracılığıyla düzeltileceği savını ileri sürmüştür⁶¹³.

⁶⁰⁷ Grimm, D. (2014). Types of Constitutions, *The Oxford Handbook Of Comparative Constitutional Law*, der. Rosenfeld, M. ve Sajó, A. 4. Bölüm, Oxford: Oxford University Press. s. 111.

⁶⁰⁸ Cappaletti, M. (1971). *Judicial Review in the Contemporary World*, New York: The Bobbs-Merrill Company Inc., s. viii.

Anayasanın üstünlüğü konusuna, çalışmamızın ikinci bölümünde "Hukuk Devleti ve Anayasanın Üstünlüğü" başlığı altında değindiğimiz için burada yalnızca anayasa yargısının bunu sağlama potansiyeline ve demokrasi bağlantısına değinilecektir.

⁶⁰⁹ Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 25.

⁶¹⁰ Wahl, R. (2001). Elemente der Verfassungsstaatlichkeit, *JuS*, Heft 11, 2001, s. 1041-1042.'den aktaran Metin, Y. (2012). Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2., S. 1. s. 92.

⁶¹¹ Hunt, M. (2003). 'Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference"' *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, der. Bamforth, N. ve Leyland, P. Oxford: Hart Publishing. ss. 337-70'den aktaran Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, New York: Cambridge University Press. s. 55.

⁶¹² Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, ed. Michener, R. E., Indianapolis: Liberty Fund Publications. s. 87.

⁶¹³ Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press. s. 50.

Katı anayasalara sahip olan ülkelerde anayasa yargısı biçimsel ve hukuksal meşruluğunu doğrudan anayasa hükümlerinden almaktadır⁶¹⁴. Demokratik yönetim anayasa tarafından kurulurken, aynı anayasa kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine de yer vererek anayasa yargısı ile demokrasi arasında herhangi bir çekişme olamayacağını ima etmektedir. II. Dünya Savaşı sonrasında yazılan anayasaların temel haklara yer vermesi ve temel hak ve hürriyetlerin başta siyasal katılım olmak üzere demokrasiyi gerçekleştirebilecek hükümleri ihtiva etmesi neticesinde demokrasi anayasalar tarafından güvence altına alınmıştır. Anayasanın üstünlüğü ile tüm bu hak ve hürriyetler de üstünlüğe kavuşacaklardır. Gerçek anlamda anayasanın üstünlüğü ilkesi, kurumsal korumayla ilişkilendirilmesi halinde varolabilmektedir⁶¹⁵.

Üst başlıklarda değinilen çoğulcu demokrasiyi sürdürülebilir hale getirmek ve hakları ciddiye alan bir anayasal sistemin inşası, anayasa yargısının korumasıyla anayasanın üstünlüğünün sağlanmasına bağlıdır. Toplumun özlediği ideal devlet ve hukuk düzeninin, kişi hak ve hürriyetlerine dair temel kuralların yer aldığı Anayasalarda 'Yasalara uygunluk', 'Anayasaya uygunluk' denetimi ile 'Hukuka uygunluk' büyük ölçüde gerçekleşir⁶¹⁶.

1.4. Prosedürel Tez

John Hart Ely, 1978 yılında kaleme aldığı bir makalesinde, anayasa teorisinin merkezinde farklı zamanlarda farklı isimlerle anılsa da hep bir yorumsamacı (*interpretivist*) ve yorumsamacı olmayan (*noninterpretivism*) iki taraf olduğunu ancak bu ikili karşıtlığın (*dichotomy*) yanlış şekilde kurgulandığını iddia etmektedir⁶¹⁷. Yorumun imkânsız olduğunu vurgulayan Ely, anayasal kararların açıkça yazılı anayasada içkin olan değerlerden kaynaklandığını, anayasayı değerlerden bağımsız (*value-free*) yalnızca anayasa metnine göre yorumlamanın

⁶¹⁴ Turhan, M. (2006). Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk devletinde İşlev ve Meşruluğu, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, der. Turhan, M. ve Tülen, H. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 48.

⁶¹⁵ Göztepe, E. (2012). Anayasa Yargısı ve Demokrasi, *Toplum ve Bilim*, Sayı:123, İstanbul: Birikim Yayınları, s. 51.

⁶¹⁶ Karayalçın, Y. (1992). Hukukun Üstünlüğü (Kavram – Bazı Problemler), *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 3. s. 198.

⁶¹⁷ Bu karşıtlık yargısal aktivizm (*activism*) ve kendi kendini sınırlama (*self-restraint*) olarak da terminolojide yer almaktadır. Ely, J. H. (1978). Constitutional Interpretivism: Its Allure And Impossibility, *Indiana Law Journal*, Vol. 53, Issue. 3, s. 399., Dipnot 1.

ise mümkün olmadığını söylemektedir⁶¹⁸. Anayasalar çok sayıda açık uçlu düzenlemeye yer vermektedir ancak temel hakları korumak anayasal görev olamaya munasip değildir⁶¹⁹. Bu nedenle anayasa yargısı denetimini demokrasinin sonuçları değil süreçleriyle sınırlı yapmalıdır.

Anayasal sınırlamaların tamamı doğrudan anti-demokratik kabul edilemez. Bu sınırlamalarla demokrasinin güçlenmesi de ihtimal dâhilindedir. İnsan yapımı tüm eserler gibi demokrasi de düzeltilmeye ve onarılmaya ihtiyaç duyar. Demokrasinin eksikliklerinin salt demokratik araçlarla giderilmesi mümkün olmaz bu nedenle demokrasi inşa edilirken onun işleyişini güvence altına alan anayasal sınırlamalar demokratik yapının özüne uygundur. Yargıya bu aşamada demokrasinin bekçisi olma görevi düşmektedir. Siyasi sorumluluk altında olan seçilmiş temsilciler siyasetin içeriksel değerini belirlerken yargı karar alma süreçlerinde temel kurallara uyulup uyulmadığını denetlemekle görevlidir. Bunun ötesinde yargının herhangi bir işlevi yoktur⁶²⁰.

Anayasa yargısının demokratik meşruiyetini destekleyen en hayati fonksiyonu, seçilmiş temsilcilerin demokratik kurallara bağlı kalmasını sağlamaktır⁶²¹. Anayasa yargısı denetimini, “meşru sonuçlar” (*legitimate outcomes*) üzerine değil, meşru süreçler (*legitimate process*) ölçüsüne göre kurulduğunda, demokrasiyle anayasa yargısı arasında bir çatışma kalmayacaktır⁶²².

“... anayasa yargıçıları, rakip değerler ve siyasal anlayışlar arasında bir tercih yapmayarak bunu seçilmiş otoritelerin takdirine bırakmalı, denetimlerini demokratik sürecin işlerliği ile ilgili hususlara inhisar ettirmelidirler. Bununla da, özellikle demokrasinin temsili niteliğini güçlendirecek ve herkese eşit siyasal katılma hakları tanıyacak bir

⁶¹⁸ Berger, R. (1978) Government by Judiciary: John Hart Ely's "Invitation", *Indiana Law Journal*, Vol. 54, Issue. 2. s. 277.

Ely'nin anayasa teorisine katkısı ve tenkiti için ayrıca bkz. Tushnet, M. (1980). Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory, *Yale Law Journal*, Vol. 89, Issue 6, ss. 1037-1062.

Ely'nin yorumun imkânsızlığına ilişkin görüşleri için bkz. Ely, J. H. (1978). ss. 399-448.

⁶¹⁹ Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Massachusetts: Harvard University Press, s. 88.

⁶²⁰ Sancar, M. (2005). Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?, *Demokrasi ve Yargı*, Ed. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 49.

⁶²¹ Fallon, R. H. Jr. (2008). The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 7., s. 1726.

⁶²² Turhan, M. (2006). s. 54.

*denetim kastedilmektedir. Görülüyor ki, Ely'nin zihnindeki meşru anayasal denetim, esasa ilişkin olmaktan çok, usule ve süreçlere ilişkin bir denetimdir.*⁶²³

Anayasal düzenlemeler, siyasal sürecin maddi sonuçlarına değil, yalnızca ön şartlarına ve usullerine ilişkindir. Bu nedenle, siyasal süreç adil şartlar altında cereyan ettiği sürece, bu süreçten yasama işlemi neticesinde çıkan ürünler, özgül anayasal güvenceleri ihlal etmemeleri şartıyla mahkemeler tarafından meşru kabul edilmelidir. Mahkemeler, usulü bırakıp maddi ölçütleri esas alan bir denetim yaptıkları takdirde, demokratik siyasal sürecin belirleyici unsuru olan yasamanın yetki alanı aşırı derecede kısıtlanmış ve sonuçta demokratik olmayan bir yola girilmiş olur⁶²⁴.

Ely'ye göre anayasa yargısının temel problemi, seçilmemiş ve siyaseten sorumlu olmayan bir organın, halkın seçilmiş temsilcilerine “istediğiniz şekilde yönetemezsiniz” diyebilmesidir⁶²⁵. Siyaset yapımında güvenilebilecek tek merci, seçilmiş temsilcilerdir. Atanmış yargıçlar, karşılaştırmalı olarak anayasa sisteminin büyük ölçüde siyasi çatışmalardan uzak tuttuğu ve kendi görevlerinin devamından endişe etmeye ihtiyaç hissetmeyen, dışarıda bırakılan kişilerdir⁶²⁶. Bu nedenle anayasa yargısının yalnızca demokrasinin işlerliğine ilişkin usulü problem olması halinde uyuşmazlıkları çözmesi aksi halde kendini sınırlandırması gerekir. Ely'nin usulü mükemmelleştirme (*process perfecting*) olarak isimlendirilebilecek bu yaklaşımına göre anayasa yargısının görevi, karar alım süreçlerinde adil temsili ve siyasi hesapverilebilirliği sağlamak ile sınırlandırılmıştır. Fakat usulü kuralların neler olduğu, şartları ve sınırları, temel haklarla ilişkisi anlaşılamamaktadır⁶²⁷.

Çağımızda anayasaların büyük çoğunluğu, geniş bir temel haklar katoloğuna yer vermektedir. Temel haklarla ilgili yargı kararları genelde süreçleri değil temel siyasi değerleri ve tercihleri ilgilendirmektedir⁶²⁸. Anayasa yargısı,

⁶²³ Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 49.

⁶²⁴ Sancar, M. (2005). s. 50.

⁶²⁵ Ely, J. H. (1980). s. 4-5.

⁶²⁶ Ely, J. H. (1978). Toward A Representation-Reinforcing Mode Of Judicial Review, *Maryland Law Review*, Vol. 37., No. 3. s. 487.

⁶²⁷ Freeman, S. (1991). Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review, *Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 4, s 368-369. Benzer görüş için bkz. Dworkin, R. (1982). Law as Interpretation, *Critical Inquiry*, University of Chicago Press. Vol. 9, No. 1. ss. 179-200.

⁶²⁸ Landrified, C. (1988). Introduction, *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, der. Landrified, C. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, s. 16-18'den aktaran Özbudun, E. (2015). s. 50.

demokratik süreçleri koruyup güçlendirirken temel hakları ölçü norm kabul ederek denetim yapmaktadır. Temel haklarla demokrasinin süreçleri arasındaki iç içe geçmişlik çoğu zaman usullerle esasların birbirine karışması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle Ely'nin bahsettiği usulü denetimin sınırlarını net bir şekilde tespit etmek mümkün değildir⁶²⁹.

2. Anayasa Yargısı ile Demokrasiyi Bağdaştırmayan Teoriler

Anayasacılık ile demokrasi uzlaşamayan iki kurum gibi görünse de, birinci bölümün son kısmında işaret ettiğimiz gibi demokrasi “anayasal” sıfatıyla anılmaya başladığından bu yana, bu sorun aşılmış gibi görünmektedir. Metin'in belirttiği gibi:

“... yargısal denetimin demokrasi prensibiyle kural olarak bağdaşmazlığına ilişkin görüşler, geçmişte daha çok önem arz etse de, artık eski önemini kaybettiği söylenebilir. Halen teori düzeyinde yargısal denetime karşı bir argüman olarak demokratik yasa koyucuya saygı gösterilmesi gerektiği düşüncesi dile getirilse de, İkinci Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen anayasalardan başlayarak gittikçe artan bir şekilde anayasa yargısının benimsendiği görülmektedir. Geline nokta, yargı yoluyla siyasetin denetimi, yani anayasa yargısının zaferi devam etmektedir⁶³⁰.

Ancak bu zafer tartışmaları bitirememiştir. Radikal demokrasi taraftarları, demokrasiyi “anayasal” sıfatıyla betimlemeyi reddettikleri gibi, anayasal demokrasiyi sağlayan kurum olan anayasa yargısını da kabul etmemektedirler.

2.1. Halk Egemenliğine Dair Tereddütler

Anayasacılık demokrasiyle aynı ölküye hizmet etmekte, halkın egemenliğini savunmakta ve fakat ona sınırlar koymaktadır. Demokrasinin anayasalarla

⁶²⁹ Aslında Ely'nin fikirleriyle, anayasa yargısının demokrasiyle bağdaşmadığının sıkı bir savunucusu olan Waldron'ın fikirleri arasında ciddi benzerlikler bulunmaktadır. Her iki yazar da hak temelli bir denetime sıcak bakmamakta yalnızca demokrasinin usuli denetiminde Ely anayasa yargısına yer verirken, Waldron hiçbir şekilde anayasa yargısını meşru kabul etmemektedir. Kanaatimizce Ely'nin usuli anayasa teorisinin, fiili bir takım imkânsızlıkları ve belirsiz sınırlandırmayı barındırması nedeniyle aslında anayasa yargısının meşru olmadığını içerdiği dahi iddia edilebilir.

⁶³⁰ Metin, Y. (2012). s. 91.

sınırlandırılmasıyla, demokratik yönetim düzeninin çerçevesi çizilmektedir⁶³¹. Hukuk düzeninin temeli olan anayasanın yeniden keşfine tanık olunurken, yeni anayasacılık (*new constitutionalism*) kavramı ortaya çıkmıştır⁶³². Yeni anayasacılık, anayasacılığın en etkili kurumu olan anayasa yargısına geniş yer ayırdığından dolayı egemenliği halktan kopardığı gerekçesiyle sık sık tenkid edilmiştir. Bu gelişmenin yasama organı aleyhine ve yargı organı lehine iktidar transferi içerdiğine kuşku yoktur⁶³³. İktidar transferinden ötürü Hirsch, yeni anayasacılık çağında yaşanan bu gelişmeleri “yargı iktidarı” (*juristocracy*)⁶³⁴ olarak adlandırmakta ve yargı iktidarını 20. yüzyılın sonu 21. yüzyılın başı için en önemli gelişme kabul etmektedir⁶³⁵.

Yeni anayasacılık akımıyla gelen yargının iktidarı düzenini Waldron, aristokrasiye benzetmektedir. Bu sistemde halka, onları kimin yönettiği sorusu yöneltildiğinde, halk cevaben “biz veya temsilcilerimiz değil yargıçlar” diyecektir. Yanıtın bu şekilde verildiği ölçüde halkın kendi kendini yönetmesinden (*self-government*) ödün verilmiş olmaktadır. Bu da aristokrasi demektir⁶³⁶.

Dünya, son iki asırda yaşanan yargı iktidarına hızlı bir geçişe hayretle şahitlik etmektedir. Dünya çapında pek çok ülke ve ulusalüstü oluşumlar, anayasal reformlar yapmak suretiyle eşi benzeri görülmemiş ölçüde yetkileri, temsili kurumlardan alıp yargısal olanlara devretmektedir⁶³⁷. Bu devirle birlikte anayasa yargısı, halkın temsilcilerinin iradesini engelleyebilmektedir⁶³⁸. Parlamentonun egemenliğinin giderek zayıflaması sonucunu doğuran bu gelişme, halk

⁶³¹ Levinson, D. J. (2012). Rights and Votes, *The Yale Law Journal*, Vol. 121, Issue 6. s. 1293.

⁶³² Çağlar, B. (1988). “Yeni Anayasacılık” Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 1-3. s. 29.

⁶³³ Özbudun, E. (2015)., s. 44.

⁶³⁴ Scheppele “Yargı İktidarı” (*Juristocracy*) kavramı yerine “Mahkeme İktidarı” (*Courtocracy*) kavramını kullanmaktadır. Aslında yazar bu kavramı Macaristan’daki mahkemenin rolüne işaret etmek için ortaya atmıştır. Her iki kavram benzer zamanlarda ortaya çıkmasına rağmen akademik yazında jüristokrasi daha fazla benimsenmiştir. Richardson, J. T. (2007). Religion, Law, and Human Rights, *Religion, Globalisation and Culture*, ed. Beyer, P. ve Beaman, L. Leiden ve Boston: Brill pub. s. 416-417.

Scheppele’nin “Courtocracy” kavramı için bkz. Scheppele, K. L. (2002). Declarations of Independence: Judicial Reactions to Political Pressure, içinde *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, ed. Burbank, S. B. ve Friedman, B., Thousand Oaks, CA: Sage Publications, s. 263-264.

⁶³⁵ Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press. s. 1.

⁶³⁶ Waldron, J. (1998). Precommitment and Disagreement, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, ed. Alexander, L. Cambridge: Cambridge University Press. s. 280.

⁶³⁷ Hirschl, R. (2004). The Political Origins of the New Constitutionalism, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 11, Issue 1., s. 71.

⁶³⁸ Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, s. 17.

egemeliğinin tehlikeye girdiği şeklinde algılanmaktadır. Mahkemelerce çözülemeyecek anayasal sorun yoktur önermesi ile anayasal sorunlar mahkemelerce çözülmüştüğüne dek gerçek anlamda çözülmüş sayılamaz önermesinin yerleşmesiyle, artık en uç noktaya taşınmış bir juristokrasi veya yargı iktidarı kabul edilmiş sayılabilir⁶³⁹.

Anayasa mahkemelerinin halkın (çoğunluğun) karşısında denetim yapması paternalizmi ve elitizmi çağrıştırmaktadır. Bu çağrışım anayasa hükümlerine halkın tercihlerini hükümsüz kılmak üzere başvurulması durumunda daha da kuvvetlenmektedir⁶⁴⁰. Yargı eliyle halkın ve temsilcilerinin etkisizleştirilmesi anayasacılığın tabiatında da bulunmamaktadır. Kramer tarafından ortaya atılan “halkçı anayasacılık” (*popular constitutionalism*)⁶⁴¹ kavramına göre halk, kendi haklarını, dilekçe, jüri, oy ve sivil itaatsizlikle daha iyi koruyabilmektedir⁶⁴².

Amerika’da 1830’larda ortaya çıkan yargının üstünlüğü (*judicial supremacy*) doktrininin, halkın gerçek egemenliğini korumak ve canlandırmak işlevlerini barındırdığı savunulmaktaydı. Mahkemeler; savunmasız bireyleri ve azınlıkları, basiretsiz, kararsız ve ilkeleri çarptırarak adil olmayan kararlar alabilecek çoğunluklara karşı korumakla görevliydi. Ayrıca mahkemeler anayasanın yorumlanmasındaki düzensizlikten ve siyasi istikrarsızlıklardan korunmada da bir çare olarak görülmekteydi. Fakat zaman içerisinde mahkemelerin bu işlevleri yerine getirerek meşruluğunu sağladığı fikri taraftarlarını kaybetmiştir⁶⁴³. Hem

⁶³⁹ Tomkins, A. (2010). The Role of The Courts In The Political Constitution, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, Issue 1, s. 3.

⁶⁴⁰ Eule, J. N. (1990). Judicial Review of Direct Democracy, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, Issue 7, s. 1584. Ss. 1503-1590. Yazar burada Learned Hand’ın anayasa yargıçları için kullandığı “Platonik Muhafızların can sıkıcı hükümdarlığı” kavramına yer vermektedir.

⁶⁴¹ Kavram hakkında Kramer’ın detaylı analizi için bkz. Kramer, L. D. (2004). Popular Constitutionalism, *California Law Review*, Vol. 92, Issue 4. ss. 959-1012. Kavramın tenkid ve tahlili için bkz. Tushnet, M. (2006). Popular Constitutionalism as Political Law A Symposium on the People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review: I: Article, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, Issue 3., ss. 991-1007. Knowles, H. J. ve Toia, J. A. (2014). Defining Popular Constitutionalism: The Kramer versus Kramer Problem, *Southern University Law Review*, Vol. 42, Issue 1, ss. 1-31.

⁶⁴² Kramer 2004 yılında yayınladığı ve çok ses getiren kitabına, James Madison’dan aktardığı küçük bir anektola şöyle başlar:

Halkın özgürlüklerinin en iyi koruyucusu kimdir?

- Cumhuriyetçi: (*republican*) Halkın kendisidir. Özgürlükleri koruma vazifesi hiçbir yerde gerçek hak sahibi olan halkın kendi elinde olduğu kadar güvende olamaz.

- Cumhuriyetçi Karşıtı: (*anti-republican*) Halk, ahmak, evhamlı ve hovardadır. Kendi kendilerine güvenmezler. Devleti kurduklarında hiçbir şey düşünmediler yalnızca özgürlüklerini kendilerinden daha akıllı olan yöneticilere bıraktılar ve onlara itaat ettiler.

James Madison, *National Gazette*, December 22 1792. Aktaran Kramer, L. D. (2004a). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press. s. xiii.

⁶⁴³ Kramer, L. D. (2004a). s. 188-189.

anayasacılık kavramının orijinal anlamı hem de Amerika tarihindeki gelişimi sıradan vatandaşlara merkez eksen olma rolünü vermektedir. Kurucu babalarla onların çocukları ve torunlarının anayasa yargısını benimsemelerindeki sebep halkın anayasa üzerindeki egemenliğini tesisten başka bir şey değildir⁶⁴⁴.

Yargının üstünlüğü prensibi, halkçı anayasacılığının tam aksidir. Yargıçlar yorum ve kararlarıyla anayasanın ne olduğuna dair herkesi bağlayan son sözü söyleme hakkına sahip olmaktadırlar. Bu ise kabul edilemez. Gelinek noktada halkçı anayasacılık ile yargının üstünlüğü ayrımında bir karar verilmesi, 1980'lerden sonra norm haline gelmiş olan ve aristokratlar tarafından savunulan yargının üstünlüğü prensibinden vazgeçilmesi gerekmektedir⁶⁴⁵.

Aslında bu başlık altında incelenen görüşler takip eden başlıklarla da yakından ilgilidir. Temel tartışma demokrasinin seçimle iş başına gelen hesap verebilir ve siyasi sorumluluğu olan temsilcilerin, dolayısıyla halkın, anayasa yargısı ile yönetme kapasitesine bir sınır konulması üzerine odaklanmıştır. Aşağıda incelenen yargıçların hakları daha fazla koruyacaklarına olan inanışla Waldron tarafından iddia edilen halkın katılma hakkına sınır getirildiği iddiası da benzer eleştirileri içermektedir.

2.2. Yargıçların Temel Hakları Daha Fazla Koruyacakları Ön Kabulünün Eleştirisi

Anayasa yargısının hak eksenli savunusunu yapan argümana göre, anayasayla belirlenen temel hak ve hürriyetlere karşı en büyük tehdit çoğunluğun desteğini arkasında bulan siyasi iktidardır. O halde, hakların korunmasını çoğunluğun insafına bırakmamak gerekir. Anayasa yargısının demokratik olarak meşru olduğunu savunanlar, sıklıkla bu hak eksenli anlayışı benimsemekte, temel hak ve hürriyetlerin, siyaseten sorumlu olmayan, bağımsız, tarafsız ve adil yargıçlar tarafından daha iyi korunacağı tezini ileri sürmektedirler⁶⁴⁶. Moore, ahlaki realizm (*moral realism*) bakış açısıyla temellendirdiği yargıçların temel hakları daha iyi koruyacakları tezini dört maddede gerekçelendirmektedir:

⁶⁴⁴ Kramer, L. D. (2004a). s. 8.

⁶⁴⁵ Siegel, R. ve Post, R. (2004). Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy, *California Law Review*, Vol. 92, Issue 4, s. 1027-1028.

⁶⁴⁶ Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 30-31.

(1) Yargıçlar, ahlaki bakış açısı itibariyle kanun yapıcılardan daha iyi konumlandırılmışlardır. Yargıçlar, her gün karşılarına gelen detaylı ve somut uyuşmazlıkların müzakerelerine kişisel katılımları sayesinde zaman içinde ahlaki düşüncede deneyim kazanırlar.

(2) Yargısal faaliyet umumi ilkeler üzerine kuruludur. İlkesel bakış açısıyla ahlaki haklara dair uyuşmazlıkları çözen yargıçlar, yalnızca hakların muhtevasına göre hareket ettiklerinden hakların yargıçların ellerine bırakılması daha güvenlidir.

(3) Kanun koyucular genelde siyasi menfaatlerle boğuşurlarken yargı makamının kurumsal özellikleri (bilhassa mesleki güvenceler) yargıçların herhangi bir soruna yönelik müzakerelerini ahlaki açıdan yapmalarını daha mümkün kılmaktadır. Bu nedenle yargıçlar, ahlaki bakış açısı taleplerine daha iyi cevap verebilmektedirler.

(4) Yargının mizacı ahlaki sorunları değerlendirmeye kanun koyucuların tabiatından daha müsait olabilmektedir. Mizaç kavramı, yargıçların bireysel psikolojisi ile kurumların telkin ve takviyeleriyle yerleştiği psikolojidir. Netice itibariyle yargıçlar, ahlak teorisinin ideal gözlemcileri olarak hak temelli yaklaşımın virtüözleridir⁶⁴⁷.

Moore'un belirttiği gibi hesap verilebilirlik ve siyasi sorumluluktan azade olan yargıçların, hakların korunması konusunda siyasilerden daha iyi koruma sağlayabilecekleri varsayılabilir. Ancak bu varsayım çok tartışmalıdır. Yargıçların anayasaya uygunluk denetimi yaparken Moore'un çizdiği çerçeveye sıkı sıkıya bağlı kalacakları da şüphelidir⁶⁴⁸. Ayrıca bu varsayım bir mite dayanmaktadır ve varsayımın gerçek olduğu kabul edildiğinde asıl hak sahibi insanlar ortadan kaybolmaktadır. Yasama süreçleri lobi faaliyetleri, vatandaşların dinlenilmesi ve müzakere süreçleriyle bireysel taleplere açıktır. Bu nedenle, insanlarla temas

⁶⁴⁷ Moore, M. S. (1992). Law as a Functional Kind, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. George, R. P. New York: Oxford University Press. s. 230-231. Benzer bir değerlendirme için bkz. Brink, D. O. (1989). *Moral Realism and The Foundations of Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press. ss. 37-50. Ahlaki Realizm eleştirisi için bkz. Waldron, J. (1992). The Irrelevance of Moral Objectivity, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. George, R. P. New York: Oxford University Press. ss. 158-187.

⁶⁴⁸ Sadurski, W. (2014). *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, İkinci Baskı, Heidelberg, New York, London: Springer. s. 101-102. Sadurski'nin, Moore'un bu görüşlerinin kapsamlı bir tahlil ve tenkidi için bkz. Sadurski, W. (2009). Rights and moral reasoning: An unstated assumption—A comment on Jeremy Waldron's "Judges as moral reasoners", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, No. 1, ss. 25-45. Özellikle s. 32-38.

halinde olan kanun koyucu, milyonları etkileyen ve onlardan etkilenen olarak temel hakları koruma bağlamında yargıçlardan daha iyi konumlandırılmışlardır⁶⁴⁹.

Yargı, bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi müesseseler yoluyla, ahlaki ve sosyal politikaya ilişkin uyuşmazlıkları çözme konusunda elverişsiz bir kuruma dönüşebilmektedir. Yargıçların mesleki deneyimleri, hayat tecrübeleri, sosyal geçmişleri yargılama sürecinin sosyal verileri toplamada yetersizliği sonucunu doğurmaktadır⁶⁵⁰. Bu nedeler yargıçların temel hakları daha iyi koruyabilecekleri ihtimalinin gerçeği yansıtmayacağını kurumsal gerekçelerle ortaya koymaktadır.

Yargıçların, temel hakları kanun koyuculardan daha iyi koruyacaklarına dair varsayım aslında başka bir varsayıma ihtiyaç duyarak kendini mümkün kılabilir. *Mahkemeler, yürütme ve yasamaya kıyasla daha özgürlükçü bir tavır takınırlar. Bu varsayımı, ne ampirik ne de kavramsal olarak ispatlamak kolay görünmüyor. Tersine, bazı ülkelerde özellikle yargı organlarının hak ve özgürlükler konusunda oldukça tutucu, kısıtlayıcı ve baskıcı bir yaklaşım içerisinde oldukları bilinmektedir*⁶⁵¹. Bir başka husus ise hak taleplerini medyaya, kamuoyuna ve doğrudan kongreye ulaştırma imkânı olanların, mahkemeye seslerini ne ölçüde duyurabildiklerinin tespit edilememesidir⁶⁵².

⁶⁴⁹ Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, s. 1379-1380.

⁶⁵⁰ Smillie, J. (2006). Who Wants Juristocracy?, *Otago Law Review*, Vol. 11, Issue 2. s. 184.

⁶⁵¹ Arslan, Z. (2008). s. 31.

Hakyemez'in Türk Anayasa Mahkemesine dair bu konudaki eleştirisi şu şekildedir:

"... Anayasa Mahkemesi çoğulcu demokrasinin bir kurumu olarak benimsenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarına bakıldığında, istikrarlı bir şekilde böyle bir sonuca ulaşmak zor. Elbette ki Anayasa Mahkemesi'nin kararları arasında gerçekten demokratik hukuk devletindeki işlevi ve konumu ile bağdaşan mükemmel kararlar bulunmaktadır. Ancak bu biçimdeki kararların çok fazla olduğunu ve her konuda böyle kararların alınabildiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Mahkeme'nin siyasal sistem içerisinde bürokratik vesayetçi anlayışın sürdürülmesi noktasındaki özel önemi dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi kararlarının özgürlüklerin gerçek anlamda parlamento karşısında güvencesi olmaktan ziyade başka endişeleri taşıdığı rahatlıkla görülebilmektedir. Bu biçimdeki sonuç da Anayasa Mahkemesi'ni çoğulcu demokrasinin bir kurumu olma noktasında "sorunlu" hale sokmaktadır.

Sözgelimi Anayasa Mahkemesi'nin, çoğulculuğu sağlama bağlamında, düşünce özgürlüğü noktasında fevkalade mükemmel içtihatlar sergilemesi gerekir. Yine çoğulculuğun bir boyutu olarak siyasal parti özgürlüğü noktasında kendisinden özgürlükçü yaklaşımlarla hareket etmesi beklenir. Fakat uygulamanın hiç de öyle olmadığı, Mahkeme kararlarında çok bariz biçimde göze çarpmaktadır."

Hakyemez, Y. Ş. (2011). *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Ece Göztepe, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. s. 206.

Benzer şekilde Hirschl, anayasa yargısının hakları geniş yorumlamadan ziyade, Mısır, Pakistan, Türkiye ve İsrail'deki uygulamasının "anasayal teokrasi" olarak adlandırmakta ve mahkemeleri siyaseti sekülerleştirme misyonu olan aktörler olarak tanımlamaktadır. Hirschl'in detaylı analizi için bkz. Hirsch, R. (2009). Juristocracy vs. Theocracy: Constitutional Courts and the Containment of Sacred Law, *Middle East Law and Governance: An Interdisciplinary Journal*, Vol. 1. s. 140.

⁶⁵² Garvey, J. H., Aleinikoff, T. A., Farber, D. A., vd. (2004), *Modern Constitutional Theory: A Reader*, Fifth Edition, St. Paul: Thomson West, s. iii'ten aktaran Dede, K. (2014). Anayasal Yargının Demokratik

Sonuç olarak, bir kurumun atanmışlardan oluşması, siyasi sorumluluğunun olmaması, bağımsız ve tarafsız olması vb. gibi etkenlerin her birisi yargılama faaliyetinin adil bir biçimde yapılacağına karine teşkil etse de kurumun hakları daha fazla koruyacağı açısından aynı şey söz konusu değildir. Aksine, yukarıda işaret edildiği üzere Waldron benzeri akıl yürütmeye, halkın hakları sözkonusu olduğu için, hesap verebilir mekanizmaların bu hakları daha fazla koruyacakları daha kuvvetli argümanlarla savunulabilir.

2.3. Waldron: Tüm Hakları Mümkün Kılan Hak Olarak Siyasi Katılım Hakkı

Waldron, siyasi katılım hakkına ilişkin görüşlerini William Cobbett'in⁶⁵³ 1829 tarihli bir mektubundaki "hakların hakkı" (*the right of rights*) ifadesinden ilhamla olgunlaştırmıştır⁶⁵⁴. Cobbett'a göre her insan için en yüce hak, hakların hakkı olan, boyun eğmek zorunda oldukları kanunların yapılmasına katılım hakkıdır⁶⁵⁵. Bu ifadeyi benimseyen Waldron'a göre siyasi katılım hakkının, haklar teorisindeki bu özel rolü, diğer haklardan ahlaki önceliği olmasından kaynaklanmamaktadır. Makul hak sahiplerinin hangi haklara sahip oldukları hususunda uzlaşmadıkları hallerde, bu sorunun özel olarak siyasi katılım hakkının uygulanmasıyla çözülebileceği inancı, katılım hakkını "hakların hakkı" yapmaktadır⁶⁵⁶. Yazarın düşüncesi, haklar arasında bir hiyerarşi değildir⁶⁵⁷. Yalnızca hakların hakkı olarak tanımladığı siyasi katılım hakkının karşısında duran tüm engel ve sınırlamaların kaldırılmasıdır. Yasama yetkisinin genelliğinin radikal bir savunusu olan bu görüşleriyle yazar,

Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, s. 137.

⁶⁵³ 1763-1835 yılları arasında yaşamış olan Cobbett Sanayi Devrimine damgasını vurmuş bir gazeteci ve ömrünün son yıllarında da avam kamarası (*house of commons*) üyesidir.

<http://global.britannica.com/biography/William-Cobbett-British-journalist> (erişim: 10.12.2015)

Cobbett'in hayat kronojisi için bkz. Nattrass, L. (1995). *William Cobbett: The Politics of Style*, Cambridge: Cambridge University Press. s. xi-xiii.

⁶⁵⁴ Waldron, J. (1998). Participation: The Right of Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 98. s. 307.

⁶⁵⁵ Cobbett, W. (*Advice to Young Men And (Incidentally) to Young Women in the Middle and Higher Ranks of Life. In a Series of Letters, Addressed to a Youth, a Bachelor, ... Husband, a Father, a Citizen, or a Subject.* Letter VI: To The Citizen, Library of Alexandria yayını Kindle versiyonu. Paragraf: 336.

<http://www.amazon.com/Incidentally-Letters-Addressed-Bachelor-Subject-ebook/dp/B004TRVYPU> (erişim: 10.12.2015)

⁶⁵⁶ Waldron, J. (1998a). s. 307.

⁶⁵⁷ Gülener, Waldron'ın dolaylı olarak haklar arasında hiyerarşi yaptığı görüşündedir:

"Katılma hakkı, bireyin otonomisinin bir sonucu olduğu için aynı zamanda demokrasinin esasına ilişkin bir değeri temsil etmektedir. Dolayısıyla da diğer hakların ortaya çıkabilmesi için gerekli ortamın gerçekleştirilebilmesinin de bir öncülünü oluşturmaktadır. Bu noktada, Waldron ister istemez haklar arasında bir hiyerarşi oluşturmakta ve bunların en üstüne katılma hakkını yerleştirmektedir."

Gülener, S. (2012). s. 186.

temel hak ve hürriyetlerin anayasalarda yer almasına da itiraz etmektedir⁶⁵⁸. Çünkü temel hak ve hürriyetlere ilişkin modern kuramların tamamı siyasi katılım hakkına vurgu yapmaktadır ve 1789'dan bu yana siyasi katılım haklarının özü bu şekilde anlaşılmaktadır⁶⁵⁹.

İnsan Hakları teorisyenlerinin de içinde olduğu geniş bir kesim, insan hakları bildirgesinin (*Bill of Rights*) kurumsallaşarak Amerika'daki gibi anayasa yargısı pratiğinin kabulünü tuhaf bir biçimde desteklemektedirler. Modern insan hakları teorilerinin tamamı, sıradan erkek ve kadınların kendi hayatlarını diledikleri gibi yaşama tasarruflarına saygı gösterilmesi üzerine kuruludur. İbadet hürriyeti, yaşama hakkı, ifade hürriyeti, sözleşme hürriyeti, mülkiyet hakkı, seyahat özgürlüğü, mahremiyet gibi temel haklar da modern insan hakları teorisinden ürenmektedirler. Siyasi hayata, oy, düşünce, parti kurma ve adaylık ile katılma gibi demokratik haklar da temel hakların bir görünümüdür. Temel hakların anayasada yer alması ve anayasa yargısının kabul edilmesi, aslında temel hakları tehlikeye atmaktadır⁶⁶⁰. Siyasi karar alımlarında, kurumsallaşmış (anayasallaşmış) haklar, bu kararların hukuki sınırlarını ihtiva etmektedir. Bu sınırın aşılıp aşılmadığını tespit ve açıklama görevi ise mahkemelere bırakılmaktadır⁶⁶¹. Oysa insan, bireysel olarak hakların taşıyıcısıdır, aynı nedenle siyasi sorumluluklarının da farkındadır. Her birey, onur ve özerklik bahşedilmiş potansiyel bir ahlak öznesidir ve onlara kendi kendilerini yönetmeleri hususunda toptan güvenmek gerekir⁶⁶².

Siyasi kararlar alınırken, tek bir oyun sonuca etkisi önemli gibi görünmese de, bireylerin oluşturduğu kitlelerin oyu için aynı şey söylenemez. Siyaset ciddi bir iştir ve modern toplumlarda gıda, sağlık, barınma ve eğitimden, kanun yapımına; özgürlüklerden, uluslararası ilişkilere, savaş ve barış haline dair kararlara değin

⁶⁵⁸ Waldron'ın bu görüşleri yasama fonksiyonunun özellikleri olan yasama yetkisinin genelliği, asliliği ve devredilmezliği ile yakından ilgilidir. Özellikle yasama yetkisinin genelliğinin bir anlamı olan, kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olması ifade edilmektedir. Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Cilt 1. s. 822-824.

⁶⁵⁹ Turhan, M. (2010). Jeremy Waldron'a Göre Siyasal Katılım Hakkı, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 21. Kitap, (Haz. Ökçesiz, H. ve Uygur, G.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. s. 259.

⁶⁶⁰ Waldron, J. (1993). s. 49.

Yazar burada aynı zamanda İngiltere'de yazılı anayasa isteyen Charter88 hareketini eleştirmektedir. 2011 yılında sona eren Charter88 hareketi faaliyetlerine "Unlock Democracy" adlı oluşum içerisinde devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unlockdemocracy.org/>

⁶⁶¹ Waldron, J. (1993a). *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, New York: Cambridge University Press. s. 404.

⁶⁶² Waldron, J. (1993). s. 28.

her şey siyasi karar alım süreçleri neticesinde şekillenmektedir⁶⁶³. Demokratik usullere uygun bir şekilde oluşturulmuş parlamentonun yaptığı kanunların, anayasa yargısı tarafından iptal edilebilmesi, önemli bir bireysel hak olan demokratik kendi kaderini tayin hakkının (*a right to democratic self-determination*) reddi anlamına gelmektedir⁶⁶⁴. Yargı erkinin böyle bir yetkiyle donatılması, temsil kurumlarının etkisizleştirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Sıradan kadın ve erkeklerin demokratik katılımı sorunuyla ilgilenen herhangi bir hak eksenli teorisinin de bu durumu uygun bulmaması gerekir⁶⁶⁵.

Waldron'a göre anayasa yargısı iki noktada tenkide açıktır. İlk olarak anayasa yargısı, vatandaşlar haklara dair uyuşmazlık içindeyken onların dikkatlerini dağıtmakta ve sorunu içtihat, mevzuat ve yorum merkezinde ele almaktadır. İkincisi ise anayasa yargısının demokratik meşruiyetten yoksun olmasıdır. Seçimle iş başına gelmemiş ve siyasi sorumluluğu olmayan az sayıda yargıca karar verme yetkisi verilerek, imtiyaz tanınmaktadır. Sıradan vatandaşları bu haklarından mahrum eden⁶⁶⁶ anayasa yargısı netice itibarıyla temsil ilkesini ve siyasi eşitliği bir kenara itmektedir⁶⁶⁷.

Waldron, sonuç merkezli yaklaşımları reddederken meşru kararlar için sürecin önemine işaret etmektedir. Anayasa yargısı sıklıkla çoğunlukçu demokrasinin süreçlerinden geçen kararların adil olmayan ya da zalimane (*tyrannical*) sonuçlar doğurma ihtimaline binaen savunulmaktadır. Bu ihtimalin gerçekleşme ihtimali de bulunmaktadır. Ancak anayasa mahkemeleri de kendi iç işleyişlerinde çoğunluk oylarıyla karar almaktadır. Bu anayasa yargısının paradokslarından bir tanesidir⁶⁶⁸. Bir süreç demokratikse ve doğru sonuçlar çıkıyorsa bu herkes için adildir. Süreç demokratik değilse, sıradan vatandaşların sürece katılım ihtiyaçlarına karşı doğal olarak ve kesin suretle adaletsizlik yapılmış demektir. Bu adaletsiz süreç neticesinde alınan karar doğru olsa da olmasa da bu yolla sistem tiranlaşmış olmaktadır⁶⁶⁹.

⁶⁶³ Waldron, J. (1998a). s. 316.

⁶⁶⁴ Sadurski, W. (2002). s. 279.

⁶⁶⁵ Waldron, J. (1993). s. 42.

⁶⁶⁶ Yazar burada “disenfranchise” kelimesini kullanmaktadır. Kelime aynı zamanda “oy hakkını kullandırmamak” anlamına gelmektedir.

⁶⁶⁷ Waldron, J. (2006). s. 1353.

⁶⁶⁸ Waldron, J. (1993). s. 33-34.

⁶⁶⁹ Waldron, J. (1993). s. 50.

Waldron'a getirilen itirazların bir tanesi de anayasa yargısının demokratik yollarla getirilmiş bir sistem olması üzerinedir. Bu itiraza yanıt vermenin kolay olmadığını teslim eden yazar, demokratik bir şekilde kabul edilen anayasa yargısı sisteminin dahi bu yolla demokratik meşruluğunun sağlanmamış olduğu kanaatini sürdürmektedir. Radikal demokrasi taraftarları, bu yolla anayasa yargısını meşrulaştırabilecektir. Ancak yazar burada radikal demokrasi savuncularından ayrılır. Ona göre, halk oylarıyla diktatörlüğü denemek istediğinde, demokrasinin ilkeleri bize buna müsaade etmemiz gerektiğini söyleyebilir. Ancak bu diktatörlüğün demokratik olduğu anlamına gelmez⁶⁷⁰.

Anayasa yargısının meşruluğuna ilişkin literatürde, meşru olduğu görüşünü savunan Dworkin karşısında meşru olmadığı yönündeki fikirleriyle Waldron iki kutup oluşturmaktadır ve düşünürlerin görüşleri karşılıklı reddiyeleriyle berraklaşmıştır⁶⁷¹. Yazarın demokrasi ile anayasa yargısı karşıtlığındaki tutumu da en açık şekliyle "*Summa Contra Dworkin*" başlığı altında Dworkin'e verdiği yanıtta ifade edilmektedir.

"Dworkin şu üç hususta haklıdır, (1) Demokrasi ile haklar arasında önemli bir bağlantı bulunmaktadır. (2) Bazı bireysel hakların varlığı çoğunluk kararının meşruluğunun şartları olarak kabul edilmektedir. (3) Şayet insanlar demokrasinin şartlarına dair uyuşamıyorlarsa, çoğunluk kararının meşruluğuna başvurmak bir "mantık hatasıdır"⁶⁷².

(4) İnsanların demokrasi şartlarına dair uyuşmazlıklarını çoğunluk kararıyla meşru bir biçimde gidermelerinde mantık hatası mevcutsa, aynı mantık hatası bu uyuşmazlığın anayasa yargısı tarafından (veya

⁶⁷⁰ Waldron, J. (1998). s. 272.

⁶⁷¹ İki düşünürün karşılaştırmasına dair Türkçe çalışma için bkz. Uluşahin, N. (2008). ss. 106-118.; İngilizce bir çalışma için bkz. Sadurski, W. (2002). ss. 275-299.

⁶⁷² Burada döngüsel nedenselleştirme olarak Türkçe'ye çevirilen "*question-begging*" (*beg the question*) kavramı kullanılmaktadır. Bir manası da "Döngüsel Muhakeme" (*circular reasoning*) olan kavram, kendi kendini kanıtlayan önerme anlamına gelmektedir.

Bir örnekle şöyle açıklanmaktadır:

"Bill: Tanrı vardır.

Jill: Nereden biliyorsun?

Bill: Kitab-ı Mukaddes öyle söylüyor.

Jill: Neden Kitab-ı Mukaddes inanmalıyım?

Bill: Çünkü Kitab-ı Mukaddes Tanrı tarafından yazılmıştır."

<http://www.nizkor.org/features/fallacies/begging-the-question.html> (Erişim Tarihi: 11.12.2015)

Demokrasinin şartlarına dair uyuşulamıyorsa bu sorunun çözümünü bu şartların sonucu olan Çoğunluk Kararına bırakmak döngüsel nedensellik veya mantık hatasıdır.

Bkz. Dworkin, R. (1996). s. 18.

herhangi bir siyasi süreçle) giderilmesinde de mevcuttur. (5) İnsanların demokrasi şartlarına dair uyuşmazlıklarını çoğunluk kararıyla meşru bir biçimde çözememelerinin mantıken hatalı olması, sonuç odaklı karar alım usulünün kabulünden başka bir şansımız olmadığı anlamına gelmez. (6) İnsanların demokrasi şartlarına dair uyuşmazlıklarını çoğunluk kararıyla meşru bir biçimde gidermelerinin mantıken tutarlı olduğu durumlarda, çoğunluk kararını kimse kendi davasında yargıç olamaz⁶⁷³ ilkesinden hareketle küçümsemek manasızdır.

Burada Dworkin'in Freedom's Law eserinde merkeze aldığı temel argümanlar karşısında şunları söylüyoruz: (7) Demokrasinin şartlarına yönelik demokratik olmayan kurumlardan gelen dayatmalar (bu dayatmalar doğru ve hatta demokrasiyi geliştirebilecek nitelikte olsa dahi) kaçınılmaz olarak demokrasinin kaybı anlamını taşımaktadır. (8) Anayasa yargısının, bir toplumdaki katılımcı siyasetin niteliğini arttıracığını düşünmek için hiçbir sebep yoktur. (9) Anayasa yargısının benimsenmesinin Amerika Birleşik Devletlerini (veya başka bir toplumu) bu uygulamanın olmadığı halden daha adil yapıp yapmadığı şüphe götürür bir meseledir.⁶⁷⁴

Waldron, tüm hakları mümkün kılan hak olarak gördüğü “siyasi katılım hakkı” karşısında duran ve onu zayıflatma ihtimali olan başta temel hakların anayasalarda yer almasına ve onların ölçü norm kabul edilerek anayasaya uygunluk denetimi yapılmasına itiraz etmektedir. İddiaları kendi içerisinde tutarlı gibi görünse dahi anayasa yargısının demokrasileri pekiştirme rolünü demokrasileri zayıflatılması sonucunu doğurması ihtimalinde daha fazla öne çıkarttığı göze çarpmaktadır.

⁶⁷³ Yazar burada “*nemo iudex in sua causa*” kavramını kullanmıştır.

Kavramın Amerika Yüksek Mahkemesine ve mahkemenin tarafsızlığına ilişkin ele alındığı güncel bir makale için bkz. Vermeule, A. (2012). *Contra Nemo Iudex in Sua Causa: The Limits of Impartiality*, *The Yale Law Journal*, Vol. 122, No. 2. ss. 314-521.

⁶⁷⁴ Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press. s. 302.

3. Anayasa Yargısında Yorum ve Demokratik Meşruluğa Etkisi

Yorum bilimine, sosyal bilimlerin tamamında özellikle de edebiyat, felsefe ve hukuk alanlarında sıklıkla başvurulmaktadır. Hukuk alanında özellikle hukuk felsefesinin yoğunlaştığı yorum konusunun detaylı tetkik ve tahlili çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Son yıllarda konuya ilişkin Türkçe hukuk literatüründe de pek çok eser telif edilmiştir. Çalışmamız içerisinde yorum konusu, anayasa normlarının somutlaşması esnasında yorumun kaçınılmazlığı, başlıca yorum metotları ve yorumda sınırla çerçevelendirilmiştir.

Anayasa yargısının yaygınlaşması ve jürisprüdansiyel anayasa hukukunun gelişmesi yorum teorsinin anayasa hukuku alanında pratik bir önem kazanmasına sebep olmuştur⁶⁷⁵. Montesquieu'nun iddia ettiği üzere hâkimler yalnızca kanunları söyleyen ağızlar olsalardı, ya parlamentolar anayasaya aykırı kanun yapamayacaklarından dolayı anayasa yargısına ihtiyaç olmazdı ya da anayasa herkes için aynı manaya geldiği için, anayasaya göre kanunların denetlenmesinin meşruiyeti hiçbir zaman sorun teşkil etmezdi⁶⁷⁶. Anayasaların yoruma ihtiyaç duymayan metinler olması halinde anayasa mahkemelerinin birden ziyade üyesinin olması veya şayet birden fazla üyesi varsa oy birliğiyle karar almak yerine oy çokluğuyla karar almaları da anlamsız kalacaktır. Oysa her metin gibi anayasalar da yoruma muhtaçtır, hatta sair mevzuata göre daha soyut düzenlemeler ihtiva eden anayasaların daha fazla yoruma ihtiyaç duydukları dahi iddia eilebilir.

Normlar hiyerarşisinde üste doğru gidildikçe normlar soyutlaşmaktadır. En üstte yer alan anayasalar, en soyut normları ihtiva ederler. Bu nedenle anayasa hükümlerinin pek çoğu doğrudan uygulanabilir değildir. Uygulanabilmeleri için somutlaştırılmaları gerekir, somutlaştırmak da ancak yorumla mümkündür⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Çağlar, B. (1984). Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizim Katkıları, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 5, S. 1-3. s. 4.

⁶⁷⁶ Montesquieu'ya göre hâkimlerin kanunlars kelimesi kelimesine sadık olmaları gerekmektedir. Yorum yapmalarını gerektirecek hiçbir alan bulunmamaktadır. Bu nedenle düşünür hâkime “kanun metinlerini okuyacak bir çift göz ve sözleri söyleyecek bir ağız”ı yeterli görmüştür.

Gürkan, Ü. (1988). Montesquieu ve Kanunların Ruhu (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme), *Ankara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1-4. s. 29.

“Hâkimlerin kanuna bağlı olmasından maksat, onun bir makine ya da bir bilgisayar programı gibi hareket etmesi değildir. Kanunun yorumlanması ve soyut kuralın somut olaya uygulanmasında hâkime kritik bir görev verilmiştir. Aslında hâkime bağımsızlık içinde “düşünme yükümlülüğü” verilmiştir.” Yavuz, B. (2012). *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 68.

⁶⁷⁷ Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları, s. 1.

“Hukuk kuralı, bu metnin kendisi değil, onun anlamıdır. Bir “metin”, beyaz üzerinde siyah harflerin bir araya gelmesinden oluşur. Böyle bir metin, ne anlama geldiğini kendisi söyleyemez. Her metin gibi, hukuk kuralı koyan metinlerin de okunması ve anlamının tespit edilmesi gerekir ki, işte bir metnin okunup ne anlama geldiğinin söylenmesine “yorum” denir.”⁶⁷⁸

Umberto Eco’nun aktardığı gibi, bir metnin doğru tek bir anlamı yoktur⁶⁷⁹. Yorumla aynı metne farklı kişiler farklı anlamlar verebileceği gibi aynı kişiler farklı zamanlarda farklı anlamlar da verebilir. Bu farklı anlamlardan biri diğerine tercih edilebilir gibi görünse de, tercih edilenin doğru diğerlerinin yanlış olduğu sonucuna varılamaz. Bir metnin farklı anlamlara gelebilmesi anayasalar için de geçerli olup sonuçları itibarıyla daha etkilidir. Gerçekten de anayasayı yorumlayan yargıçlar, bir romanı veya şiiri yorumlamıyor anayasayı açıklıyorlar ve onların bir yorum hatası edebiyat eleştirilerinden farklı olarak ciddi sonuçlar doğurabiliyor⁶⁸⁰.

Şu halde “anayasa nedir” sorusuna verilen cevap da yorum faaliyetinden ötürü değişkenlik göstererebilecektir. Bu soruya verilmiş en meşhur cevap, Charles Evans Hughes’un “Anayasa, yargıçların ne olduğunu söylediği şeydir” sözüdür⁶⁸¹. Gerçekten de bir normun nihai anlamı, yargılama esnasında hükme hâkimin yüklediği mana ile şekillenmektedir⁶⁸².

Hughes’un yaklaşımı Türkiye’de de yankı bulmuş; Türk Anayasa Mahkemesi 30.05.2007 tarihinde kamuoyuna duyurduğu açıklamayla

Aliefendioğlu, somutlaştırma (concretisation) ile yorumu (interpretation) ayırmış, yorumlamayı somutlaştırmanın bir ön işlemi olarak kabul etmiştir. Yazara göre “Yargıç, yorumlama sonucunda bulunduğu seçenekler arasında en doğru olduğuna inandığı ve yeğlediğini somut olaya uygular (somutlaştırma)... Yorumlama ile somutlaştırma arasındaki ayrılık niteliklerinden çok, derecelerindedir.”

Aliefendioğlu, Y. (1996). *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 175.

⁶⁷⁸ Gözler, K. (2013). Yorum İlkeri, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Yay. Haz. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 17.

⁶⁷⁹ Eco, 1990 senesinde Cambridge Üniversitesinde sunduğu “Yorum ve Aşırı Yorum: Dünya, Tarih ve Metinler” başlıklı tebliğinde Paul Valéry’ye atıfla “il n’y a pas de vrai sens d’un texte” (there is no true sense of a text) yorumun önemini bu şekilde belirtmiştir.

Eco, U. (1992). Interpretation and History, içinde *Interpretation and Overinterpretation*, ed. Collini, S. Cambridge: Cambridge University Press. s. 35. Eserin Türkçe çevirisi için bkz. Eco, U. (2013). *Yorum ve Aşırı Yorum*, (çev. Atakay, K. S.), 7. Baskı, İstanbul: Can Yayınları.

⁶⁸⁰ Den Otter, R. C. (2009). *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, New York: Cambridge University Press, s. 3.

⁶⁸¹ Hughes, C. E. (1908). *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York 1906-1908*, New York ve London: The Knickerbocker Press s. 139. (*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, ...*)

Kitap tam metin olarak archive.org’da mevcuttur.

<https://archive.org/stream/addressespaperso00hugh#page/n0/mode/2up> (erişim:25.12.2015).

⁶⁸² Yavuz, B. (2012). *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 67.

*“Anayasa’nın yorumlanması yetki ve tekelinin sadece Anayasa Mahkemesine ait olduğu, bunun dışında kalan sübjektif itham ve beyanların hukuksal bir değerinin bulunmadığı”*nı ilan ederek bu yaklaşımı benimsemiştir⁶⁸³. Şu halde anayasanın yorumlanması zorunluluğu ile bu yorumun kim tarafından, hangi metotlarla, ne gibi sınırlar içerisinde yapılacağı önem kazanmıştır.

Çağdaş görüş ise, gelenekselin aksine, hukukun yargıcın yorumu ile somutlaşacağını kabul ederek, hukukun uygulanması ile yorumlanmasının ayrılamayacağı üzerine inşa edilmiştir⁶⁸⁴. Bu yapıyı yalın bir anlatımla Uzun, “hukuk yorumdur” şeklinde ifade etmiştir⁶⁸⁵.

Anayasa yargıcının yorumu diğer mahkemelerin aksine normlar hierarşisinde en üstte yer alan normu yorumlaması nedeniyle herkesi bağlamaktadır. Ayrıca anayasa yargıcı salt hukuki/anayasal bir değerlendirmeye kararını verse dahi, alınan karar mutlaka siyasal yaşamda ve siyasal aktörler üzerinde etki yarattığı için kaçınılmaz olarak siyasal alanda sonuç doğurucu niteliktedir⁶⁸⁶.

Özbudun, anayasa yargısının meşruluğunu güçlendirecek yöntemleri ikiye ayırmakta; ilk olarak bir sonraki alt başlıkta inceleyeceğimiz anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısındaki demokratikleşmeyi işaret ederken, ikinci olarak da burada ele almaya çalıştığımız, özellikle temel siyasal tercihleri ve değer

⁶⁸³ Türk Anayasa Mahkemesi’nin 30.05.2007 tarihli açıklamasını aktaran Arslan, Z. (2008). Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 60-61.

⁶⁸⁴ Aliefendioğlu, Y. (1995). Anayasal Yargıda Yorum, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28, S. 3, s. 3.

⁶⁸⁵ Uzun, E. (2014). Hukuk Yorumdur, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 1, ss. 99-104.

“‘Hukuk, yorumdur.’ Bu, hukuk hakkında bir iddiadır. Bir şeyin, başka bir şey olduğunu söylemektir. İndirgeyici bir ifadedir. Öyleyse, prima facie, yanlıştır. Zira bir şey ancak kendisi olabilir, başka bir şey değil. Bir şeyin başka bir şey olduğunu söylemek, eğer doğru olacaksa, bu iki şey arasında bir kaplam-iclem, parça-bütün ilişkisi iddia etmek olabilir. Yahut da söylenen, bir şeyin asli unsurunun, yapıtaşının, hakiki mahiyetinin başka bir şey olduğudur. ‘Hukuk, yorumdur’, hukuka dair bir anlayışın ancak yorum kavramı öne çıkarıldığı takdirde kâmil bir anlayış olabileceğini iddia ediyor.

İndirgeyici ifadeler yanlıştır. İndirgeyici ifadeler, elmalarla armutları eş gösterir: ikisi de meyvedir; ikisi de ağaçta yetişir; ikisi de vs. vs. Hermenötik bize, tanımlardan kaçmayı öğretir. Çünkü tanımlar indirgeyicidir. İndirgeyici olmayan ama doğruluğundan şüphe de duyulamayan tanımlar totolojidir. Ama totolojiler hiçbir şey öğretmez. Anlayışımız tanımlarla derinleşmez. Hermenötik bize sözcüklerin, cümlelerin ve paragrafların; kişilerin ve grupların; olayların ve durumların; çevrelerine ve tarihlerine bakmayı öğretir.” s. 99’dan naklen.

⁶⁸⁶ Gülsoy, M. T. (2007). s. 240.

yargılarını ilgilendiren alanlarda anayasa mahkemelerinin yorum yoluyla kendilerini sınırlandırmaları gerektiğine işaret etmektedir⁶⁸⁷.

3.1. Anayasayı Yorumlama Gerekliliği ve Hermeneutik

“On İki Olimposlu” (*Twelve Olympian*) Tanrıdan biri olan Hermēs, Tanrıların kralı olan Zeus’un hem oğlu hem de mesajlarını insanlara taşımakla görevli olan Tanrıdır⁶⁸⁸. Hermeneutik⁶⁸⁹ kavramı, Tanrı Hermes’in mesajları ileten elçi olmasından gelmektedir. Hermeneutikle başka bir dünyaya ait anlam bağlamı, o an içinde yaşanan dünyaya aktarılmaktadır⁶⁹⁰. Palmer’a göre her zaman iki dünya mevcuttur. Bunlar metnin dünyası ve okuyucunun dünyasıdır. Böyle olduğu için her zaman metni bir dünyadan diğerine tercüme edecek Hermes’e ihtiyaç vardır⁶⁹¹.

Hermeneutiğin ana konusu, tarihsel, dinî ve edebî metinleri de ihtiva edecek şekilde en genel anlamıyla “metin yorumu sorunu”dur⁶⁹². Bu ihtiyaçlara cevap vermek için hermeneutik 19. Yüzyıla kadar daha ziyade teolojik anlamda, kutsal metinleri anlamlandırma ve tefsirde kullanılmıştır⁶⁹³. Sosyal bilimler literatüründe hermeneutiği bugün kullanılan terim anlamıyla ilk olarak kullanan kişi Schleiermacher’dır⁶⁹⁴. 18. Yüzyıl sonlarında, bugün hermeneutikte geleneksel yaklaşımı temsil eden Schleiermacher (1768-1834), metin analizinde anlama faaliyetine ve bu faaliyetin şartlarına ilişkin bir “bilim” ya da “sanat” olacak şekilde genişlemesini sağlamıştır. Böylelikle hermeneutiğin alanı, artık özellikle belli bir

⁶⁸⁷ Özbudun, E. (2015). s. 50-51.

⁶⁸⁸ Partridge, E. (2006). *Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English*. London: Routledge, 2006, s. 1416 “herma” maddesi.

⁶⁸⁹ “Hermeneutik” Türkçe yazında “hermenoytik” veya “hermenötik” olarak da kullanılmaktadır. Kavrama ilişkin Türkçe monografiler ile Gadamer gibi kavramla ismi anılan düşünürlerin çevirilerinde ya orijinal hali “hermeneutik” ya da Türkçe okunuşu olan “hermenoytik” tercih edilmektedir. Biz Türkçede de tercih edildiği için kavramı olduğu gibi, “Hermeneutik” olarak kullanmayı tercih ediyoruz.

⁶⁹⁰ Gadamer, H. G. (1995). *Hermeneutik, Hermeneutik (Yorumbilgisi) Üzerine Yazılar: Gadamer, Habermas, Misch, Riedel, Ballnow, Japp*, çeviren ve derleyen: Özlem, D. Ankara: Ark Yayınları, s. 11.

⁶⁹¹ Palmer, R. E. (1980). *Hermeneutics Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, 5. Baskı, Evanston: Northwestern University Press. s. 31

⁶⁹² Konuya ilişkin genel çerçeveyi çizen bir çalışma için bkz. Kılıç, M. (2005). Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, haz. Ökçesiz H. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 90-101.

⁶⁹³ Ebu Zeyd, N. H. (2014). Hermenötik ve Metin Yorumu, çev. Coşkun, M. *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 46, s. 237.

⁶⁹⁴ Saygın T. (2011). Sosyal Bilimlerin Doğası ve Hermeneutik, VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi “Toplumsal Dönüşümler ve Sosyolojik Yaklaşımlar” Bildiri Kitabı, (Yay. Haz. Akdağ, M. ve Artar, F. Aydın), Adnan Menderes Üniversitesi Yayınları, s. 105.

bilimin hizmetinde olamayacak şekilde genişlemiş; anlama ve dolayısıyla yorumlama eylemini inşâ edecek müstakil bir “bilim” olarak kabulü sağlanmıştır⁶⁹⁵.

Schleiermacher yorumcuya metni yazarın kast ettiği şekilde anlama vazifesi yüklemiştir:

“Schleiermacher’a göre, yorumcu, metnin yazarının kastettiği şeyi (düşündüğünü) sonuna kadar düşünmekle yükümlüdür. Yorumcunun görevi yazarı kendisinden daha iyi anlamaktır. Bunun için de, yorumcunun kendini bütünüyle yazarın konumunda tasavvur etmesi gerekir. Bunun en geçerli yolu ise, kendini yazarın psikolojisine yerleştirmektir. Bununla amaçlanan şey, metnin daha iyi bir anlayışına ulaşmak değil; yazarın, metni yaratırken bilincinde olmayan şeyleri de bilince çıkarmaktır.”⁶⁹⁶

Schleiermacher metni yazarından bağımsız bir şekilde ele almamakta, yorumcuyu da yazarı anlamakla mükellef tutmaktadır⁶⁹⁷. Schleiermacher’ın açtığı yoldan ilerleyen Dilthey, psikolojist yaklaşımı devralarak, yorumcunun yapması gerekenin kendini yazarın psikolojisine yerleştirmek olduğunu savunmuştur⁶⁹⁸. Dilthey, anlamının ancak insanın duygudaşlık yoluyla gerçekleştirebileceğini ileri sürmüştür. Duygudaşlık, insanın başka bir insanı veya bir başkasının deneyimlediği bir olayı ya da geçmişi anlayabilmek için, söz konusu deneyimi kendi içinde hissetmesi anlamına gelir⁶⁹⁹. Bu anlamayı olanaklı kılan temel etken Dilthey’in anlama kuramında önemli bir yer tutan “nesnel tin”dir. Bu yaklaşıma göre anlama, “ben”in kendisini “sen”in içinde tekrar bulması şeklinde gerçekleşir⁷⁰⁰. Alman tarih okuluna mensup Dilthey’e göre anlam sabit ve durağan değildir,

⁶⁹⁵ Ebu Zeyd, N. H. (2014). s. 243.

⁶⁹⁶ Sancar, M. (1996). *Temel Hakların Yorumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi. s. 29.

⁶⁹⁷ Schleiermacher’ın hermeneutik anlayışı şöyle özetlenebilir:

“• yorum, gramatik ve psikolojik olmak üzere iki aşamadan oluşur. Psikolojik yorum, fikirlerin doğuşuna; gramatik yorum ise bunların metinle olan ilişkilerine ya da metin üzerine ne şekilde yansydıklarına ilişkindir, • metnin anlaşılması için metnin yazıldığı kültürün de anlaşılması gerekir, • anlama konusunda hermeneutik bir döngü vardır, • düşünce ve bunun dile getirilişi eşzamanlıdır.”

Boyar, O. (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi. s. 8

⁶⁹⁸ Sancar, M. (1996). s. 29.

⁶⁹⁹ Vanleene Acar, S. M. (2012). Wilhelm Dilthey’da “Anlama” Üzerine, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1, s. 164.

⁷⁰⁰ Öztürk, E. (2009). Hermeneutik Tarihsel Dönüşümü, *Zeitschrift für die Welt der Türken*, Vol. 1, No. 2, s. 162.

zaman içerisinde değişir. Ancak anlam ortaya çıktığı şartlarla bağlı olarak tarihseldir ve yorumcu bu manasıyla bağlama sadık kalmalıdır⁷⁰¹.

Hermeneutikte geleneksel dönemin sonu ve çağdaş dönemin ilk nüveleri Heidegger’de ortaya çıkmış, öğrencisi Gadamer’le çağdaş kimliğini bulmuştur. Yorumcuyla metin arasındaki ilişkiyi hermeneutik döngü olarak tasvir eden Gadamer’e göre hermenötik döngü metodolojik değil ontolojiktir ve anlamının bir ontolojik yapı momentini tasvir eder⁷⁰². Ontolojik olmasının sonucu olarak metin yazıldıktan sonra yazarından ve yazıldığı koşullardan bağımsız bir hüviyet kazanır, yazılmasıyla birlikte “yaşayan” bir varlık haline gelir⁷⁰³. Felsefi yorumbilimin (*philosophical hermeneutics*) hukuk alanını etkilemesinin sonucu olarak yorumun hukukun ontolojisine ilişkin olduğu hatta hukukun bizatihi yorum içi olduğu tezi çağımızda kabul görmektedir⁷⁰⁴.

3.2. İki Yorum Metodu: Klasik Yorum Anlayışı Karşısında Çağdaş Yorum Anlayışı

Hukuk kurallarının yoruma muhtaç olmadığını savunan Montesquieu’nun hâkimlerin yasaları teleffuz eden ağızlar olarak tasavvur etmesi anlayışı terk edilmiş, yasaların yorumlanması gerektiği hususu genel kabul görmüştür. Yargıç artık “kanunkoyucunun ağızı” değil, normu yorumlayarak, uyarlayarak ya da yeniden tasarlayarak somutlaştıran ve böylece siyasal ve toplumsal yaşamı etkileyen kiřidir⁷⁰⁵. Hiçbir hukuk sistemi yorum dışında kalamamıřtır⁷⁰⁶. Yorumlama zarureti hususunda mutabık kalınıncaya, yorumun nasıl yapılacağı hususunda klasik ve çağdaş yorum anlayışları ortaya çıkmıştır.

⁷⁰¹ Palmer, R. E. (1980). s. 119-120.

Dilthey’in hermenötik düşüncesi şöyle özetlenebilir:

“• Doğa bilimleri, tin bilimleri ayırımından hareket ederek, hermeneutiğin alanını tüm tin bilimlerine yaymıştır.

• Anlama tin bilimleri için temel yöntemdir.

• Schleiermacher’deki psikolojik yaklaşımı, tarihsel yaklaşım yönüne çevirmiştir.

• Anlam tarihseldir ve anlama eylemi belirli bir tarihsel bağlamdan yola çıkılarak gerçekteleşir.”

Boyar, O. (2008). s. 12.

⁷⁰² Sancar, M. (1996). s. 66-67.

⁷⁰³ Sancar, M. (1996). s. 65.

⁷⁰⁴ Aktaş, S. (2011). Hukukta Yorum Çabaları, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3-4, s. 1-2.

⁷⁰⁵ Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Basım, s. 1.

⁷⁰⁶ Gaudemet, J. (1971). Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu, (Çev. Tahiroğlu, B.), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, s. 496.

Klasik yorum anlayışı, hermeneutiğin klasik dönemine referansla Schleiermacher'ın inşa ettiği Dilthey'in devam ettirdiği psikolojik yorum teorisinin, hukuki yorum teorisyenlerinin üzerindeki etkisiyle şekillenmiştir. Hermeneutik, gramatik ve psikolojik yorumu içerir. Ancak Schleiermacher'ın kişisel katkısı psikolojik yorumdur. O nihai noktada bir keşif süreci, bir kendini yazarın çerçevesi içine yerleştirme, bir eserin kompozisyonunun "iç kaynağını" kavrayıştır⁷⁰⁷.

Bu anlayışa göre hukukun yorumlanması, kuralın kapalı (*gizli*) anlamını ortaya çıkarma girişiminden başka bir şey değildir⁷⁰⁸. Her hukuki durum için uygulanabilir bir hukuk kuralı mutlaka mevcuttur. Hâkime düşen görev, gizli de olsa önceden beri bulunan kuralın anlamını ortaya çıkarmaktır⁷⁰⁹.

Hukukta klasik yorum anlayışının en güçlü savunucusu 1779-1861 yılları arasında yaşamış ve tarihçi hukuk ekolünün en önemli temsilcisi olan Friedrich Carl von Savigny'dir⁷¹⁰. Savigny, 1840 yılında kaleme aldığı 1867 yılında İngilizceye çevirilen "*Çağdaş Roma Hukukunun Sistemi*" başlıklı eserinde yoruma genişçe yer ayırmıştır⁷¹¹. Savigny'ye göre yazılı hukukun hakiki yorumu ancak yasalaşma sürecine başvurularak idrak edilebilir⁷¹². Bu bağlamda yorumcunun ilk okuyucu ile kendisini özdeşleştirmesinde metodolojik sorun görmeyen Schleiermacher'ın teorisine bağlı kalan Savigny, de ilk/orijinal anlam ile şimdiki hukuksal anlam arasında hiçbir çatışmanın olamayacağını öngörmektedir⁷¹³. Savigny böylelikle klasik hermeneutikteki Schleiermacher'ın psikolojik yaklaşımını hukuka yansıtmaktadır. O'na göre hâkimin yorumlamadaki temel görevi "*yasa koyucunun yerine geçip onun düşüncesine bürünmek ve yasa koyucunun faaliyetini suni bir biçimde tekrarlamak*"tan ibarettir⁷¹⁴. Savigny, hâkimin hatalı

⁷⁰⁷ Gadamer, H. G. (2008). *Hakikat ve Yöntem*, Cilt I, (çev. Arslan, H. (ing) ve Yavuzcan, İ. (Alm.)), İstanbul: Paradigma Yayınları, s. 259-260.

⁷⁰⁸ Aktaş, S. (2011). s. 3.

⁷⁰⁹ Gözler, K. (2011). C. I. s. 226.

⁷¹⁰ Heper, A. (2012). Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/1, s. 75. Ss. 71- 85.

⁷¹¹ Eserin Almanca özgün adı "*System des heutigen römischen Rechts*".

Eserin İngilizce ismi "*System of Modern Roman Law*".

Savigny, F. C. (1867). *System of the Modern Roman Law*, Almancadan İngilizceye çeviren: Holloway, W. Vol. I., Madras: J. Higginbotham Publisher. Yorumla ilgili kısımlar: s. 166-268.

Esere aşağıdaki linkten ulaşılmıştır:

https://books.google.ru/books?id=90jiAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (erişim: 12.01.2016)

⁷¹² Savigny, F. C. (1867). s. 167.

⁷¹³ Kılıç, M. (2011). Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.16, S.1, s. 66.

⁷¹⁴ Heper, A. (2012). s. 76.

gördüğü bir kanunu düzeltmesini yasaklamaktadır. Çünkü bu kanun koyucunun faaliyetidir. Gerek geniş gerekse de dar anlamda yapılan “yorum” kanuna dışarıdan bir şeyler kattığı için lanetlenmelidir. Bu gerçek anlamda yorum değil keyfiliktir⁷¹⁵.

Gadamer hermeneutiğin geleneksel yöntemine dolayısıyla da klasik yorum anlayışına sert bir biçimde karşı çıkmaktadır⁷¹⁶. Tarihçinin görevi yalnızca hukuki formülün ilk anlamını yeniden inşa etmek, hukukçunun görevi de yalnızca bu anlamı yaşayan gerçeklikle uyumlu hale getirmek değildir⁷¹⁷. Bu yaklaşımıyla ilkin Schleiermacher’ın sonrasında da takipçisi Dilthey’in tarihçi ve psikolojik hermeneutik anlayışına itiraz eden Gadamer, yorumun, yargıcın kendisini kanun koyucunun yerine koyarak yapılamayacağını şu şekilde gerekçelendirir:

“...önündeki metni, metindeki şeyleri sadece okumakla yetinen bir okuyucu da düşünülemez. Aksine, her okuma uygulamayı da içerir; öyle ki metni okuyan kişinin bizatihi kendisi de kavradığı anlamın içindedir. O anlamakta olduğu metne aittir. Okuduğu sırada metnin kendisine ifşa ettiği anlam hattı daima zorunlu olarak bir açık belirsizliği parçalar. O aslında gelecek kuşakların metinde okuduğu şeyi farklı şekilde anlayacaklarını kabul etmek zorunda kalır. Ve her okuyucu için geçerli olan şey tarihçi için de geçerlidir. Tarihçi tarihsel geleneğin bütünüyle ilgilenir; o eğer anlamak istiyorsa geleneğe şimdiki kendi varoluşuyla aracılık etmeli ve onu bu yolla geleceğe açmalıdır.”⁷¹⁸

Yargıç eliyle yasamanın iradesinden kopan yasaların olduğu bu anlayışta hukuk yorumdan başka bir şey değildir. Hukuk yorumdur yaklaşımından, yorum dikkate alınmadan hukukun hakkıyla anlaşılamayacağı; hukukun kurucu, yapıcı yahut yaratıcı unsuru/faktörünün yorum oduğu önermesi kastedilmektedir⁷¹⁹. Yani

⁷¹⁵ Kauffmann, A. ve Hassemer, W. (2003). Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi, (çev. Deren Yıldırım, N.) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul: Alkım Yayınları, s. 630-631.

⁷¹⁶ Gadamer’in Hermeneutiği ve çağdaşlarıyla ilişkisi için bkz. Hekman, S. (1999). Bilgi Sosyolojisi ve Hermeneutik: Mannheim, Gadamer, Foucault ve Derrida, çev. Arslan, H. ve Balkız, B. İstanbul: Paradigma Yayınları, s. 125-209.

⁷¹⁷ Gadamer, H. G. (2008). s. 90.

⁷¹⁸ Gadamer, H. G. (2008). s. 108-109.

⁷¹⁹ Uzun, E. (2014). s.100.

hukuk bağlamında yorumun kurucu (*constructive*) bir işlevi vardır ve maksadı “bir metnin anlamını keşfetmek” değil, “bir metnin anlamını inşa etmek”tir⁷²⁰.

Yorum, zorunlu olarak, birden fazla anlamın imkânına işaret eder. Her metin yoruma tabidir, zira yorum, anlam vermedir. Dolayısıyla her metne birden fazla anlam verilebilir⁷²¹. Her metnin birden fazla yoruma açık olması, çetin bir sorunu, yorumun doğruluğu sorununu doğurur⁷²². Bu sorun hukukta, realist yorum teorisince, genel hermeneutik teorsinin çağdaş yaklaşımının hukuka uygulanmasıyla çözülmeye çalışılmaktadır. Gözler bu teoriyi şu şekilde açıklamaktadır:

- “1. Norm, kanunun metni değil, anlamıdır,
2. Yorum konusu norm değil, metindir,
3. Yorum kaçınılmazdır,
4. Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir,
5. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir,
6. Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar,
7. Yorum, yorumcuya bağlıdır,
8. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür,
9. Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur,
10. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir.”⁷²³

Gözler’in berrak ifadesiyle sıraladığı bu on maddede, hukuktaki yorumun hayatiliği dikkat çekmektedir. Artık yorum konusu, sadece normun yorumlanması (ya da hukukun uygulanması) sorunu değil, daha asli bir sorun olan “hukuk nedir”in cevabını arama çabasına dönüşmüştür⁷²⁴.

1819 tarihli McCulloch v. Maryland kararında yargıç Marshall, “asla aklımızdan çıkarmamalıyız; anayasa, biz yargıçların açıkladığı/tefsir ettiği bir

⁷²⁰ Aktaş, S. (2011). s. 2.

⁷²¹ Uzun, E. (2014). s. 101.

⁷²² Uzun, E. (2014). s. 103.

⁷²³ Gözler, K. (1998). Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, *Anayasa Yargısı*, C. 15, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, s. 210-215.

⁷²⁴ Karakaş, J. (2005). Hermeneutik ve Hukuk, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, haz. Ökçesiz H. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. s. 104.

metindir” diyerek hem anayasanın yoruma muhtaç olduğunu belirtmiş hem de bu yorumu kimin yapacağını vurgulamıştır⁷²⁵. Bu doğal olarak “yargının üstünlüğü” (*judicial supremacy*) anlamına gelmektedir. Üstünlükten kasıt, yargıçların anayasanın yorumunda son sözü söylemeleri ve onların kararlarıyla anayasanın herkes için bağlayıcı olan anlamının belirlenmesidir⁷²⁶. Böylelikle yargı, yalnızca anayasanın koruyucusu değil aynı zamanda efendisi konumuna geçmiştir⁷²⁷.

3.3. Başlıca Yorum Yöntemleri ve Yorumda Belirlilik

Yorum çeşitleri, yorumu yapan makama göre yasama yorumu, yargısal yorum ve bilimsel yorum olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁷²⁸. Çalışmamızın bu kısmı anayasa yargısındaki yoruma yoğunlaştığı için yorum çeşitlerine ilişkin tartışmaların yalnızca isimleri zikretmekle yetinilerek, çeşitlilik arzeden yorum yöntemlerine yoğunlaşmayı tercih ediyoruz⁷²⁹.

18. Yüzyıl hukuki hermeneutikle, çağdaş hermeneutik arasındaki bağ Schleiermacher’i çağına yansıtan Savigny tarafından kurulmuştur. Savigny’nin dört kanonu (*Savigny fyra canones*) veya Savigny dörtlüsü olarak bilinen geleneksel yorum yöntemleri, lafzi (textualist / grammatical), amaçsal / gai / teleolojik (intentionalist), tarihsel (historical), sistematik yorumdur (systemic / systematic). Yorumcunun buradaki hedefi, bu dört yönetmi kullanarak yasamanın niyetini (maksadını) yeniden canlandırmak, tekrar inşa etmektir⁷³⁰.

Yorumun dilbilgisel (*grammatical*) unsuru, yargıç eliyle yasama iradesinin bize intikal ettirilmesidir ve nihayetinde kanunkoyucunun anlatım biçiminin (*phraseology*) açıklanmasına bağlıdır. Yorumun mantıki (*logical*) unsuru,

⁷²⁵ Ellis, R. E. (2007). *Aggressive Nationalism: McCulloch v. Maryland and the Foundation of Federal Authority in the Young Republics*, New York: Oxford University Press. s. 96.

Kararın tam metni için bkz. Crompton, S. W. (2007). *McCulloch V. Maryland: Implied Powers of the Federal Government (Great Supreme Court Decisions)*, New York: Chelsea House Publishers.

Ayrıca <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316> (erişim tarihi: 25.12.2015)

⁷²⁶ Siegel, R. ve Post, R. (2004). s. 1027.

⁷²⁷ Dicey, A. V. (1982). s. 142.

⁷²⁸ Gözler, K. (2011). C. I., s. 227-230.

Ayrıntılı bilgi için bkz. Gedik, Ö. (2013). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi. s. 14-24.

⁷²⁹ Türk Hukuk doktrininin yorum anlayışı ve şu dört soruya (1) Yorum nedir? (2) Yorumun amacı / hedefi / gayesi nedir / ne olmalıdır? (3) Yorum nasıl yapılır / yapılmalıdır? (4) İyi veya doğru bir yorumun sahip olması gereken özellikler var mıdır, varsa bunlar nelerdir? verdiği cevapların tahlil ve tenkidi için bkz.

Uzun, E. (2012). Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 25. Kitap, Haz. Ökçesiz, H.; Uygur, G. ve Üye, S. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 72-97.

⁷³⁰ Stelmach, J. ve Brozek, B. (2006). *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer Publications. s. 184.

düşüncenin bütünselliğini koruyarak kuralın belirli parçalarıyla uygulanması arasında mantık ilişkisini kurmaktan ibarettir. Yorumun tarihsel unsuru, kuralın yazılırken çözmeye çalıştığı sorunun dikkate alınmasını gerektirir. Yorumun sistematik unsuru ise, uygulanacak kuralın içinde bulunduğu düzenlemeyle doğuşunda sağlanan içkin irtibatına (*innate connexion*) ilişkindir⁷³¹. Savigny'nin genel çerçevesini çizdiği bu dört unsura şimdi yakından bakalım.

Kıta Avrupasında kodifikasyon hareketinin ortaya çıkmasını müteakip başlayan sözel / lafzi yorum, kanunların kusursuz ve boşluk içermeyen kaleme alındığı varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımda yargıca düşen görev, kanunda yer alan kusursuz çözümleri somut olaya “altılama” (*subsumtion*) yoluyla uygulayan bir makine işlevi görmesidir⁷³². Sözel yorumda yargıcın amacı, yasa metninin açık anlamını araştırmak ve buna bağlı kalmaktan başkası değildir⁷³³. Bir hükmün anlamının açık olması halinde tek başına yeterli olabilecek olan bu yöntem, metnin birden fazla anlama gelebileceği örneklerde tek başına yeterli olamamaktadır⁷³⁴. Normun anlamına ilişkin farklı olasılıkların ortaya çıktığı durumlarda, sözel yorumdan diğer yorum türlerine uzanan yorumsal döngü başlamaktadır⁷³⁵.

Subjektif yorum metodu olarak da bilinen tarihsel yorum yönteminde belirleyici olan kanunkoyucunun iradesidir⁷³⁶. Kanunkoyucunun, kanunu koyarken izlediği amacın araştırıldığı bu yöntemde kanunun sözleri yeterli görülmez; kanunun hazırlık çalışmaları, komisyon müzakereleri, parlamento görüşmeleri ve oradaki tartışmalar ile kanunun gerekçesine bakılır⁷³⁷. Kuşkusuz bu araştırmalar kanunkoyucunun niyetini ortaya çıkarmakta oldukça etkilidir. Ancak tarihsel yorum kanunkoyucunun iradesini ortaya çıkarmanın tek aracı olarak görülmemiş Savigny

⁷³¹ Savigny, F. C. (1867). s. 172.

⁷³² Oder, B. E. (2010). s. 33.

⁷³³ Aktaş, S. (2011). s. 8.

“Kara Avrupasında daha çok sözel (literal) yorum, Anglo Amerikan hukukunda da metinselcilik olarak ifade edilen yorum yöntemi, “hukuku uygulama” faaliyeti ile “hukuk yaratma” faaliyetinin birbirinden ayırt edilmesi girişimine dayanır.” (aynı yerden naklen).

⁷³⁴ Metin, Y. (2008). s. 23.

⁷³⁵ Oder, B. E. (2010). s. 36.

⁷³⁶ Heper, A. (2012). s. 80.

⁷³⁷ Gözler, K. (1998a). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık, s. 168.

dörtlüsünde yer alan sözel, sistematik ve amaçsal yorumlarla da iradenin saptanabileceği ileri sürülmüştür⁷³⁸.

Sistematik yorum yöntemi, hukuk sisteminin, normların gelişi güzel bir araya gelmediği aksine birbiriyle tutarlı bir bütün oluşturması gerekçesine dayanmaktadır. Hukuk sistemindeki kurallar, üst üste konulmuş bir yığını değil, kendi aralarında tutarlı bir düzeni oluşturmaktadırlar⁷³⁹. Buradan hareketle bir uyumsuzluğa uygulanacak olan kurallar da, ait oldukları kanun sistemi içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulurlar⁷⁴⁰. Böylece yalnızca uygulanacak normun metni değil, normun içinde bulunduğu diğer normlarla oluşturduğu bağlamdan çıkan anlam da yorumun hukuki olması bakımından değer kazanır⁷⁴¹.

Savigny dörtlüsünün sonuncusu, amaçsal (gai / teleolojik) yorumdur. Amaçsal yorum yönteminde normun amcına yoğunlaşmaktadır⁷⁴². Bu yorum yöntemi, normların geçirdiği evrelere, lafzına ve mevzuatta bulunduğu yere değil, uygulandığı zamanın gereklerine ve anlayışına göre yorumlanması gerektiği düşüncesinden doğmuştur⁷⁴³. Bu özelliği nedeniyle amaçsal yorum “zamana göre (güncel) objektif yorum” olarak da adlandırılmaktadır⁷⁴⁴. Objektiflik, metnin kanunkoyucunun sübjektif iradesinden bağımsızlaştığını simgelemektedir. Gerçekten de bu teoriye göre norm, resmi gazetede yayınlanmasından itibaren kanunkoyucudan ve onun iradesinden kopmakta; yasanın hazırlandığı sıradaki tarihi iradenin aranmasının artık bir anlam ifade etmediği savunulmaktadır⁷⁴⁵.

Hem akademisyen hem de bir dönem Anayasa Mahkemesinde yargıcılık yapmış olan Aliefendioğlu, bu dört ilkeden yalnızca birinin seçilerek tatbik edilmesindense, yargıcın bu ilkelerin tamamını aşamalı olarak uyguladığını şöyle aktarmaktadır:

“Yargıç, metni yazılı biçimiyle inceleyerek ilk anlam ya da anlamları çıkarır (gramatik yorum); daha sonra metni, bütün içinde inceler, önceki ve sonraki kurallarla bağlantılarını araştırır (sistematik yorum); gerekçeyi,

⁷³⁸ Oder, B. E. (2010). s. 74.

⁷³⁹ Aktaş, S. (2011). s. 25.

⁷⁴⁰ Metin, Y. (2008). s. 23.

⁷⁴¹ Oder, B. E. (2010). s. 55-56.

⁷⁴² Kaya, A. (2014). Amaçsal Yorum, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2014, S. 4, s.367.

⁷⁴³ Metin, Y. (2008). s. 24.

⁷⁴⁴ Aktaş, S. (2011). s. 16.

⁷⁴⁵ Heper, A. (2012). s. 80.; Yaşar, H. (2013). Objektif Zamana Uygun Yorum ile Objektif Tarihi Yorum Arasındaki Farklar, *Leges Hukuk Dergisi*, Yıl. 4, s. 38.

*gerekiyorsa meclis tutanaklarını, başka bir deyişle kuralın yasalaşmadan önceki hazırlık belgelerini inceler ve yasa yapıcının kuralı yasalaştırmadaki amacını araştırır (tarihsel yorum); kuralın günün koşullarına ve toplumun değişen dinamik yapısına uygun kazandığı anlamı araştırır (amaçsal yorum). Yargıç bu evlelerde yaptığı incelemeler sırasında kuralın değişen anlam ya da anlamlarına göre ilk edindiği izlenimde sürekli düzeltmeler yapar. Başka bir deyişle inceleme evrelerinde damla damla çıkardığı anlamları bütün içinde yerine oturtur gerekli düzeltmeleri yapar. Sonuçta kurala verdiği anlam ya da anlamlardan uygun bulduğunu seçer.*⁷⁴⁶

Yargıcın yorum esnasında sonuca ulaşmada kullandığı, Savigny dörtlüsünde yer alan yöntemlere ilaveten; kıyas (analoji, *argumentum ad simili*), aksi ile ispat (mefhum-u muhalif argüman, *argumentum a contrario*), evleviyet kuralı (*argumentum a fortiori*), tutarlılık argümanı (*argumentum a cohaerentia*), bütünlük argümanı (*argumentum a completudine*) gibi yorum faaliyetine yardımcı araçlar (mantık kuralları) da bulunmaktadır⁷⁴⁷. Ayrıca burada zikredilen yorum ilkelerinin kendisinden türetildiği “İstisnalar dar yorumlanır” gibi yorum ilkeleri de mevcuttur⁷⁴⁸.

Hukukta yoruma dair ilkeler ve çağımızda kullanılan yorum yöntemleri yaklaşık üç asırdır varolmalarına rağmen, hukukta yorum sorunu halen aşılabilmiş değildir. Burada yanıtlanması gereken soru hâkimin yorum ilkeleriyle bağlı olup olmadığının tespiti gibi görünmektedir⁷⁴⁹. Pozitif hukukun temelinde siyasi tercihler

⁷⁴⁶ Aliefendioğlu, Y. (1995). s. 5-6.

Aliefendioğlu’nun yaklaşımı, yorum yöntemlerinin ilişkisi konusundaki temel varsayımlardan biri olan yöntemlerin eşit değerde olduğu ve birbirlerini tamamladığı yaklaşımıyla da uyumludur. Oder, B. E. (2010). s. 291.

⁷⁴⁷ Detaylı bilgi için bkz. Gedik, Ö. (2013). S. 40-43.; Oder, B. E. (2010). s. 13-31; (Oder burada sayılanları özel hukuksal kanıtlama araçları olarak tasnif etmektedir.) Gözler, K. (1998a). s. 172-180.

⁷⁴⁸ Yongalık, A. (2011). “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 1, ss. 1-15.

“Sıfat-ı Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (Aslı Niteliğin Varlığı, Arızî Niteliğin Yokluğu Asıldır)”, gibi bazı temel ilkeler ve kaide ile istisna ile ilgili ilkeler için bkz. Gözler, K. (2013). s. 33-113.

Yorum yöntemlerinin buradaki kaideleri de içerecek şekilde bütün bir hali için bkz. Sözer, A. N. (2013). *Hukukta Yöntembilim*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, ss. 38-136.

⁷⁴⁹ Gözler yorum ilkelerinin çoğunun pozitif dayanaktan yoksun olmaları sebebiyle hâkimi bağlamayabileceği sonucuna ulaşılabilmesine işaret ederken, tıpkı bu ilkelerin varlığı gibi bağlayıcılıklarının da eşyanın tabiatından kaynaklandığını, dolayısıyla da hâkimin bu ilkelere uymadan bir uyuşmazlığı çözemeyeceğini iddia etmektedir. Gözler, K. (2013). s. 27-30.

yatmaktadır⁷⁵⁰. Siyasi tercihlerin kanunlaştığı ve bu kanunların da anayasaya uygunluğunun tartışıldığı bir organ her ne kadar hukukilik denetimi yapmakla vazifeli olsa da yapılan işlem nihayetinde siyasi bir yargılama faaliyeti olmaktadır. Şu halde, negatif kanun koyucu olan anayasa yargısı mercilerinin yaptığı anayasallık denetimi, yargıcın yorum ilkeleriyle bağlı olup olmadığı sorunsalından daha derin köklere işaret etmektedir. Bu derinliğin nedeni bizzat anayasalardaki hâkim tarafından doldurulması öngörülen muğlak ifadelerden kaynaklanmaktadır. 1982 Anayasasından bir örnek verecek olursak; Anayasanın 33. maddesinde düzenlenen dernek kurma hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin hüküm şu şekildedir: “*Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.*”. Dernek kurma hürriyetinin TBMM tarafından bir kanunla sınırlanması ve bu sınırlama kanununun Türk Anayasa Mahkemesi’ne anayasa uygunluk denetimi için gelmesi durumunda, yargıç bu sınırlama kanununun anayasaya uygun olup olmadığına bakarken genel ahlaka ilişkin bir denetleme de yapmak zorunda kalacaktır. Bu durumda ise yargıç hangi yorum metoduyla bağlı olursa olsun kişisel (ve kaçınılmaz olarak siyasi) görüşlerini kararına yansıtıacaktır.

Şu halde her metin gibi kanunların da yoruma tabi tutulacağı, yargıçların bu yorum faaliyetlerini belirli yöntemlere tabi olarak yapacağı, bu yöntemlerin anayasa yargısı için hukukun diğer (bilhassa özel hukuktaki) branşlarından daha fazla siyasetten etkileneceği aşîkârdır. Anayasa hükümlerinin, temel hak ve özgürlükler veya siyasal iktidarın organizasyonu bağlamında, ne anlama geldiği, içeriğinin nasıl anlaşılması gerektiği, nasıl uygulanacağı, anayasa mahkemelerinin yaptığı yorumla netleşmektedir. Anayasa hükümleri yorumlanırken, yapılan faaliyet de anayasa koycunun bıraktığı boşlukları doldurmaları nispetinde “yargısal yasama faaliyeti” (*judicial lawmaking*) görünümüne bürünmektedir⁷⁵¹. Yargısal yasama faaliyeti de genelde, anayasa mahkemesi yargıçlarının kararlarına dünya görüşleri

⁷⁵⁰ Yücel, B. (2013). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Yay. Haz. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s 216. ss. 215-261.

⁷⁵¹ Gönenç, L. (2010). *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara: TEPAV Yayınları. s. 16.

http://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasalarin_Anayasaya_Uygunlugunun_Denetimi_ve_Anayasa_Yargisi.pdf (erişim: 18.01.2016)

ve ideolojik bakışlarını yansıtmalarıyla vücut bulmaktadır⁷⁵². Yargıç içinde bulunduğu koşullara ve çevreden edindiği değer yargılarıyla bağlı olmaktadır⁷⁵³. Ancak anayasa yargısı, yargıcın sınırsız bir yorumlama selahiyetine sahip olduğu ve önüne gelen normu dilediği şekilde yorumlayabildiği bir faaliyet alanı da değildir.

3.4. Anayasa Yargısının Sınırı ve Yargısal Aktivizm

Anayasa yargısında yorumun elzem olmasına ve yorumda belirlilik ilkesinin mahkemelerin çözeceği uyuşmazlıkların önemli bir kısmının siyasi alana temas etmesinden dolayı pek mümkün olamamasına üst başlıklarda değindik. Bu gerçekliklere rağmen anayasa yargısının sınırsız olmadığı; demokratik hukuk devleti ilkesi ile çerçeveli bir sahada denetim faaliyetlerini yapması gerektiği de bir olgu olarak karşımızda durmaktadır⁷⁵⁴. Burada anayasa yargıcını çetin bir görev beklemektedir. Bir taraftan, halkın parlamentoya gönderdiği çoğunluğun yönetme hakkını öngören demokrasi ilkesi zedelenmemelidir, diğer taraftan siyasi çoğunluğun da hukuka uyması gerektiğini savunan hukuk devleti ilkesinden taviz verilmemelidir⁷⁵⁵.

Anayasa yargıcını bu ince hat üzerinde hem demokrasiyi hem de hukuk devletini gözetirken, demokrasiyi dikkate alarak kendi kendini sınırlamaktansa, aktivist bir tutum takınmayı tercih ederse, bu halde anayasa yargısının meşruluğunun zayıflaması sonucu doğabilecektir⁷⁵⁶. Şimdi sırasıyla anayasa yargısının sınırları ve bu sınırların ihlali hali olarak nitelendirdiğimiz “yargısal aktivizmi” inceleyeceğiz.

3.4.1. Anayasa Yargısının Sınırları

Anayasa yargısının benimsenmesinden sonra, günümüzde gelinen noktada siyasal karar alma sürecindeki “demokratik” niteliğin devam edebilmesi için,

⁷⁵² Hakyemez, Y. Ş. (2007). Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması, *Anayasa Yargısı*, C. 24, s. 540.

⁷⁵³ Aliefendioğlu, Y. (1995). s. 6.

⁷⁵⁴ Uslu, F. (2014). s. 203.

Yazarın demokratik hukuk devleti kavramını tahlil ettiği bölüm için bkz. aynı eser ss. 135-205.

⁷⁵⁵ Giegerich, T. (2010). Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller, *Anayasa Yargısı*, C. 27, s. 126.

⁷⁵⁶ Özbudun, E. (2015). s. 51.

anayasaya uygunluk denetiminin siyasal sistemde anayasa yargısına biçilen rol çerçevesinde gerçekleşmesine özen göstermek gerekmektedir. Anayasa yargısının benimsenmesinden sonra ancak bu sayede rejimin işleyişinde ortaya çıkabilecek “demokratik” açıkların kapatılması mümkün olabilir⁷⁵⁷.

Anayasa yargısının sınırlandırılması, hukuk yazınında özellikle Tushnet ve Kramer gibi çağımız akademisyenlerinin gündeme taşıdığı “halkçı anayasacılık”⁷⁵⁸ (*popular constitutionalism*) ile de yakından ilişkilidir. Ancak gerek liberal gerekse de muhafazakâr yaklaşım sonuç olarak halkçı anayasacılığın zıttı görünümünde olan yargının üstünlüğü ilkesini kabul etmiştir. Yargı netice itibarıyla önüne gelen uyuşmazlığı çözmek durumundadır ve ister anayasal ilkere bağlı kalsın isterse de karşısında olsun temel değerler üzerinde etkisi olan kararlara imza atmaktadırlar⁷⁵⁹.

3.4.1.1. Yargısal Kendi Kendini Sınırlama (*Judicial Self-Restraint*)

Yargısal davranışları açıklamakta kullanılan terimlerden biri olan yargısal kendini sınırlama, bir ortak hukuk (*common law*) kurumudur⁷⁶⁰. Yargısal kendini sınırlama kuramının tarihini, Amerikan Anayasası’nın doğduğu güne kadar uzatan çalışmalar bulunmaktadır⁷⁶¹. Fakat Thayer’ın yargısal kendini sınırlama doktrininin etrafıca incelendiği 1893 tarihli makalesi kavram açısından önemli bir dönüm noktası kabul edilmekte, tartışma genelde burada üretilen argümanlar etrafında şekillenmektedir⁷⁶². Thayer makalesine “*Yargının elinde bulunan kanunların anayasaya aykırılığını ilan etme yetkisi ve onların geçersizliğine hükmetme yetkisi Amerikan doktrininde nasıl doğdu ve bu yetkinin doğru/meşru kapsamı nedir?*” sorusuyla başlamaktadır⁷⁶³. Makalesinde bu kapsamı belirlemeye yoğunlaşan yazara göre; anayasaya aykırılığı hususunda hiçbir rasyonel soru sorulamayacak

⁷⁵⁷ Hakyemez, Y. Ş. (2007). s. 567-568.

⁷⁵⁸ Kramer, L. D. (2004). ss. 959-1012.; Kavramın tahlil ve tenkidi için bkz. Tushnet, M. (2006). ss. 991-1007.

⁷⁵⁹ Kellogg, F. R. (2007). *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*, New York: Cambridge University Press. s. 9.

⁷⁶⁰ Ergül, O. (2013). Berraklaştırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, s. 39.

⁷⁶¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kramer, L. D. (2004a). s. 9-144.; Friedman, B. (2009). *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York: Farrar Straus and Giroux Publishers, ss. 19-71.

⁷⁶² Thayer, J. B. (1893). The Origin and Scope of The American Doctrie Of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 3, ss. 129-156.

⁷⁶³ Thayer, J. B. (1893). s. 129.

netlikte ve açıklıkta anayasa ihlalleri yargının kapsamının sınırlarını oluşturmaktadır⁷⁶⁴.

Thayer ve varisleri olarak adlandırdığı Holmes, Brandeis, Frankfurter ve Bickel'in çalışmalarını inceleyen Posner, yargısal kendini sınırlamayı bir bukalemuna benzetmiş ve mezkûr yazarların farklı tanımlar ürettiğine işaret ederek, bunlardan öne çıkan üçünü şöyle sıralamıştır⁷⁶⁵: (1) Yargıç hukuka / kanuna uyar, onu yapmaz. (2) Yargıçlar diğer resmi makamların aldığı kararlara büyük ölçüde saygı duyarlar, temyiz mahkemesi yargıçları da yerel mahkeme ve idarenin kararlarına saygı duyarlar ve nihayetinde tüm yargıçlar yasama ve yürütmeye saygı duyar. (3) Yargıçlar yasama ve yürütmeden sadır olan düzenlemeleri anayasaya aykırı bulma hususunda son derece gönülsüzdürler. Eylemin anayasaya aykırılığının tartışıldığı vakitlerde bu gönülsüzlük zireveye ulaşır (anayasal sınırlama)⁷⁶⁶. Bu çalışmasından yaklaşık yirmi yıl önce yayınladığı bir başka makalesinde Posner, yargıcın kendi kendini sınırlamasının en az beş farklı biçimde algılanabileceğini öne sürerek şöyle bir sıralama yapmıştır: (1) Kendini sınırlayan bir yargıç, kendi siyasi görüşünün kararını etkilemesine müsaade etmez. (2) Kendini sınırlayan bir yargıç, bu tür görüşlerinin kendisini etkilemesine karşın ihtiyatlı, basiretli ve temkinlidir. (3) Kendini sınırlayan bir yargıç, yargı kuvveti üzerindeki günlük siyasetin baskılarına karşı da duyarlıdır. (4) Kendini sınırlayan bir yargıç, kararının yeni bir hak ihdas etmesi ihtimalinden kaçınmalıdır. (5) Kendini sınırlayan bir yargıç, yargı kuvvetinin yasama ve yürütme kuvveti karşısındaki etkinliğini azaltma eğilimindedir⁷⁶⁷.

Kavanagh, yargısal kendini sınırlama ilkesine oldukça çekinceli yaklaşmaktadır. Yazara göre kendini sınırlayan bir yargıç, hakları koruma görevini yerine getiremeyebilecek ya da en azından hakları gerektiği kadar korumaktan çekinebilecektir⁷⁶⁸. Kavanagh, yargısal kendini sınırlama doktrininin bir ikilem

⁷⁶⁴ Thayer, J. B. (1893). s. 144.

⁷⁶⁵ Kramer, Posner'ın Thayer'ı yanlış anladığını, aslında Thayer'ın yeni bir teori üretmediğini aksine Jeffersoncu yaklaşımı benimseyerek anayasayı yorumlamada birincil yetkinin mahkemelerde değil bizzat halkta olduğu savını işlediğini iddia etmektedir. İlgili çalışma için bkz. Kramer, L. (2012). Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint, *California Law Review*, Vol. 100, No. 3. ss. 621-634.

⁷⁶⁶ Posner, R. A. (2012). The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, *California Law Review*, Vol. 100, No. 3. s. 520-521.

⁷⁶⁷ Posner, R. A. (1983). The Meaning of Judicial Restraint, *Indiana Law Review*, Vol. 59, No. 1, s. 10. ss1-24.

⁷⁶⁸ Kavanagh, A. (2010). Judicial Restraint in The Pursuit Of Justice, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, Issue. 1, s. 23.

doğurduğunu iddia ederek şu soruyu sorar: Yargıçlar anayasal görevlerinin sınırlarına olan bağlılıklarını terk etmeden, yasamanın insan haklarına uyduğundan nasıl emin olabilirler? Bu sorunun kolay ve formüllere dayanan bir cevabı bulunmamaktadır. Şöyle bir argüman ileri sürülebilir; yargıca düşen, önüne gelen uyuşmazlıkta gerçek bir temeli olan, kurumsal nitelikli gerekçeleri ve hakkın gereklilikleri ile bu gereklilikler karşısında duran ve ilgili uyuşmazlığa özgü kurumsal değerlendirmeleri dengelemektir⁷⁶⁹.

Kavanagh'ın görüşleri oldukça isabetli olmakla beraber yargısal aktivizme kapı araladığı da bir gerçektir. Yargıcın, karar aşamasında her somut olayın özelliklerini akılda tutarak bir değerlendirme yapması gerekliliği, yargısal faaliyetin tabiatından kaynaklanmaktadır. Ancak bu değerlendirmede yargıca düşen görevlerden birisi de yasamanın asliliği ve genelliği ilkelerini sürekli aklında tutarak hareket etmek olmalıdır. Demokratik meşruiyeti sorgulanan bir kurumun, parlamentoya saygıyı ve kanunların anayasaya uygunluğu karinesini aklından çıkarmaması icap eder. Uslu tüm bu ilkeleri gözönünde bulunduran yargıcın yargılama faaliyeti esnasında takınması gereken tutumu şöyle aktarmaktadır:

“O halde anayasa hâkimi daha yargılamanın başında yasamanın asliliği ve genelliğini hatırlayarak, kendi yetkisinin yasamanın sahip olduğu niteliklere sahip olmadığını unutmamalıdır. Kanunların anayasaya uygunluğunun bir karine olduğu, sağlam ve ciddi gerekçeler olmadıkça, kanunu iptal edemeyeceğini ya da anayasaya aykırılık kararı veremeyeceğini aklından çıkarmamalıdır. Eğer yukarıda verilen bütün aşamalar geçildikten sonra kanunun anayasaya uygun olup olmadığı hususunda bir şüphe ya da tereddüt oluşmuş ve kesin olarak bir kanaate varılamamışsa, yapılacak şey, anayasaya uygunluk karinesi gereği iptalin reddi yönünde karar vermek olmalıdır.”⁷⁷⁰

Parlamento çoğunluğunun tiranlığı olasılığı, yasama iktidarının anayasa mahkemeleriyle sınırlandırılmasıyla engellenmektedir. Ancak burada unutulmaması gereken kendini üstün gören bir parlamento yerine yenisinin seçilmesi imkânı varken, anayasa mahkemesi hâkimleri bu türden yaptırımların kapsamı dışında kalmaktadırlar. Yetkilerini kendi kendilerini sınırlama dışında

⁷⁶⁹ Kavanagh, A. (2010). s. 40.

⁷⁷⁰ Uslu, F. (2014). s. 203.

kullanmaları halinde ise ortaya hukuk kurallarının halkın temsilcileri tarafından değil de halka karşı hiçbir sorumluluğu olmayan yargıçlar tarafından konulması gibi bir tablo çıkmaktadır. Bu tablonun ise millet egemenliği sistemine ters düşeceği aşîkârdır⁷⁷¹.

3.4.1.2. Siyasi Sorun Doktrini (Political Question Doctrine)

Black's Law Dictionary, yargılanabilir olmayan sorun (*nonjusticiable question*) olarak da isimlendirilen siyasi sorun doktrini şu şekilde açıklamaktadır: “Uyuşmazlığa konu olay (question) kuvvetlerden yürütme veya yasama organının ihtiyari bir tasarrufudur, bu nedenle mahkeme inceleyemez⁷⁷².” Şu haliyle siyasi sorun doktrini, mahkemelere hukuki olmadığını düşündükleri ihtilaflardan el çekmesi hususunda yardımcı olan bir doktrindir⁷⁷³. Menşei Amerika Birleşik Devletleri olan bu doktrinin kapsamı, mahkemelerin; anayasa veya yasalarda yasama ya da yürütmenin yetki alanına girdiğini düşündüğü konular veyahut mahkemelerin uygulamaları sonucu, sorunun hukuki olmaktan ziyade siyasi olduğu ve sorunun çözülmesi gereken yerin siyaset alanı olduğunu belirttikleri uyuşmazlıkları içermektedir. Mahkemelerin önüne bu tür uyuşmazlıklar geldiğinde, mahkemeler bu konuların siyasi olup, hukuki olmadığını belirtmek suretiyle konunun esasına girmekten kaçınmaktadırlar⁷⁷⁴.

Siyasi sorun doktrininin zıddı ise “yargısal sorun” (*judicial question*) kavramıyla belirtilmektedir ve mahkemelerce çözülmesi münasip uyuşmazlık olarak tanımlanmaktadır⁷⁷⁵. Nitekim mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta ilkin sorunun siyasi mi yoksa hukuki mi olduğuna bakmakta ve yargısal olduğu kanaatine ulaşması halinde işin esasına girebilmektedir. Siyasi sorunun altı unsuru yüksek mahkemenin 1962 tarihli *Baker v. Carr* kararında şöyle sıralanmıştır⁷⁷⁶:

⁷⁷¹ Doebling, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı*, çev. Mumcu, A. Ankara: İnkilap Yayınevi, s. 245-246.

⁷⁷² Garner, B A. (ed.) (2009). *Black's Law Dictionary*, 9. Baskı, St. Paul, Minnesota: West Publishing CO. s. 1277.

⁷⁷³ Sunstein, C. R. (1989). Is There an Unconstitutional Conditions Doctrine?, *San Diego Law Review*, Vol. 26, Issue. 2, s. 337.

⁷⁷⁴ Öztürk, F. (2012). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 51.

⁷⁷⁵ Garner, B A. (ed.) (2009). s. 924.

⁷⁷⁶ Kararın arkaplanını Öztürk şöyle aktarmaktadır:

“Dava konusu olay şu şekilde gerçekleşmiştir; Charles Baker Tennessee eyaletinde Shelby bölgesinde (county) ikamet etmektedir. Eyalet hükümeti bakanlarından Joe Carr aleyhine dava açar. İddiası şudur: Tennessee anayasasına göre her 10 yılda bir yapılan federal genel nüfus sayımına göre yasama (seçim) bölgelerinin yeniden oluşturulması gerektiğini belirtir. Oysa ki 1901 yılından beri eyalette bu yönde hiç bir çalışma yapılmamıştır. Charles Baker, eyaletin şehir alanına ait bölgelerden birinde yaşamaktadır. Nüfusun

- “1. Uyuşmazlığa konu olayın, mevzuata göre yasama/yürütme organına anayasal bağlılığının ispat edilebilirliği,
2. Uyuşmazlığın çözümünün yargısal olarak anlaşılabilmesi ve yönetebilmesinin imkansızlığı,
3. Yargısal olmayan (nonjudicial) takdir yetkisinin kullanımı haricinde karar vermenin imkânsızlığı,
4. Yasama/yürütme organından sadır olan düzenlemelere yeteri kadar itibar etmeden mahkemenin bağımsız bir karar vermeyi taahhüt edememesi,
5. Mahkemenin vereceği kararda, daha önce alınmış olan siyasi kararlara koşulsuz uyulmasına dair olağandışı bir ihtiyacın varlığı,
6. Mahkeme kararının, sorun hakkında yasama/yürütme birimleri arasında doğabilecek potansiyel rahatsızlıkları tetiklemesi.”⁷⁷⁷

Siyasi sorun doktrininin unsurlarının ilk kez sıralandığı bu kararda mahkeme oy çokluğu ile işin esasına girmiş ve uyuşmazlığın yargıya taşınan boyutunun siyasi değil hukuki olduğuna hükmetmiştir. Kararda iki yargıcın, Frankfurter ve

geçmişe göre büyük çoğunluğunun artık şehirlerde yaşadığını belirtir. Bu yeni duruma göre eyaletin düzenleme yapmadığı için, Anayasa Değişikliği, XIV. maddenin (eşitliği koruma bendi) ihlal edildiğini söyler. Baker, ilk derece mahkemesinden gelecek seçimlerin yapılmasının yasaklanması ve daha büyük yapılacak seçimlerde de seçim bölgelerinin yeniden düzenlenmesi konusunda karar çıkarttırır. Fakat, bölge mahkemesi seçim bölgelerinin yeniden düzenlenmesinin politik bir sorun olduğunu ve kararın uygulanamayacağını söyleyip davayı reddetmiştir. Dava, Yüksek Mahkeme'nin önüne gelince, Mahkeme garanti bendine göre (Anayasa, madde IV, kısım 7) bu davalar mahkemece yargısal denetimin yapılamayacağı konular olsa bile, Anayasanın XIV. Değişikliği, eşitliği koruma hükmüne göre davaya bakabileceğini belirtmiştir. Mahkemenin görüşünü yazan hakim Brennan politik sorun doktrinin altı maddelik ölçütünü yazarken bunlardan birinin de hukuki olarak bulunabilir ve uygulanabilir standartların olmayışını, diye ifade etmiştir. Sonra da şunu eklemiştir: Eşitliği koruma hükmünün çok iyi geliştirilmiş ve bilinen standartlarının, hukuki olarak saklanabilir (gizlenebilir) deposu garanti hükmü (bendi) olamaz. Hakim Brennan, garanti hükmünün arkasına saklanarak, seçim bölgelerinin yeniden belirlenmesindeki eşitsizlik uygulamalarından kaçılmayacağını belirtmiş ve Anayasanın XIV. Değişikliği hükmünü kullanarak garanti hükmünün suistimal edilmesini böylece berteraf etmiştir.”

Öztürk, F. (2012). s. 71-72'den naklen.

⁷⁷⁷ Epstein, R. A. (2004). The Case Against Black Reparations, *Boston University Law Review*, Vol. 84, Issue. 5, s. 1182. Ss. 1177-1192.

“[1] A textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or [2] a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or [3] the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or [4] the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of respect due coordinate branches of government; or [5] an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or [6] the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

Kararın tam metni için bkz: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html> (erişim: 22.01.2016). İlgili kısım: Page 369 U. S. 218.

Harlan'ın, muhalefet şerhleri bulunmaktadır. Siyasi sorun doktrini taraftarı olan Frankfurter, aslında bu karardan yıllar önce verdiği bir başka kararındaki “yargı asla siyaset alanına girmemelidir” çizgisini muhafaza ederek işin esasına girilmemesi gerektiğini aksi halde mahkemenin prestij kaybına uğrayacağını başka bir ifadeyle demokratik meşruiyetinin azalacağını savunmuştur⁷⁷⁸.

Uyuşmazlığın siyasetle ilişkisini gözönünde bulundurmak zorunda olan mahkeme, yukarıda sayılan altı adımı sırasıyla takip etmekte, uyuşmazlık konusunun bu sınırlar içerisinde olduğunu tespit etmesi halinde ise sorunun siyasi olduğunu çözümünün ise yargıda değil siyasette olduğu gerekçesiyle davadan el çekmektedir. Ancak bir konunun siyasi sorun olup olmadığı hususunun tespiti de bizzat siyasi bir çözümleme gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle, mahkemeler bu bir siyasi sorundur ve ben buna karışmam diyerek tavır alırlarken aslında siyasi bir tavır sergilemektedirler⁷⁷⁹.

Siyasi sorun doktrini kuvvetler ayrılığına duyulan aşırı saygının bir ifadesi görünümündedir. Yargı kendi sınırları içine çekilerek, yasama ve yürütmenin yetki sahasına bu yolla girmemektedir. Henkin'e göre bu abartılı bir yorumdur. Çünkü yüksek mahkeme ne yasamanın ne de yürütmenin yerine geçmekte; vergilere, para basılmasına vs. karar vermediği gibi antlaşma imzalama veya askeri güçlerin kullanılmasına da müdahil olmamaktadır. Kuşkusuz bazı konuların ilk bakışta ve olağan kriterleri nazara alarak yargısal olmadığına hükmedilebilir ve mahkemeler bu tür olağandışı konularda kararı siyasi karar vericilere bırakabilirler. Ancak mahkemeler bu bariz şartlar dışında hiçbir şekilde kendine mahsus ve en üstün fonksiyonu olan anayasallık denetimi yapmaktan geri durmamalıdır⁷⁸⁰. Yukarıda ismi geçen yargıç Frankfurter ve Black'in katkılarıyla anayasa yargısı yeniden doğmuş, karakter ve içeriği yeniden şekillendirilerek Amerikan siyasi hayatındaki niteliği baştan inşa edilmiştir. Fakat muallak bir kavram olan siyasi sorunun

⁷⁷⁸ Frankfurter bu ifadeyi 1946 tarihli *Colegrove v. Green* davasında şu şekilde kullanmıştır: “Courts ought not to enter this political thicket.” Bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/549/case.html> (erişim: 23.01.2016). İlgili kısım: Page 328 U. S. 557.

Frankfurter'ı böyle düşünmeye sevk eden ise, yargının üstünlüğü (*Judicial Supremacy*) ilkesi karşısında duran halkçı anayasacılık (*Popular Constitutionalism*) anlayışını benimsemiş olmasıdır. Yargıç Frankfurter hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Snyder, B. (2013). Frankfurter and Popular Constitutionalism, *U. C. Davis Law Review*, Vol. 47, Issue. 1, ss. 343-418.

⁷⁷⁹ Aybay, R. (2013). Tarışma, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Yay. Haz. Ergül, O. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 295.

⁷⁸⁰ Henkin, L. (1976). Is There a “Political Question” Doctrine?, *The Yale Law Journal*, Vol. 85, No. 5, s. 597-598.

hudutlarını tayin sorunu devam etmektedir⁷⁸¹. Gerçekten de, Amerikan menşeli olan “siyasi sorun” doktrinin, doğup geliştiği topraklarda dahi ne olduğuna dair ortak bir kanaat bulunmamaktadır. Nihayetinde bu hususta verilen kararlara ilişkin değişiklik yapma yetkisi Kongre’de olduğu için, kuvvetlerin birbirini kontrol ve dengelemesinde yargıyı dengeleyebilecek bir kurum olarak siyaset kurumunun ön plana çıktığı varsayılmaktadır⁷⁸².

Siyasi sorun doktrininin bir benzeri, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde özellikle Fransa’da “hükümet tasarrufu” olarak uygulanmaktadır. Hükümet tasarrufu kısaca, sadece yerindeliği açısından değil, hukuka uygunluğu açısından da yargı denetimi dışında kalan işlem olarak tanımlanmaktadır⁷⁸³. Türk Hukukunda (bilhassa 1961 Anayasası döneminde) “hükümet tasarrufu” olarak benimsenen bu uygulama; savaş durumunun devamını, antlaşmaların yürürlükten kaldırılmasını, yabancı devletlerin tanınması veya tanınmamasını, dış politika sorunlarını kapsamaktadır⁷⁸⁴. Ancak bu “hükümet tasarrufu” yaklaşımı günümüzde hem Kara Avrupası hukuk sistemlerinde hem de ülkemizde terk edilmiş; uyuşmazlık konusu norm siyaseti ilgilendirse dahi esastan çözülmesi gerekliliği yaklaşımı kabul edilmiştir⁷⁸⁵.

Üst başlıkta değindiğimiz yargısal kendini sınırlama, hâkimin karar esnasında takınacağı tutum ile yakından ilişkilidir. Benzer durum siyasi sorun için de mevcuttur ve net bir tanımını yapmak imkânsızdır⁷⁸⁶. Yargıcın önüne gelen uyuşmazlığa dair, yargısal sorundan ziyade siyasi bir sorun olduğu kanaatine ulaşması ise, kaçınılmaz olarak yorum müessesesine referansla açıklanabilmektedir.

⁷⁸¹ Henkin, L. (1976). s. 625.

⁷⁸² Öztürk, F. (2012). s. 93.

⁷⁸³ Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, İstanbul: BFS Yayınları, s. 177. Dipnot 6.

⁷⁸⁴ Karamustafaoğlu, T. (1968). Anayasa Yargısının Önemli Sorunları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 3, s. 95.

⁷⁸⁵ Bu görüşün tenkidi ve Türk Hukukunda hükümet tasarrufu kapsamında mütalaa edilerek esastan incelenmemesi gereken sorunların listesi için bkz. Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku*, C. 1, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları, ss. 653-656.

⁷⁸⁶ Çağlar siyasi sorun u76y7doktrininin tanımının yapılamayacağını şöyle aktarır:

“Siyasi sorun doktrinin tanımını vermedeki zorluk karşısında ‘kemanlar küçük çellolardır ve çellolar büyük kemanlardır’ tanımına benzer bir tanımla, ‘siyasi sorunlar’ kazai usulle çözülemeyen konular, kazai usulle çözülemeyen konular da siyasi sorunlardır.”

Çağlar, B. (1986). *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, Anayasa Yargısı*, s. 139.

3.4.2. Sınırların İhlali: Yargısal Aktivizm

Yargısal kendini sınırlama ile siyasi sorun doktrini, yargının sınırlarını çizmeye çalışırken tabiatı gereği net bir sınır belirleyememektedir. Anayasa yargısının sınırlarının netleştirilemeyerek flu kalması, bu sınırların ihlali anlamına gelen yargısal aktivizm⁷⁸⁷ için de geçerlidir. Bu nedenle Ergül'ün yargısal aktivizm için "berraklaştırılamayan bir kavram" nitelendirmesi çok yerindedir⁷⁸⁸.

Yargısal aktivizm kavramı, tarih alanındaki çalışmalarıyla bilinen Schlesinger'ın 1947 tarihli bir makalesinde, yüksek mahkemede o dönem görev yapan dokuz yargıcı, aktivist olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayırmasıyla doğmuştur⁷⁸⁹. Kavram hukuki literatüre ilk kez 1955 yılında yayınlanan bir makaleyle kazandırılmıştır⁷⁹⁰. McWhinney, kaleme aldığı "*Yüksek Mahkeme ve Yargısal Siyasa Yapımı Çıkmazı*" başlıklı makalesinde, yargısal fonksiyonun "yargısal kendini sınırlama" ve "yargısal aktivizm" olmak üzere ikiye ayrıldığını iddia etmiş ve yargısal aktivizm geleneğini, özellikle temel haklara ve politikalara ilişkin uyuşmazlıklarda yargının yasamaya kıskanç gözlerle bakarak kanunların anayasaya aykırılığı hususunda haddini aşması olarak tanımlamıştır⁷⁹¹. Yazıldığı dönem dahi ufuk açıcı bulunan ve hukukçu akademisyenlerin dikkatini fazlasıyla üzerine toplayan bu kavrama teveccüh anayasa yargısı çağı olarak adlandırılan 20. yüzyılın son çeyreğinde ve 21. yüzyılın başlarında artarak devam etmiştir⁷⁹².

Günümüzde olağan yargı sınırlarını aşan mahkeme kararlarının aktivist olarak nitelendirilmesinde görüş birliği mevcutsa da; yargısal sınırların nerede başlayıp nerede bittiği hususunda mutabakata varılamadığı için kavram üzerindeki

⁷⁸⁷ Kavram bazı kaynaklarda "yargısal girişkenlik" şeklinde de gemektedir. Kapani, M. (1992). Çağdaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması: Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı, çev. Tunçay, M. *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul: İsrail Barosu Yayını. s. 151. Kavramın diğer bir kullanımı ise "yargısal atılganlık ve etkinlik" şeklindedir. Bkz. Karamustafaoğlu, T. (1968). s. 95.

Yargısal Aktivizmin kavramsal analizi için bkz. Korucu, S. (2013). Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl. 18, S. 69-70, ss. 201-225.

⁷⁸⁸ Ergül, O. (2013). ss. 38-54.

⁷⁸⁹ Schlesinger, A. M. Jr. (1947). The Supreme Court: 1947, *Fortune [Magazine]*, January 1947, Vol. XXXV, No. 1, s. 202-208'den aktaran; Kmiec, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, *California Law Review*, Vol. 92, Issue. 5, s. 1446.

⁷⁹⁰ Yargısal Aktivizmin ortaya çıkışı ve tarihi gelişimi için bkz. Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism, *Emory Law Journal*, Vol. 58, Issue 5 ss. 1195-1264.

⁷⁹¹ McWhinney, E. (1955). The Supreme Court and The Dilemma Of Judicial Policy-Making, *Minnesota Law Review*, Vol. 39, Issue 7, s. 837.

⁷⁹² Erken örnekler için bkz. Kmiec, K. D. (2004). s. 1446. 22. Dipnot.

1990-2000 arası "yargısal aktivizm" veya "yargısal aktivist" kelimelerinin geçtiği 3815 makale yayınlanmıştır. 2000 sonrasın ise yıllık ortama bu kavramları barındıran 500'e yakın makale yayınlanmaktadır. Kmiec, K. D. (2004). s. 1442.

tartışma bir türlü son bulamamaktadır⁷⁹³. Bu nedenle bir kararı yorumlayan, karara kendi zaviyesinden bakmakta ve beğenmediği karara tereddüt etmeden “aktivist” etiketini yapıştırmaktadır⁷⁹⁴.

Kavram içerdiği bu siyasi bakış açısı Amerika Birleşik devletlerinde çokça tartışılan ve iki karşıt kutup olarak sunulan yargısal kendini sınırlama ile yargısal aktivizm kavramlarının siyasten de muhafazakârlarla liberallere denk geldiği şeklinde hatalı bir anlayışa sebebiyet vermiştir⁷⁹⁵. Bazı örnekler bu yaklaşımı doğrular gibi görünse de aslında böyle bir genelleme yapmak oldukça yanıltıcıdır⁷⁹⁶.

Yargısal aktivizm, kamu politikalarına ilişkin karar aldıkları esnada diğer etkenler yanında, kişisel görüşlerini de kendi karar alma süreçlerine dâhil etmeleri olarak tanımlanmaktadır. Bu felsefeyi benimseyen yargıçlar anayasaya aykırılıkları tespit ve önceki içtihatları gözardı etme eğilimindedirler⁷⁹⁷. Yargısal aktivizmin daha kapsamlı bir tanımı ise şöyle yapılabilir; *gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmış aktif bir yaklaşımla, anayasa hükümlerini sahip olduğu anlamı zorlayarak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai aşamada yasama tasarruflarına ilişkin olarak siyasal iradenin de hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur*⁷⁹⁸.

⁷⁹³ Korucu, S. (2014). *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yaergısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 51.

⁷⁹⁴ Ergül, O. (2013). s. 49.

⁷⁹⁵ Barak, A. (2006). *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press. s. 265.

⁷⁹⁶ “Bu genel tanımlamanın bir sonucu olarak, çok da doğru olmayan bir biçimde, muhafazakar mahkemeler sınırlı (restraint), liberal mahkemeler ise aktivist (activist) olarak değerlendirilmişlerdir. Bugün, Amerikan anayasal siyasetinde sağda aktivist (activist on the right) mahkeme tabirinin sıklıkla kullanılması, “muhafazakâr-sınırlı” ve “liberal-aktivist” eşleşmesinin her zaman isabetli olmayabileceğini, ya da en azından böyle bir eşleşme zorunluluğunun bulunmadığını anlatmaktadır. Gerçekten de, muhafazakar eğilimli Baş Yargıç Rehnquist döneminin mahkemesi, muhafazakar ama aktivist olmakla eleştirilmektedir. Çünkü söz konusu dönemde Amerikan Yüksek Mahkemesi, Cumhuriyetçi muhafazakâr eğilimli politikaları ayakta tutmak için federalizm, ceza yargılaması ve kongrenin yetkileri gibi konularda “aktivist” bir tutum takınmıştır. Dolayısıyla, değerlendirmeyi yapan kişinin görüşüne göre, “olması gerekenin” dışına çıkan mahkeme kararları ve söz konusu karara imza atan yargıçlar “aktivist” olarak etiketlenebilmektedir.”

Ergül, O. (2013). s. 39-40.’dan naklen.

⁷⁹⁷ Garner, B A. (ed.) (2009). s. 922.

⁷⁹⁸ Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 35.

Yargısal aktivizmin ortaya çıkış biçimleri yazarlara göre değişkenlik göstermektedir. Marshall, araştırmaları neticesinde yargısal aktivizmin yedi farklı şekilde ortaya çıkabileceği sonucuna ulaşmıştır⁷⁹⁹:

“(1) *Çoğunluk Karşıtı (Counter-Majoritarian) Aktivizm: Mahkemelerin demokratik usullerle işbaşına gelen organların kararlarına uyma konusundaki gönülsüzlüğü;*

(2) *Orijinalist Olmayan (Non-Originalist) Aktivizm: Mahkemelerin karar verirken, kurucuların esas niyetine ve metne mutlak sadakat manasına gelen anayasanın orijinal anlamını gözardı etmesi;*

(3) *İçtihatî (Precedential) Aktivizm: Mahkemelerin yargısal içtihatları gözardı etmesi;*

(4) *Yargı Yetkisine İlişkin (Jurisdictional) Aktivizm: Mahkemelerin kendi görev ve yetkilerine yönelik sınırlara bağlı kalmaması;*

(5) *Yargısal Üretim (Judicial Creativity): Anayasa doktrinde yeni haklar ve teoriler oluşturulması;*

(6) *Telafi Edici (Remedial) Aktivizm: Yargı yetkisi kullanılmak suretiyle yasama ve yürütme kuvvetlerine müspet yükümlülükler dayatılması veya devlet kurumlarına zararı giderici önlemler alması konusunda yargısal vesayet uygulanması;*

(7) *Partizan (Partisan) Aktivizm: Yargı yetkisinin açıkça partizan amaçları icra etme maksadıyla kullanılması.*⁸⁰⁰”

Young, yargısal aktivizmin altı farklı görünüm biçimi olduğunu iddia ederken⁸⁰¹, Kmiec yargısal aktivizm kavramının beş farklı tanımının

⁷⁹⁹ Yazar makalesinin başlığına bu yedi farklı yolu “yedi günah” (*seven sins*) olarak taşımıştır. Marshall, W. P. (2002). *Conservatives and The Seven Sins Of Judicial Activism*, *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, Issue 4, ss. 1217-1256.

⁸⁰⁰ Marshall, W. P. (2002). s. 1220.

⁸⁰¹ Young, Marshall’ın 7 ölümcül günah olarak isimlendirdiği sınıflanmadan esinlenerek yargısal aktivizmin altı geniş kategorisini şöyle sıralamıştır:

(1) *Federal yasama/yürütmeyi veya federe hükümetleri sorgulamak, (second-guessing the federal political branches or state governments);*

(2) *Metinden ve/veya tarihten kopmak, (departing from text and/or history);*

(3) *Yargısal içtihattan ayrılmak, (departing from judicial precedent);*

(4) *Yargısal karar alanını dar veya minimalist tutmak yerine geniş veya maksimalist tutmak, (issuing broad or "maximalist" holdings rather than narrow or "minimalist" ones);*

(5) *Yargısal gücün geniş anlamda telafi edici olarak kullanımı, (exercising broad remedial Powers);*

yapılabileceğine dikkat çekmiştir⁸⁰². Korucu, her üç yazarın da görüşlerinden istifade ederek birbirini kapsayan veya tekrar niteliğinde olan unsurları çıkararak yargısal aktivizmin görünüm biçimlerini şöyle sınıflandırmıştır:

- “(1) *Çoğunluk Karşısı Aktivizm,*
- (2) *Çoğunlukçu Aktivizm,*
- (3) *İçtihatı Maksimalizm,*
- (4) *Anayasanın Orijinal Anlamının Gözardı Edilmesi,*
- (5) *İçtihatların Gözardı Edilmesi.*⁸⁰³”

Tanım ve görünüm biçimlerinde ortaya çıkan bu farklılık hem yargısal aktivizmin ortaya çıktığı kararların çeşitliliğine işaret etmekte hem de başta belirtmiş olduğumuz üzere kavramın tanımlanabilir olmadığı gerçeğini gözler önüne sermektedir. Yargısal aktivizm ucu açıklığı ve belirsizliği ile dikkat çekmektedir⁸⁰⁴.

Belirsizliği aşmak ve sınırları biraz daha belirlemek adına Özbudun’un önerisi dikkate değer:

“Anayasa mahkemelerinin temel haklar ve siyasal haklar konusunda aktivist bir tutum izlemeleri, demokrasinin güçlendirilmesi bakımından olumlu olmakla birlikte, aynı şeyi temel ekonomik tercihleri ilgilendiren hususlarda söylemek mümkün değildir. Nitekim Batı ülkelerindeki anayasa mahkemeleri, genellikle, temel haklar ve siyasal haklar

(6) *Yargıcın partizan tercihlerine göre karar vermesi, (deciding cases according to the partisan political preferences of the judges).*

Young, E. A. (2002), *Judicial Activism and Conservative Politics*, *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, No. 4. s. 1144.

⁸⁰² Tanımlar:

(1) *Yasama ve Yürütmeden sadır olan işlemlerin tartışmaya açık bir şekilde hükümsüz kılınması, (Striking down arguably constitutional actions of other branches)*

(2) *Yargısal içtihatların gözardı edilmesi, (Ignoring precedent)*

(a) *Dikey karşısında yatay içtihat, (Vertical versus Horizontal Precedent)*

(b) *Anayasal karşısında yasal karşısında ortak hukuk içtihatları (Constitutional versus Statutory versus Common Law Precedents)*

(3) *Yargısal yasama, (Judicial Legislation) (kürsüden kanun yapma / legislate from the bench),*

(4) *Kabul edilen yorum metodolojisinden ayrılma, (Departures from Accepted Interpretive Methodology)*

(5) *Sonuç odaklı yargılama. (Result-Oriented Judging).*

Kmieć, K. D. (2004). s. 1463-1476.

⁸⁰³ Yazar burada her bir kavramı detaylı bir şekilde açıklamakta ve ilgili görünüm biçiminin Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında uygulanma biçimine de örnekler sunmaktadır. Korucu, S. (2014). s. 54-114.

⁸⁰⁴ Göztepe, E. (2008). Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin “367 Kararı” için Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, *Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan*, cilt II: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 346.

konulannda çok daha sıkı ve yüksek standartlar uyguladıkları halde, sosyal ve ekonomik konularda yasama organına daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadırlar⁸⁰⁵.

Bu da, eşyanın tabiatına uygundur; çünkü ideolojik bakımdan mümkün olduğunca nötr bir belge olması gereken Anayasa'nın, bütün siyasal partilere aynı sosyal ve ekonomik tercihleri empoze etmiş olması düşünülemez. Aksi halde, çok-partili siyasal hayatın ve partiler-arası yarışmanın anlamı kalmaz.⁸⁰⁶

Ancak temel haklar konusunda aktivizm de demokrasiyi güçlendirmede bir araç olarak kabul edilebilirse de siyaset alanına yargıçların değer yargılarıyla müdahale etmesi sonucunu doğurabilecek öğeler içerebilmektedir. Modern toplumdaki temel haklara ilişkin pek çok tartışmalı mesele (kürtaj, eşcinsellerin evliliği, genetik deneyler yoluyla insan soyunun sürdürülmesi, pozitif ayrımcılık vb.) anayasa metninin neyi yasaklayıp neye izin verdiği, tartışanların dolayısıyla da yargıçların dünya görüşlerinden bağımsız biçimde belirlenememektedir⁸⁰⁷. Şu halde yargıçların siyasal tercihleri ve değer yargılarını yakından ilgilendiren bu tür konularda, değerlerden arındırılmış (*value free*) bir yorum faaliyeti düşünölemeyeceği için, yargıçların aktivist tutum yerine kendini sınırlama yaklaşımı sergilemeleri gerekmektedir⁸⁰⁸. Anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetlerini sorgulatmaksızın, gerektiği konularda yagısal aktivizme başvurmak suretiyle temel hakları genişletebilme imkânını Yavuz şöyle aktarmaktadır;

“... Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi yapmadığı, kendisini temel politika belirleyicisi konumuna getirmedeği, Anayasa'nın kendisine verdiği yetki sınırları içerisinde kaldığı, takdir yetkisini de varlık sebebi olan demokrasi ve insan haklarının geliştirilmesine yönelik olarak kullandığı takdirde, yargısal aktivizm ya da kendini tutma yöntemlerine başvurusunun sakıncası olmayacağını kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, anayasa ve hukuku ihlal eden hâkimler hükümetinin doğmasına sebep olan bir uygulamadan bahsedilecektir. Ayrıca, Anayasa

⁸⁰⁵ Brünneck, A. (1988) Constitutional Review and Legislation in Western Democracies, Landfried, (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, s. 243'ten aktaran, Özbudun, E. (2005). s. 351.

⁸⁰⁶ Özbudun, E. (2005). s. 351.

⁸⁰⁷ Göztepe, E. (2008). s. 349.

⁸⁰⁸ Özbudun, E. (2015). s. 51.

Mahkemesinin özellikle siyasi çekişme konusu olan davalarda bağımsızlık ve tarafsızlığını muhafaza ederek, objektif karar verebilmesi için çoğulcu bir yapıya kavuşturulması gerektiği düşüncesine de katılmamak mümkün değildir.⁸⁰⁹

3.5. Doğru Yorumun İmkânsızlığı Yanlış Yorumu Tespit Etmemize Engel Mi?

Montesquieu hâkimlerin kanunu söyleyen ağızdan başka bir şey olmadıklarını ifade etmişse de artık bu anlayış terk edilmiş, her metin gibi anayasaların da yorumlanması gerekliliği kabul görmüştür. Ardından klasik yorum metoduyla, hâkimlerin anayasayı yorumlarken asli kurucu iktidarın yerine kendilerini koyarak, onun ne kastettiğinin keşfedilmesi “yorum” faaliyetinin nihai hedefi olarak tayin edilmiştir. Anayasanın yorumlanması konusunda iki kutup bulunmakta, bunlardan ilkinin anayasanın yürürlüğe girdiği tarihteki anlamını esas alan orijinalistler oluşturmakta; diğer kutupta ise anayasanın değişen toplumsal koşullara uyum sağlaması gerektiğini savunan yaşayan anayasa (*living constitution*) yaklaşımı taraftarları yer almaktadır⁸¹⁰.

Anayasanın orijinal anlamını ortaya çıkarmaya yönelik orijinalistlerin koyduğu hedef çok gerçekçi değildir. Yargıç Brennan’ın ifade ettiği üzere, “*biz bugünkü yargıçlar, Anayasayı ancak 20’inci yüzyıl Amerikalıları olarak okuyup algılayabiliriz. En önemli soru, metindeki kelimelerin bugün ne anlamda olduğudur. Çünkü Anayasanın özelliği artık vaktini tamamlamış ve göçüp gitmiş bir dünyada taşımış olabileceği herhangi bir durağan (statik) anlama dayanmaz; büyük ilkelerinin güncel sorunlarla ve güncel ihtiyaçlarla başa çıkmaktaki uyarlanabilme gücüne dayanır*”⁸¹¹. Yargıç Brennan’ın görüşü klasik yorumun sonu çağdaş yorumun başlangıcına işaret etmektedir. Klasik yorum metodunun karşısında duran çağdaş yorum metodu ise hermeneutiki (yorumbilim) hukuk alanına yansıtılmış ve yorumun yorumcuya sıkı sıkıya bağlı olduğu, her yorumun yeniden anayasa yapmayla neredeyse eşdeğer olduğu sonucuna varılmıştır. Böylelikle

⁸⁰⁹ Yavuz, B. (2012). s. 70.

⁸¹⁰ Korucu, S. (2014). s. 79.

Amerikan Anayasacılığının 20. Yüzyıla damgasını vuran bu tartışmaya dair bkz. Graber, M. A. (2013). *A New Introduction to American Constitutionalism*, New York: Oxford University Press. s. 67-71.

Yaşayan Anayasa kavramının detaylı izahı için bkz. Ackerman, B. (2007). *The Living Constitution*, *Harvard Law Review*, Vol. 120, Issue 7, ss. 1737-1812. Rehnquist, W. H. (1976). *Notion of a Living Constitution*, *Texas Law Review*, Vol. 54, Issue 4. ss. 693-706

⁸¹¹ Kapani, M. (1992). s. 153.

anayasanın yorumcusu aynı zamanda anayasanın efendisi konumuna yükselmiştir⁸¹².

Yorum konusundaki bu kaygan zemin bizi, bir metnin yalnızca bir tane doğru yorumunun bulunmadığı, yorum metotları kullanılmak suretiyle farklı farklı doğru yorumlara ulaşılabileceği sonucuna ulaştırmaktadır⁸¹³. Yorumun bu denli geniş bir yelpazede yer alabilmesi, anayasa yargısının sınırlarını belirleme zarureti de beraberinde getirmiştir. Yargının bazen kendini sınırlandırması (*judicial self-restraint*), bazı davalara çözümün hukuktan ziyade siyasette olması nedeniyle davanın esasına girilmeksizin dosyadan el çekmesi (*political question doctrine*) gerekliliği öne sürülmüştür. Bunlara ilave olarak anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sorgulanmaması için yargısal aktivizm cihetine yalnızca temel hakları ilgilendiren konularda ve temel siyasi tercihler ile değer yargılarını ilgilendirmeyen alanlarda başvurması gerekliliği vurgulanmıştır.

Aktivizm, yorum sahibinin bakışına göre sübjektif bir değer yargısını içermektedir. Tabii ki yargıdan beklenen, yasama ve yürütmeden sadır olan işlemlere harfiyen uyması ve onlara karşı çıkmaması değildir. Anayasacılığın en somut kurumu olan anayasa yargısı kurumlarının da özgürlükleri genişletme anlamında aktivist bir tutum takınmaları dahi desteklenebilir⁸¹⁴. Ancak yargısal aktivizm ile yargısal kendini sınırlama arasında her somut olaya göre bir konum tayin etmesi gereken yargı, demokratik meşruiyetini sorgulatacak kararlar altına imza atmaktan geri durmalıdır.

Anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sorgulanmasına neden olabilecek en büyük etken ise yargısal aktivizm marifetiyle anayasanın “aşırı” veya “yanlış yorum”una başvurulmasıdır. Anayasanın birden fazla doğru yorumunun olabileceği gerçeği, çağımız hermeneutikinin bize sunduğu bir olgudur. Ancak anayasanın yanlış yorumunun da olabileceği dikkatlerden kaçmamalıdır. Eco’nun da belirttiği üzere “*tek bir yorumun doğru yorum olduğunu kanıtlamamız, hatta*

⁸¹² Dicey, A. V. (1982). s. 142.

⁸¹³ Uzun yorumdaki belirsizliği ve yorumun önemini şöyle tarif etmektedir:

“Yorum kaypaktır, oynaktır, kaygandır; ele avuca gelmez. Edebi bir metinde yorum imkânının genişliği, edebi zevki artırır. Doğru yorum hakkında konuşmak, edebi faaliyetin bir varyasyonudur. Edebi metinlerin doğru yorumuna ulaşmamış olmanın hayatımıza bir etkisi yoktur. Ama hukuk eğer şiddetse, zulümse, güvenlikse ve şefkatse; sorun edebiyattakinden farklıdır. Zira yorum öldürebilir, hakkımı elimden alabilir, özgürlüğümü kısıtlayabilir, iflas ettirebilir, çocuğumdan ayırabilir ve bunların dolaylı etkileriyle hayatım altüst olabilir. Bu sonuçlara ancak, yorum doğru olduğunda katlanılabilir.”

Uzun, E. (2014). s. 103.

⁸¹⁴ Ergül, O. (2013). s. 52.

doğru tek bir okuma olduğu yolundaki herhangi bir inanca bağlanmamız ille de gerekmezsiniz, bir metnin aşırı yorumunu ayırt edebileceğimizi ve ettiğimizi ısrarla” savunabiliriz⁸¹⁵. Şüphesiz bir yargı kararına karşı çıkıp aşırı yorum yapıldığını savunurken elimizde standart bir yorum bulunmamaktadır. Gözler’in belirttiği üzere “kimse Anayasa Mahkemesinin yaptığı yoruma hukuken karşı çıkamaz ve bu yorum içeriği ne olursa olsun sonucunu doğurur; bu yorumun iptal edilebilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, bu mantıken de tutarlı bir sonuçtur; zira, Anayasa Mahkemesinin yorumunun yanlış olduğunu söyleyebilmek için bu yorumun standart bir yorumla karşılaştırılması gerekir. Oysa elde böyle bir standart yorum yoktur.”⁸¹⁶.

Yorumun standadının bulunmayışı da kanaatimizce anayasa yargıçlarının aşırı yorumunu tespit etmemize engel teşkil etmez. Anayasanın birden ziyade anlama geldiği durumlarda anayasa yargıcının reyini “hak eksenli” (*right based*) bir anlayışla özgürlükler lehine kullanması yargısal aktivizmin olumlu tezahürünü oluşturur. Bu tür davalarda yargısal aktivizm temel haklar ve dolayısıyla da demokrasi lehine işlemektedir. Anayasa tarafından açıkça yasaklanmayan bir yasama işleminin aktivist tutumla ve yargıçların kişisel, siyasi veya felsefi tercihleri doğrultusunda hareket ederek çoğunluk karşıtı bir tutum sergilemeleri ise yargısal aktivizmin menfi görünümünü oluşturur ve anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sorgulanması neticesini doğurabilir⁸¹⁷.

Anayasanın kast ettiği anlam açıkken; yargısal aktivizm marifetiyle zorlama, aşırı veya yanlış yorumla anayasadan çıkarılamayacak anlamları türetmek ise anayasa yargısının demokratik meşruluğu sorununu derinleştirmektedir. 1982 Anayasasından örnek verecek olursak; anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil bakımından denetlenebileceği anayasanın 148. maddesiyle hüküm altına alınmış; maddenin ikinci fıkrasında bu sınır şöyle çizilmiştir: “...Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır”. Bu hüküm oldukça açık ve net bir şekilde kaleme alınmış, ayrıca mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleyebileceği bu şekil şartları tahdidi olarak sayılmıştır. Bu hükme rağmen anayasa mahkemesi

⁸¹⁵ Eco, U. (2013). s. 24.

⁸¹⁶ Gözler, K. (1998a). s. 207.

⁸¹⁷ Korucu, S. (2014). s. 159-167.

anayasayı aşırı/yanlış yoruma tabi tutarak esas bakımından anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetlemiştir⁸¹⁸.

Türk Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunu esas bakımından denetlemesi apaçık bir aşırı yorumdur ve mahkeme yargısal aktivizmi kullanmak suretiyle yetki sahasını genişletmiştir. Anayasa mahkemesinin bu aşırı yorumunu benimseyen ve bu yanlış yorumun, asli kurucu iktidarın tali kurucu iktidar üzerindeki tasarruf yetkisinden kaynaklandığını iddia eden görüşler de mevcuttur⁸¹⁹. Ancak bu görüş kanaatimizce bir totolojiyi, asli kurucu iktidarın çizdiği sınırları bu defa tali kurucu iktidarın değil anayasa yargısının aşmasını, barındırmaktadır. Çünkü asli kurucu iktidar anayasayla aynı zamanda anayasa değişikliklerinin yalnızca şekil bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenebileceğini hüküm altına almıştır. Anayasa yargısı bu sınırları aşarak asli kurucu iktidarın kendisine biçtiği rolün sınırlarını aşmakta ve böylelikle kurucu halkın iradesini aşırı yorumla hiçe saymaktadır.

Anayasa yargısının aşırı yoruma başvurduğu her örnek, demokratik meşruiyet krizlerine yol açmaktadır. Bazı alanlarda birden fazla doğru yorum olabileceğinin kabulü, tüm yorumların doğru olabilme ihtimalini içermemektedir. Yargısal aktivizm eliyle aşırı/yanlış yoruma başvurulması demokratik meşruiyetinin

⁸¹⁸ Detaylı bilgi ve kararların değerlendirilmesi için bkz. Hakyemez, Y. Ş. (2009). s. 63-83.

Türk Anayasa Mahkemesinin diğer aktivist kararları için bkz. aynı eser s. 83-181.

Ayrıca bkz. Abdulhakimoğulları, E. ve Baykan, B. (2012). Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 2012, S. 3., ss. 17-40. Aydın, M. (2010). 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, ss. 215-249; Can, O. (2007). Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, C. 62, S. 3, ss. 101-139; Atar, Y. (1996). Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Berki Armağanı, C.5, S.1-2, ss. 373-406.

⁸¹⁹ “Anayasalarda bulunan değişmez madde ve ilkeler, ancak demokratik şekilde oluşmuş ve karar alan anayasa-koyucu halk tarafından belirlenebilen ve bir kez belirlendikten sonra türev kurucu iktidarlara bağlayan düzenlemelerdir. Kurucu halk, değişmez maddeler yoluyla türev kurucu iktidara şu mesajı vermektedir: “Eğer bu temel çerçeve içerisinde hareket etmek istiyorsan, dilediğini yapabilirsin. Ancak eğer bu temel madde ve ilkelerden artık memnun değilsen, yeni bir devlet kurup yoluna kendi ülkende devam etmen gerekir.” Kanımızca, ülkeyi kuran kurucu halkın bunu söylemeye hakkı vardır.

Kurucu halk, hayata veda etmiş olsa da, anayasa mahkemesi aracılığıyla temel ilkelerinin korunmasını sağlamaktadır. Bir başka deyişle, anayasa değişikliklerinin denetimini yetkisi dâhilinde gören anayasa mahkemeleri değişmez maddeleri koruyarak kurucu halkın temsilcisi konumuna gelmektedir.”

Köybaşı, S. (2013). Anayasalarda Değişmezlik İlkesinin Teorik Temeli ve Anayasa Mahkemesinin Değişmez Maddeleri Koruma Sorumluluğunun Dayanağı, *Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar*, ed. Oder, B. E., İstanbul: Oniki Levha Yayınları, s. 19.; Benzer bir görüş için bkz. Kulak, S. C. (2010). Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, ss. 228-261.

Köybaşı'nın görüşlerinin daha detaylı yer aldığı bir metin için bkz. Köybaşı, S. (2014). *Anayasalarda Değişmezlik: Değişmez Maddelerin Teorisi ve Pratiği*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul. Yayımlanmamış Doktora Tezi.

sorgulanması ve zayıflaması sonucunu doğurmaktadır. Şu halde, anayasa mahkemelerinin bu tür yorumlama faaliyetinden uzak durması demokratik meşruiyetini güçlendirebilecek en önemli etkenlerden birisidir. Yargının etkinsizliği anlamına gelmeyen yargının hukuka bağlılığı olgusu, bu anlamda yargısal aktivizm günahının zıttıdır⁸²⁰.

Anayasa Mahkemeleri, siyasi tartışma konusu olan hususlarda, yargısal aktivizm ile yargısal kendini sınırlama arasındaki tercihini isabetli yapması halinde toplum nezdindeki güvenilirliğini de güçlendirebilecektir⁸²¹. Anayasa mahkemesinin yargısal aktivizmin sınırlarını dahi aşarak, Anayasanın ihlal edilmesinde gerçekleşen denetimleri kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruluğuna çok zarar vermiştir⁸²².

4. Anayasa Mahkemelerinin Kurumsal Yapısında Demokratik Meşruluk Sorunu

Anayasa Yargısının demokratik meşruluğunu etkileyen bir diğer önemli etken de anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısı ve kompozisyonuna ilişkin düzenlemelerdir. Bu etken, hem yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlayabilecek düzenlemeleri hem de anayasa mahkemesi üyelerinin parlamentolarca belirlenmesi suretiyle demokratik meşruiyetinin arttırılmasına ilişkin tedbirleri içermektedir.

Yargının bağımsızlığı, demokrasinin merkezi bir bileşenidir. Aynı zamanda kuvvetler ayrılığının, hukuk devletinin ve insan haklarının da vazgeçilmez bir ögesidir. Demokratik bir anayasa, açıkça veya zımnen yargının bağımsızlığına

⁸²⁰ Campbell, T. (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London: UCL Press. s. 116.

⁸²¹ “Anayasa mahkemesinin kararlarında eleştirdiğimiz husus parlamentoda ortaya konulan iradenin geniş yorumla iptal edilmesidir. Bu kararlar ülkeyi daha ileriye götürse dahi, demokrasi zaviyesinden bakıldığında meşru addedilemez. Çok sesliliğin ve tartışmanın esas olduğu bu sistemde, mahkeme üstün yetkilerini kullanarak politika belirlediğinde, jüristokrasi söz konusu olacaktır. Bu anlamda alınan kararlar demokratik bir ülkede meşru olamayacağından adil de olamayacaktır.” Değirmenci, R. (2014). *Siyasette Adaletin Tesisinde Anayasa Mahkemesinin Rolü ve Sınırları, Düşünen Siyaset*, S. 29 – Hak Hukuk Adalet, İstanbul: Lotus Yayınları, s. 289.

⁸²² Yavuz, B. (2012). s. 59.

ilişkin hükümlere yer verir⁸²³. Bu manasıyla yargının bağımsızlığı bir amaç değil ancak hukuk devleti ve anayasal hakları gerçekleştirmenin bir aracıdır⁸²⁴.

Anayasa mahkemelerinin kurumsal yapısı, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini de yakından ilgilendirmektedir. Öncelikle anayasa mahkemeleri de netice itibarıyla yargılama yapan kurumlar oldukları için tüm mahkemeler için olmazsa olmaz yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı kuşkusuz anayasa mahkemeleri için de geçerlidir. Bağımsız ve tarafsız olmayan bir anayasa mahkemesinin, görevini layıkıyla yerine getiremeyeceği için demokratik meşruiyet bahsine girmek dahi anlamsızdır. Mahkemeye bağımsızlık ve tarafsızlık hususunda güvenceler sağlandıktan sonra mahkeme üyelerinin belirlenmesinde demokratik meşruiyeti arttırıcı önlemlerden bahsedilebilir.

4.1. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Yargı bağımsızlığı, demokratik toplum ve hukuk devleti için hayati öneme sahiptir⁸²⁵. Bu nedenle yargı bağımsızlığının güvence altına alınmamış olduğu sistemlerde, gerçek anlamda hukuk devletinden söz etmeye imkân yoktur⁸²⁶.

Yargının bağımsızlığı genel anlamda devletin bir organının bağımsızlığını ifade etmek için kullanılıyor olsa da yargı örgütünün tamamını kapsayan ortak bir anlamı yoktur⁸²⁷. Anayasa yargısının bağımsızlığı gerek kendi bağımsızlığı gerek yargı teşkilatındaki diğer mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması açısından çifte önemi haizdir. Gerçekten de Anayasa Mahkemeleri hem kendileri bağımsız olması gereken yargı yerleri olarak hem de “yargı bağımsızlığı ve güvencesinin” güvencesi olarak ön plana çıkan kuruluşlardır⁸²⁸.

⁸²³ Barak, A. (2006). s. 76.

⁸²⁴ Yılmaz, H. (2009). *Türkiye'nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 19

⁸²⁵ Tiede, L. B. (2006). Judicial Independence: Often Cited, Rarely Understood, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 15. s. 129.

⁸²⁶ Özbudun, E. (2010). s. 130.

⁸²⁷ Yılmaz, H. (2009). s. 10.

“Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığına ilişkin bulgu ya da görüşlerimizin bir sulh mahkemesi açısından da geçerli olamayacağını daha en baştan bilmemiz gerekir.” Aynı yerden naklen.

⁸²⁸ Özey, İ. H. (1991). Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 8. s. 113.

4.1.1. Genel Olarak Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Barak, yargının bağımsızlığı ilkesini biri yargıca (*kişisel bağımsızlık/personal independence*) diğeri yargı kurumuna (*kurumsal bağımsızlık/institutional independence*) yönelik olarak iki şekilde tanımlamaktadır;

“Her yargıç, karar aşamasında, olguları değerlendirirken ve hukuku anlamlandırırken doğrudan veya dolaylı olarak uygunsuz etki, telkin ve baskılardan kendisini özgür hissetmelidir,

Yargı, yürütme ve yasamadan bağımsızlığını korumalı ve uyuşmazlığı yargısal faaliyet sınırları içerisinde çözüme kavuşturmalıdır.⁸²⁹”

Yazar bu ayrımı yaptıktan sonra kişisel bağımsızlığı, hukuk hariç hiçbir otoriteye tabi olmama⁸³⁰; kurumsal bağımsızlığı ise kuvvetler ayrılığının garantisi olarak yargı erkinin etrafına yasama ve yürütmeden etkilenmemesi için örülmüş duvarların varlığı şeklinde tanımlamıştır⁸³¹. Benzer ayrım Türkçe literatürde “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hâkimlerin bağımsızlığı” şeklinde yapılıyor olsa da ortak bir kullanım bulmak mevzuatta dahi mümkün değildir⁸³².

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin siyasal iktidarı sınırlama fonksiyonu olduğu, yargının ise kişilerin kendileri veya devletle aralarındaki uyuşmazlıkları çözen bir fonksiyon icra ettiğinden bahisle, yargının bağımsızlığı ile kuvvetler ayrılığı arasında doğrudan bir bağ kurulamayacağı doktrinde iddia edilmekteyse de bu görüş genel anlamda kabul görmemiştir⁸³³. Hukuk devleti ilkesinin hayata geçebilmesi ancak bağımsız yargı ile mümkün olabilmektedir. Kuvvetler ayrılığı ile yargı bağımsızlığı arasındaki ilişkinin diğer boyutu ise, yargının verdiği nihai kararlara devlet organlarının müdahale edememesi, onları değiştirememesi ve saygı göstererek uyması gerekliliğidir⁸³⁴.

Kuvvetler ayrılığını katı bir şekilde yorumlayarak, yargının yasama ve yürütme ile hiçbir irtibatı olmayacağı sonucuna ulaşmak yanıltıcıdır. Bu kanaat

⁸²⁹ Barak, A. (2006). s. 77-78.

⁸³⁰ Barak, A. (2006). s. 78.

⁸³¹ Barak, A. (2006). s. 80. Ayrıca bkz. Gönenç, L. (2011). s. 3.

⁸³² 1982 Anayasası da benzer bir ayrımı benimsemiş ancak kavramları biri diğerinin içerisinde olacak şekilde kullanarak netleştirmemiştir. Bkz. m. 138/başlık ve m. 140/3 "mahkemelerin bağımsızlığı", m. 140/1 "hâkimlerin bağımsızlığı".

⁸³³ Kornhauser, L. A. (2002). Is Judicial Independence Useful Concept, *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, London: Sage Publications, s. 47'den aktaran Yavuz, B. (2012). s. 13. dipnot 64.

⁸³⁴ Gönenç, L. (2011). s. 7.

fiilen dahi mümkün değildir⁸³⁵. Kuvvetler ayrılığını bu şekilde yorumlamak suretiyle her bir kuvveti devlet içinde küçük bir devlet yapan mutlak ayırımdansa, üç kuvvetin devletin iyi ve etkin yönetimini sağlamak adına işbirliği yapması anlayışı benimsenmelidir⁸³⁶.

Yargıç tüm baskılardan bağımsız yalnızca hukuka ve kanuna bağılı olarak karar vermekle mükelleftir⁸³⁷. Bu yönüyle hukuka bağılılık ile yargı bağımsızlığı madalyonun iki yüzü gibidir. Hâkimlerin emir ve talimatlarla bağılı olmaksızın, objektif ve tarafsız karar vermeleri, yalnızca hukuka bağılı kalarak karar vermeleri halinde mümkündür. Yargı bağımsızlığının tek konusu ve nihai amacı da bunu sağlamaktır⁸³⁸. Ancak bu amaca ulaşılmasıyla kurumsal bağımsızlık sağlanabilir olsa da hâkimlerin bireysel sorumluluğu ayrıca ele alınmalıdır. Başka bir ifadeyle, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığı için dıştan gelebilecek uygun olmayan etkilerin yokluğu yanında hâkimlerin zihniyet kalıpları da önemsenmelidir. Kendilerini hükümetin/devletin değil, hukuk ve adaletin sadık hizmetkârları olarak gören hâkim ve savcılar, bağımsızlık ve tarafsızlık standartlarını yukarı çekebilirler⁸³⁹.

Hâkimlerin gerçek manada tarafsız olabilmeleri bir takım mesleki teminatlarının olmasına bağılıdır⁸⁴⁰. Hâkimlik teminatı, hâkimlere tanınmış bir

⁸³⁵ Yavuz, B. (2012). s. 20.

⁸³⁶ Giegerich, T. (2009). Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler, *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği*, Ed. Taşkın, A. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 32.

⁸³⁷ Karlan, bağımsızlığı ikiye ayırarak kavramı, bir şeyden bağımsız olmak (*freedom from*) ve bir şeye karşı bağımsız olmak (*freedom to*) üzere ikiye ayırarak incelemiştir.

Bağımsız olunması gerekenler:

1. Fiziksel baskı (tehdit vs.)
2. Parasal sonuçlar (maaşlarının yeterli olması ve yolsuzluklara tevessül etmemeleri vs.)
3. Kişisel hırslar,
4. Siyasi alanlar, (yasama / yürütme)
5. Hâkimin kendi geçmişi.

Karşısında bağımsız durulması gereken şeyler:

1. Yüksek mahkemelerin daraltıcı içtihatları,
2. Mevzuatın sıkı pozitivist yorumu.

Bkz. Karlan, P. S. (1999). Two Concepts of Judicial Independence, *Southern California Law Review*, Vol. 72, Issues 2&3, ss. 535-558.

⁸³⁸ Metin, Y. (2010). Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Anayasa Yargısı*, C. 27, s. 219.

⁸³⁹ Yücel, M. T. (2014). Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 111., s. 131.

⁸⁴⁰ Başlıca teminatlar şu şekilde sağlanabilir: “Yargılama Hukuku kuralları ile; Basın Hukuku kuralları ile; Mesleğe alınmalarında ve atanmalarında benimsenen özel prensipler ile; Azledilememeleri prensibi ile; Ekonomik ve Sosyal haklarında alınan tedbirler ile; Coğrafi teminatların sağlanması ile v.s.”

Ünver, Y. (1988-1990). Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53, S. 1-3. s. 155.

imtiyaz değil, halk için kabul edilmiş bir teminatır. Teminatın esası kısaca, hâkimin, iktidar karşısında kendisini tam bir emniyette hissetmesi ve kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesidir⁸⁴¹. Yargının tam olarak bağımsızlığının sağlanması açısından kuşkusuz teminatların yeri büyüktür ancak bunun yanında yargının yönetim ve denetiminin nasıl yapıldığı da önem arz etmektedir. Yargının yönetim ve denetiminin bağımsız yargısal idari kurullara verilmemesi halinde teminatlar anlamını yitirecektir⁸⁴².

Yargının tarafsızlığı, esasen hâkimin davanın taraflarına karşı objektif davranması anlamına gelmektedir⁸⁴³. Bağımsızlık yargıyı dış etkenlerden korumayı hedeflerken tarafsızlık, yargıcın iç dünyasıyla ilgili bir kavramdır⁸⁴⁴. Bağımsızlık bu durumda tarafsızlığın ön koşuludur, çünkü bağımsızlığı sağlanamayan, herhangi bir güç odağından emir ve talimat alan bir mahkemenin ya da hâkimin tarafsızlığı söz konusu dahi olamaz⁸⁴⁵. Tarafsızlık daha ziyade hâkimlerin uyuşmazlığın tarafları karşısındaki durumunu ortaya çıkaran bir boyut taşıdığı için kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bakımından bağımsızlık kadar önemli olmadığı ifade edilebilir⁸⁴⁶. Tarafsızlık anayasallık

⁸⁴¹ Kapani, M. (1956). *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 85. “Hâkimlik teminatını, dar ve geniş mânada olmak üzere iki suretle anlamak mümkündür. Dar mânada teminat, hâkimlerin azilden masun olmalarıdır. Geniş mânada teminat ise, hâkimlerin sadece azledilememeleri değil, fakat, kanunda gösterilen hal ve usuller dışında, vazifelerinden muvakkaten olsun alınamamaları, rızaları olmaksızın yerlerinin değiştirilememesi, tekaüde sevkedilememeleri, ve maaşlarından mahrum edilememeleri hususlarını da ihtiva eder.” s. 84-85’ten aynen.

⁸⁴² Yanık, M. (2010). Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK’nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi, *Anayasa Yargısı*, C. 27. s. 162.

⁸⁴³ “Yargıç, tarafsız olmalıdır. Tarafsızlık, yargıcılığın zorunlu, olmazsa olmaz (sine qua non) koşullarından, dolayısıyla yargıçta aranan en temel niteliklerdendir. Yargıcın tarafsızlığı, temel bir ilke ve hak olarak da nitelenebilir.

Yargıcın tarafsız olması, genellikle, onun görev yaparken hiç kimseyi kayırmamasını, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, duygularına kapılmamasını, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında kalmamasını ifade eder yaparken yalnızca taraflardan birinin değil, kendi çıkarını da gözetmemeli; yalnızca taraflarla değil, önündeki sorunla ilgili kişisel duygu, görüş ve önyargılardan da uzaklaşmalı, sıyrılmalıdır. Çünkü, yargıç önüne gelen sorunları çözerken kendi çıkarını gözettiği veya kişisel duygularının, görüşlerinin ve önyargılarının etkisinde kaldığı zaman, artık olaya ve taraflara yabancı bir kişi, yani yargıç olmaktan çıkar ve resmen taraf olmadan olayla ilgili bir kişi haline gelir.”

Öden, M. (1993). *Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, s. 61-62.

⁸⁴⁴ Giegerich, T. (2009). s. 21-22.

Yukarıdaki tebliğin de sunulduğu toplantının geneline ilişkin bir değerlendirme için bkz. Koçöz, R. (2010). Uluslararası Sempozyumdan Yargısal İzdüşümler, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 68, S. 2, ss. 155-164.

⁸⁴⁵ Tutumlu, M. A. (2010). Yargıcın Tarafsızlığı: Mit mi? İdeoloji mi?, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 21. Kitap, Yay. Haz. Ökçesiz, H. ve Uygur, G. İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, s. 280.

⁸⁴⁶ Burada mahkemenin “yüce divan” sıfatıyla baktığı davalar, bireysel başvurular, milletvekilliğine ilişkin uyuşmazlıklar çalışmamızın konusu kapsamına girmediği için tarafsızlığa yönelik açıklamalarımızda gözardı edilmiştir.

Anayasa mahkemesini ve üyelerini ilgilendiren kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bahsinde ise durum farklı olup mahkemenin bu yönde verdiği kararlar mevcuttur. bkz. 24.02.1972 Tarih, 1972/4 Esas

denetimi açısından daha ziyade hâkimin siyasi görüşü ve siyasi partiler karşısında bağımsızlığı bağlamında önem arz etmektedir⁸⁴⁷.

Diğer devlet organlarının sınırlarına dair denetim yapabilen bağımsız yargı organı açısından yanıt bekleyen önemli bir soru da, bizzat yargı yerlerinin kendi sınırlarını aşması ihtimaldir. Denge ve fren (*check and balance*) bağlamında kuvvelter ayrılığı ilkesini hayata geçirme kapasitesine sahip yargı organlarının kendi yetki sınırlarını aşmaları halinde onları denetleyebilecek başka bir devlet organı gerekli midir? Diğer organlar da yargı organını denetlediği ve belli yaptırımlar uyguladıkları takdirde, kısır bir döngü ortaya çıkmaktadır. Bu döngüye son noktayı koyma vazifesini ise bağımsız yargı organına vermekten başka çare bulunmamaktadır⁸⁴⁸.

Netice itibariyle normatif düzeyde kurumsal bağımsızlığı sağlanmış bir Anayasa Mahkemesi ile tarafsızlığı çeşitli teminatlarla garanti altına alınmış Anayasa Mahkemesi hâkimlerinin varlığını kabul etmeyen bir sistem çağdaş meşruiyet standartlarını yerine getirememiş kabul edilmektedir. Anayasa yargısının demokratik meşruiyetine ilişkin tartışmamız ancak bağımsızlık ve tarafsızlığın anayasal ve yasal düzeyde garanti altına alındığını varsayarak anlam kazanabilmektedir.

4.1.2. Anayasa Mahkemesinin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Anayasa yargısının faaliyet alanı, tabiatı gereği siyasetle yakından ilgilidir. Kuşkusuz diğer yargı oranlarının bilhassa idari yargının verdiği kararlar da siyasi sonuçlar doğurabilmektedir ancak anayasa yargısı doğrudan parlamentonun çıkardığı kanunlar üzerinde anayasaya uygunluk denetimi yaptığı için vermiş olduğu kararlarının siyasi sonuçları daha fazla hissedilmektedir. Bu durum ise yargı ile devlet organları arasında sürekli bir gerilim olmasına sebebiyet vermektedir. Bu gerilim doğal ve hatta istenilir bir durumdur. Zira yasama ve yürütmeyi memnun eden bir yargının demokratik rejimde kendisinden beklenen

ve 1972/11 Karar ile 23.03.1973 tarih, 1973/2 Esas ve 1973/14 Karar sayılı kararlar. Kararların tahlil ve tenkidi için bkz. Öden, M. (1993). s. 70-74.; Benzer bir tartışma için bkz. Ergül, O. (2004). Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54. ss. 245-257.

⁸⁴⁷ Bu konuda Amerikan Yüksek Mahkemesi üzerine yapılmış ampirik bir çalışma için bkz. Sunstein, C. R.; Schkade, D.; Ellman, L. M. ve Sawicki, A. (2006). *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington D. C.: Brookings Institution Press.

⁸⁴⁸ Yavuz, B. (2012). s. 17.

fonksiyonu icra ettiğinden şüphe edilir⁸⁴⁹. Hâkimlerin burada yanıtlaması gereken soru: kendilerini iktidarın mı yoksa hukukun mu sadık birer hizmetkârı olarak gördükleri sorusudur⁸⁵⁰. Bu sorunun yanıtı büyük ölçüde Mahkemenin siyasi partiler ve aktörlerin karşısında bağımsızlık ve tarafsızlığını korumasına bağlıdır. Bu amaca ulaşmak için başta anayasalar olmak üzere yasal mevzuatta da düzenlemeler yapılmıştır.

1982 Anayasası hâkimlerin siyasi partilere üye olmalarını yasaklamıştır⁸⁵¹. Anayasadaki bu yasağa aykırı davrananların ise, meslekten çekilmiş sayılacakları kanunla hükme bağlanmıştır⁸⁵². Benzer hükümler ve hâkimlere yönelik siyaset yasağı, İngiltere, Kanada, ABD gibi batılı demokrasilerde de mevcuttur. Almanya'da ise hekimlere yönelik böyle bir engel bulunmamaktadır. Hâkimler siyasi partilere üye olabilecekleri gibi onlar adına açıklama da yapabilmektedirler. Böyle bir sınırlamanın olmamasının gerekçesi ise, herkes için geçerli olan temel haklar arasında yer alan siyasete katılım hakkından hâkimlerin de yararlanabilmeleridir⁸⁵³.

Almanya'daki bu düzenlemeye ve hâkimlerin önemli bir kısmının (1/3) siyasi partilere üyeliklerinin bulunmasına rağmen, hâkimler kendilerini siyaseten tarafsız ve yalnızca hukuku dikkate alarak karar verdikleri şeklinde tanımlamaktadırlar. Hâkimlerin Almanya'daki gibi siyasi partilere üye olmalarına müsaade edilse de, ülkemizin de içinde bulunduğu pek çok örnekte olduğu gibi siyasi partilere üye olmaları yasaklansa da, hâkimlerin kararlarını oluştururken siyasi ve kişisel görüşlerinden beslenmeleri kaçınılmazdır⁸⁵⁴. Hâkimler için önemli olan bu tür düşünce ve kanaatlerini kararlarına asgari düzeyde yansıtmaıdır. Hâkimlerin tarafsız olmaları dahi tek başına yeterli olamamakta, tarafsız olduklarına ilişkin

⁸⁴⁹ Yavuz, B. (2012). s. 18.

⁸⁵⁰ Yücel, M. T. (2014). s. 118-119.

⁸⁵¹ 1982 Anasası m. 68/5 “Hâkimler ve savcılar, Sayıştay dâhil yüksek yargı organları mensupları, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, Silahlı Kuvvetler mensupları ile yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasî partilere üye olamazlar.”

⁸⁵² 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, m. 51/5 “Hâkimler ve savcılar siyasi partilere giremezler, girenler meslekten çekilmiş sayılırlar.”

⁸⁵³ Kommers, D. P. (Autonomy Versus Accountability: The German Judiciary, *Judicial Independence in The Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, ed. Russel, P. H. ve O’Brein, D. M. Charlottesville ve London: University Press of Virginia. s. 138.

⁸⁵⁴ Kommers, D. P. (2001). s. 140.

kanaati sağlayıp korumaları da önem arz etmektedir. Aksi durumda yargıya olan güven azalacaktır⁸⁵⁵.

Yargıya olan güvenin bu şekilde zedelenmesi, yargının demokratik meşruluğu sorununu da beraberinde getirmektedir. Yargısal bir faaliyetin demokratik meşruiyeti, doğrudan halka dayanan bir meşruiyet olmayıp, halkın temsilcilerince yapılan hukuka dayanmak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum şöyle özetlenebilir:

“Yargının demokratik meşruiyetinin, öncelikle ve özellikle “kanuna bağlılık” yoluyla sağlanmak istendiğini söyleyebiliriz. Neticede kanun, demokratik meşruluğa doğrudan sahip organ olan parlamentonun iradesini temsil eder. Parlamenter usuller, şeffaflık ve katılımcılık esasına dayanır. Bu süreçten çıkan kararlar da, demokratik meşruiyetten yararlanır. Yargı organlarının aslî görevi ise, bu kuralların somut olaylarda ne anlama geldiğine bağlayıcı bir şekilde karar vermektir. Böylece yargı faaliyeti, demokratik meşruiyete sahip kuralları uygulamasından ötürü demokratik meşruiyetten payını alır.”⁸⁵⁶

Yargı demokratik meşruiyeti olan kuralları, ancak meşru sınırlar içerisinde kullanarak koruyup güçlendirebilecektir. Yargının meşru sınırları ise bağımsız ve tarafsızlığı sağlaması ve muhafazası halinde mümkün olabilmektedir⁸⁵⁷.

O halde şöyle bir tespit yapılabilir: demokratik meşruiyetten genel anlamda kastedilen halkın doğrudan yönetimi olmakla birlikte yargı boyutunda bu tanım değişikliğe uğramaktadır. Yargının demokratik meşruiyeti doğrudan değil dolaylı bir meşruiyettir ve ancak demokratik meşruluğu olan yasaları, bağımsız ve tarafsız biçimde uygulamasıyla mümkün olabilmektedir. Bu tespit olağan yargı yerleri için tereddütsüz geçerli iken, anayasa mahkemesi açısından farklılaşmaktadır. Demokratik meşruiyeti olan kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan Mahkeme, bu görevini yaparken meşruiyetini anayasadan almakta ve anayasa mahkemesi yargıcı ancak bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruduğu zaman bu meşruiyet sorgulanmamaktadır. Anayasa yargıcı karar verirken, kendi

⁸⁵⁵ Yavuz, B. (2012). s. 104.

⁸⁵⁶ Sancar, M. ve Atılğan, E. Ü. (2009). “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”: Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar, İstanbul: TESEV Yayınları, s. 37.

⁸⁵⁷ Tosun, F. M. (2010). Yargı ve “Demokratik Meşruiyet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 88., s. 325.

değer hiyerarşilerini ya da şahsi tercihlerini kararına mümkün olduğu kadar az yansıtmalıdır⁸⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi yargıcı, sair yargıçlardan daha farklı bir yargı alanında faaliyet göstermektedir. Bu alanı farklılaştıran mahkemenin faaliyet alanının siyasetle yakın ilişkisidir. Aslında anayasa mahkemesi yargıcının burada yaptığı siyasi-hukuki nitelikteki sorunları yargı usulünün tarafsız ve bağımsız süzgecinden geçirmekten başkası değildir. Bu anlamda anayasayla bağdaşmayan şey siyasi sorunların varlığı değil, yargıçların partizanca tavırlarıdır⁸⁵⁹. Anayasa yargısı çoğu siyasi anlamda sonuç doğran kararlar verdiği için bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlaması ya da en azından insanları sağladığına ikna etmesi her zaman kolay olmayabilmektedir. Bu nedenle anayasa mahkemelerinin üyelerinin belirlenmesi diğer mahkemelerden değişik usullerle yapılmaktadır.

4.2. Mahkeme Üyelerinin Belirlenmesi ve Görev Süresi

Anayasa yargısı kısaca, doğrudan doğruya anayasaya riyeti sağlayan her türlü yargı işlemi olarak tanımlanmaktadır⁸⁶⁰. Bu tanıma göre anayasa yargısı, bütün siyasi güçlerin anayasaya bağlı kalmasını sağlama fonksiyonunu da kapsamaktadır. Çünkü anayasa yargısının kaçınılmaz olarak siyasi bir yönü bulunmaktadır ve aslında yargısal görünüm altında siyasal güç kullanmaktadır⁸⁶¹. Anayasa mahkemelerinin teknik anlamda mahkeme değil, yargısal usuller uygulayıp yargısal kararlar veren ancak siyasal niteliği belirgin yüce kurullar olduğu dahi iddia edilmiştir⁸⁶². Tüm bu nedenlerle anayasa yargısının kendisinden beklenen işlevleri gereği gibi yerine getirebilmesinde mahkeme üyelerinin atanması hususunda izlenen usul büyük önem taşımaktadır⁸⁶³.

Anayasa yargısının siyasetle yakından ilgili bu özel karakteri ve anayasa mahkemelerine intikal eden uyuşmazlıkların çoğunun tabiatı gereği siyasal nitelik taşıması, bu mahkemelerin üyelerinin seçiminde genel mahkemelerinkinden çok farklı yöntemler kullanılmasını gerektirmiştir. Nitekim gelişmiş demokrasilerdeki

⁸⁵⁸ Çağlar, B. (1989). s. 176.

⁸⁵⁹ Karamustafaoğlu, T. (1968). s. 97.

⁸⁶⁰ Tunç, H. (1997). s. 18.

⁸⁶¹ Giegerich, T. (2010). s. 125.

⁸⁶² Özay, İ. H. (1996). Yasama - Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi, *Anayasa Yargısı*, C. 13, s. 33.

⁸⁶³ Giegerich, T. (2010). s. 126.

genel uygulama, anayasa mahkemeleri üyelerinin tümünün veya büyük bölümünün siyasal organlarca seçilmesidir. Anayasa mahkemesi üyelerinin siyasal organlarca seçilmesinin altında yatan neden ise, bu yöntemle anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirmektir⁸⁶⁴. Anayurt'un ifadesiyle;

“...mahkeme üyelerinin belirlenmesinde az ya da çok, doğrudan ya da dolaylı olarak halkın söz sahibi olabilmesi; mahkemenin anayasayı yorumlama yetkisini kurucu gücün belirlemiş olduğu sınırlar içerisinde kullanması; son sözü söyleyebilme yetkisinin daima yasama organına ait olması ve nihayet halk nezdinde mahkemeye güvenin yerleşmiş olması durumunda anayasa mahkemesinin demokratik meşruiyetinden söz edilebilecektir. Gerçektende, demokratik meşruiyetin bileşenleri olarak da ifade edilebilecek bu hususlardan herhangi birisinin sağlanamadığı ülkelerde mahkemenin meşruiyet sorunu ile karşı karşıya kaldığı görülmektedir.”⁸⁶⁵

Anayasa mahkemesi üyelerinin seçiminde siyasal organlara bilhassa milli iradenin temsilcisi olan parlamentolara ağırlık vermek kuşkusuz anayasa yargısının meşruluğunu güçlendiren en etkin yöntemlerden biridir⁸⁶⁶. Gerçekten, siyasal partilerin üye seçiminde etkin bir rol üstlenmesi, demokratik meşruiyet için vazgeçilmez sayılmaktadır⁸⁶⁷. Meşruluğu güçlendirmede etkin bir yöntem olmasına rağmen parlamentolara üye seçme yetkisi verilmesinin faydalı yönleri olduğu gibi sakıncalı yönleri de bulunmaktadır. Parlamentoların anayasa mahkemesine üye seçmesinin sakıncalı yönlerinin başında yargıyı siyasallaştırma tehlikesi gelmektedir⁸⁶⁸. Siyasal kurulların aday seçiminde kendi siyasal görüşlerine yakın olup olmadıklarına göre değerlendirme yapma eğiliminde olmaları ve seçtikleri

⁸⁶⁴ Özbudun, E. (2010a). Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması, *Yargısal Düğüm: Türkiye’de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler*, ed. Yazıcı, S. İstanbul: TESEV Yayınları, s. 13.

⁸⁶⁵ Anayurt, Ö. (2009). Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII., S. 1-2. s. 118.

⁸⁶⁶ Özbudun, E. (2015). s. 50.; Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). s. 402.; Gözler, K. (2011). C. II. s. 730-739.

30’a yakın ülkenin anayasa mahkemesi üyelerinin seçilme şekline ilişkin bir tablo için bkz. Başlar, K. (2005). Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma, *Demokrasi Platformu*, Yıl. 1, S. 2, ss. 87-112.

<http://www.anayasa.gen.tr/baslar-yenidenyapilanma.htm> (erişim: 05.02.2016)

⁸⁶⁷ Kaboğlu, İ. Ö. (1994). s. 22.

Anayasa Yargısının demokratik meşruiyetini sağlama adına radikal bir öneri olarak mahkeme üyelerinin de tıpkı parlamentolar gibi halk tarafından doğrudan seçilmesi düşünülebilir. Bu öneri denetlenen ile denetleyenin aynı olması ve gerçek anlamda bir denetimin ortadan kalkması sonucunu doğurabilecektir. Konunun ayrıntılı tartışıldığı bir metin için bkz. Özay, İ. H. (1992). s. 70.

⁸⁶⁸ Yavuz, B. (2012). s. 57.

zaman da anayasa mahkemesi hâkimlerinin belirli bir siyasi görüş taraftarıymış gibi bir algı oluşturmaları ihtimali mevcuttur⁸⁶⁹. Ancak başta da belirttiğimiz üzere anayasa yargısı kurumu tabiatı gereği siyasi olduğu için, siyaset kurumunun üye seçmesi neticesinde siyasallaşacağı ifadesi totoloji barındırmaktadır⁸⁷⁰. Günümüz itibarıyla Batı demokrasileri arasında anayasa mahkemesi hâkimlerinin seçimini parlamento iradesinden tümüyle koparmış hiçbir ülke bulunmamaktadır⁸⁷¹.

Her halükarda mahkeme üyelerinin parlamentolarca seçilmeleri halinde siyasi bir görüşle veya siyasi partilere yakınlıkla anılması kuvvetle muhtemeldir. Bu halin ise anayasa mahkemesinin bağımsızlığına ve tarafsızlığına dolayısıyla meşruluğuna zarar vermesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimali bertaraf etmek ve anayasa mahkemesindeki çoğulculuğu sağlamak için parlamentolarda anayasa mahkemesi üye seçimine dair nitelikli çoğunluk aranması usulü kullanılmaktadır. Nitelikli çoğunluk, muhalefetin de anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesinde etkili olması sonucunu doğurmakta, mahkemelerin benzer siyasi düşünceye mensup kişilerin tekeli altına girmesini engellemektedir⁸⁷².

Karşılaştırmalı hukukta anayasa mahkemesi üyelerinin seçiminde parlamentoya ağırlık verildiği hatta bazı ülke örneklerinde anayasa mahkemesi üyelerinin tamamının parlamentolarca seçilmesi sisteminin benimsendiği görülmektedir⁸⁷³. Ancak parlamento dışlamayan ve fakat devletin organları arasında anayasa mahkemesine üye seçiminin dengeli bir biçimde dağıtılması ve çoğulculuğu esas alan bir sistemin tercih edilmesi anayasa mahkemelerinin varlık sebebiyle daha uyumlu bir sonuç verecektir⁸⁷⁴.

⁸⁶⁹ Odyakmaz, Z. (2008). Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler, *Anayasa Yargısı*, C. 25, s. 185-186.

"Anayasa Mahkemesi gibi yüksek ve yüce bir mahkemenin üyelerinin şu veya bu siyasî partinin mensubuymuş veya yakınıymış gibi görünmesindeki mahzur izahtan varestedir kanaatındayım.

Kaldı ki geçmiş yıllarda Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılan seçimlerde adayların kendilerini tanıtmak yolundaki bütün iyi niyetlerine rağmen Meclis koridorlarında çalışmak zorunda kalmalarının yarattığı üzüntü verici hali hatırlatmak istemiyorum." s. 186'dan naklen.

⁸⁷⁰ Yavuz, B. (2012). s. 58.; Ayrıca bkz. Tunç, H. (1990). Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Yapısı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 2.

⁸⁷¹ Özbudun, E. (2010a). s. 13.

⁸⁷² Kaboğlu, İ. Ö. (1994). s. 22.; Özbudun, E. (2015). s. 50.; Doebling, K. (2002). s. 238.

⁸⁷³ Federal Almanya, Macaristan, Polonya Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamının yasama organlarıncı seçilmesi sistemini benimsemektedir. Bkz. Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). s. 402.

⁸⁷⁴ Yavuz, B. (2012). s. 56.

"... yasama organı tarafından seçilen üyelerin yine yasama organının işlemlerini denetleme görevi üslenmesi karşısında, bu denetimin etkisinin azalacağını, Mahkemenin yasama organı karşısında kısmen de olsa bir bağımlılığının oluşmasına sebep olacağını da belirtmek gerekir." (aynı yerden naklen)

Anayasa mahkemesi üyelerinin nitelikleri, başka bir ifadeyle üyelere aranan koşullar, bağımsızlık ve tarafsızlık yanında demokratik meşruiyeti sağlama anlamında da önem arz etmektedir. Bu anlamda diğer yargı organlarından farklı olarak siyasi bir yönü de olan anayasa mahkemeleri için yalnızca yargı organından üye seçmektense, devletteki üst kademe yöneticilerine ve hukuk ile siyaset bilimini de içine alan öğretim üyelerine ağırlık verme yöntemi genelde tercih edilmektedir⁸⁷⁵. Burada ağırlığın hukukçulara verilmesi, mahkemenin yargısal denetim işlevine katkı yapması açısından daha tercih edilebilir bir usuldür⁸⁷⁶. Bunun yanında, yargıçlık için ehil olma kriterini yalnızca hukukçulara endeksleyen görüşler de mevcuttur⁸⁷⁷.

Anayasa mahkemesi üyelerinde aranacak niteliklerde bir tanesi de yaştır. Üyelikte orta yaşı geçmiş kişiler tercih edilmek suretiyle verecekleri kararlarda daha az etki altında kalmaları ve uzun yıllar boyu edindikleri tecrübeleri yargıçlık kariyerlerine de yansıtılmaları beklenmektedir. Ancak yaşlı yargıçların verdikleri kararlarda toplumsal gerçek ve ihtiyaçlardan kopuk olmaları ihtimali de mevcuttur⁸⁷⁸. Yine de üyelik için belli bir olgunluk aranması gerekmektedir.

Anayasa mahkemesinin kurumsal yapısında meşruiyeti ilgilendiren bir diğer husus da anayasa mahkemesi üyelerinin görev süresidir. Üyelerin görev sürelerinin kısa tutulması ile bir yeniden seçilebilmelerinin aynı zamanda yürürlükte olduğu sistemlerde mahkemenin bağımsızlığının olumsuz etkileneceğinden kuşku duymamak gerekir. Yeniden seçilme olmaksızın üyeliğin kısa tutulması halinde ise içtihatların istikrar kazanamaması ve yargılamanın etkili bir şekilde yapılamaması riskleri mevcuttur. Bu verilerden hareketle karşılaştırmalı hukukta üyelik süresinin genel itibarıyla uzun tutulduğunu görmekteyiz⁸⁷⁹.

⁸⁷⁵ Atar, Y. (2008). s. 102.

⁸⁷⁶ Kaboğlu, İ. Ö. (1994). s. 29.

⁸⁷⁷ Kanadoğlu, O. K. (2008). Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 25. s.71.

Almanya’da Anayasa mahkemesi üyeliği için hukuk alanında lisansüstü eğitim şartı aranmaktadır. Giegerich, T. (2010). s. 129.

⁸⁷⁸ Artun, Ü. (1980). *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: "Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, s. 190-191.

Anayasa Mahkemesi üyeliği için aranması gereken niteliklerden biri olarak cinsiyet de akla gelmektedir. Artun kitabı kaleme aldığı yıllarda Türk Anayasa Mahkemesinde görev yapan hiçbir kadının olmamasından hareketle mahkemeyi “Bayan Üyelere Kapalı” olarak tasvir etmiştir. s. 192.

⁸⁷⁹ Başlar’ın 30 ülkeyi değerlendirdiği tablosunda ortalama üyeliğin 8 yıldan fazla olduğu gözlenmiştir. Başlar, K. (2005). ss. 87-112.

Anayasa Mahkemesi üyelik süresinin kısıtlılığı kadar uzunluğu da sorun teşkil etmektedir. Bazı ülke örneklerinde üyelik için herhangi bir sınırlama bulunmamakta üye olarak seçilen kişi ya yaşamı boyunca ya da emeklilik yaşına kadar görevde kalabilmektedir⁸⁸⁰. Süre sınırının olmaması anayasa mahkemesi üyelerinin toplumun evriminden kopma sakıncasını doğurmaktadır⁸⁸¹. Sürenin uzun olduğu hallerde, kamuoyu eğilimlerindeki değişimler anayasa mahkemesine yansıyamamakta, toplum ile mahkeme arasındaki makas giderek açılmaktadır⁸⁸². Bu nedenle Anayasa Mahkemesi üyeliğinin toplumsal değişim hızı ile birlikte düşünülerek makul bir süreyle sınırlandırılması demokratik meşruiyeti sağlaması bakımından isabetli bir tercih olacaktır⁸⁸³. Üyeliğin makul bir sürede tutulması, Mahkemenin müstakar bir içtihat tablosu sergilemesine de büyük ölçüde yardımcı olacaktır⁸⁸⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesine yönelik yapılan bir araştırmada, her ne kadar yargıçlar yaşam boyu üyeliğe atanıyor olsalar da ortalama yirmi iki ayda bir yeni bir üyenin atandığı tespit edilmiştir. Bu da her başkanın kendi döneminde iki yeni üyenin mahkemeye girmesi anlamına gelmektedir⁸⁸⁵. Makul bir sürenin belirlenmesinin ardından, mahkemenin bağımsızlığını ve hâkimlerin tarafsızlığını garanti altına almak adına üyelerin ikinci kez seçilebilmelerinin önü kapatılarak yalnızca bir defa seçilebilmek yeterli olmalıdır⁸⁸⁶.

Kurumsal yapı için önemli etkenlerden birisi de Mahkeme üyeliği ile bağdaşmayan hallerdir. Pek çok ülke örneğinde akademik faaliyetler dışında mahkeme üyeliğinden başka resmi ve özel görev alma yasağı uygulanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta üyelerin akademik faaliyetlerini mahkemedeki görevlerini aksatmayacak şekilde devam ettirmelerinin sakıncası olmadığı kanaati kabul

⁸⁸⁰ 1982 Anayasa'sının özgün halinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi emeklilik yaşı olan 65'e kadar devam etmekteydi. 2010 değişiklikleri neticesinde süre 12 yıla indirilmiştir.

"ABD'de Federal Yüksek Mahkeme üyeleri görevlerinde yaşam boyu kalabilirler. Ancak, 1869 yılında çıkarılan bir yasayla, üyelerin dilerlerse, 70 yaşına geldiklerinde ve en az 10 yıllık federal yargıçlık görevinde bulunmuş olmaları koşuluyla, ölünceye dek tam maaşla emekliye ayrılmalarına olanak tanınmıştır. Böylece, Mahkemede belli bir «gençleşme»nin dolaylı olarak sağlanabileceği umulmuştu. Ne var ki, bu «özendirici önlem» üyeler arasında sınırlı bir kabul görmüştür." Artun, Ü. (1980). s. 190. Dipnot 33.

⁸⁸¹ Kaboğlu, İ. Ö. (1994). s. 33.

⁸⁸² Özbudun, E. (2010a). s. 14.

⁸⁸³ Ulaş, B. (2005). Anayasa Mahkemesi Üyeliği, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 1-2. s. 343. Atar, Y. (2008). s. 103.

⁸⁸⁴ Özay, İ. H. (1996). s. 33.

⁸⁸⁵ Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, *Journal of Public Law*, Vol. 6, Issue 2, s. 284.

⁸⁸⁶ Atar, Y. (2008). s. 104.

görmektedir⁸⁸⁷. Bu kabul meşruluk açısından doğrudan etkili olmamakla birlikte, üyelerin akademik gündemi takiplerini ve tartışmalara vukufiyetlerini sağlayacağı için dolaylı olarak meşruluğu güçlendirebilecektir.

Anayasa yargısının kurumsal yapısında öne çıkan bir husus da üye sayısı olmaktadır. Üye sayısı farklı düşünceleri yansıtacak kadar fazla fakat toplanılması ve karar alınmasını güçleştirmeyecek kadar az olmalıdır. Aynı zamanda karşılaştırmalı hukukta sıklıkla tercih edildiği gibi tek sayı olmalıdır. Yargıçları çift sayıdan oluşan mahkemelerde karar yetersayısının belirlenmesi sorun teşkil etmektedir. Oyların eşit çıkması, Almanya'da olduğu gibi belirli durumlarda anayasaya uygunluk kararının tesadüflere kaldığı eleştirilerine neden olmuştur⁸⁸⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kurumsal yapısında bağımsızlık, tarafsızlık ve sorumluluk kavramalarının hayata geçirilmesinde mahkeme üyelerinin seçimi ve görev süresi çok önemlidir⁸⁸⁹. Anayasa mahkemesi üyelerinin kullandığı yetkinin asli kaynağı halk olduğu için üyelerin demokratik meşruiyete kavuşturulmaları bizatihi demokratik sistemin bir gerekliliğidir⁸⁹⁰. Burada hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile demokratik meşruiyeti arasında bir denge kurulmalıdır⁸⁹¹. Mahkemenin demokratik meşruiyetini güçlendirmede kullanılacak temsili kurumların üye seçmesi yöntemini öne çıkarmakla birlikte üyelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hususunda kuşkuya neden olabilecek düzenlemelerden de kaçınmak gerekmektedir⁸⁹².

5. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokratik Meşruluk Sorunu

Anayasacılık ile demokrasi arasında varolan derin ayrılığı azaltma gayretinde olan yazarlar, kavramlar arasındaki bu ayrılığı azaltabilecek formül

⁸⁸⁷ Kurnaz, A. H. (2006). Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi, *Yasama Dergisi*, S. 2, s. 101-102.

⁸⁸⁸ Lorz, R. A. (2003). Die Gefahr der Stimmengleichheit, *ZRP*, Heft 2, s. 36-39'dan aktaran; Kanadoğlu, O. K. (2008). s.72.

⁸⁸⁹ Palavrić, S. (2010). Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu, *Anayasa Yargısı*, C. 27. s. 24. Ss. 23-26.

⁸⁹⁰ Giegerich, T. (2010). s. 126.

⁸⁹¹ Giegerich, T. (2010). s. 136-137.

⁸⁹² Anayurt, Ö. (2009). s. 156.

arayışlarını sürdürürken, demokratik anayasacılık (*democratic constitutionalism*)⁸⁹³ ve halkçı anayasacılık (*popular constitutionalism*)⁸⁹⁴ olarak isimlendirdikleri iki kavram türetmişlerdir. Bu kavramlardan daha fazla benimsenin halkçı anayasacılık; halkın rolünün yalnızca anayasanın yapıldığı sırada beliren iradesinden ibaret olmadığı, aksine anayasanın uygulanması ve yorumu üzerinde halkın aktif ve sürmekte olan kontrolünü de kapsadığı anlayışına dayanmaktadır⁸⁹⁵.

Rothbard, Amerika'nın bir anayasası olduğu ve bu anayasanın devletin bazı kuvvetlerini katı bir şekilde sınırlandığı tespitini yaptıktan sonra, 18. yüzyılda keşfedildiği üzere anayasanın kendi kendisini yorumlayamayacağını ve uygulayamayacağını; anayasanın ancak insanlar tarafından yorumlanabileceğini ifade etmiştir. Şayet anayasayı yorumlama tekeli yüksek mahkemeye verilirse, mahkeme kaçınılmaz olarak yetkisini geniş yorumlamaya meyledebilecektir. Buna ilaveten her fırsatta yüksek perdeden seslendirilen “frenler ve dengeler” sistemi ile “kuvvetler ayrılığı” ilkesi zayıflayacaktır. Çünkü fren ve denge sistemi ile kuvvetler ayrılığı ilkesinin nihai tahlili aynı organ tarafından yapılacak ve aynı hâkimler tarafından uygulanacaktır⁸⁹⁶.

Anayasacılık karşıtlığı ile bilinen Waldron gibi yazarlar için ise bu kavramsallaştırmalar anlamsızdır çünkü anayasacılık ile demokrasinin karakteristik amaçlarının birçoğu ve halkın kendi kendini yönetmesi arasında ideolojik karşıtlık bulunmaktadır. Anayasacılık ile demokrasiyi, birbirine yaklaştıran bu türden kavramsallaştırmalarla sunmak mümkün olsa dahi, bunlar gerçekçi değildir. Halkın kendi kendini yönetmesi bağlamında yapılması gereken bu iki kavram arasındaki uçurumu derinleştirmek ve ayrımı keskinleştirmekten başkası değildir⁸⁹⁷.

⁸⁹³ Michelman, F. I. (1999). What (if anything) is Progressive-Liberal Democratic Constitutionalism?, *Widener Law Symposium Journal*, Vol. 4, ss. 181-200.

⁸⁹⁴ Kramer, L. D. (2004a). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press.

⁸⁹⁵ Kramer, L. D. (2004). s. 959.

⁸⁹⁶ Rothbard, M. N. (2002). *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Revised Edition, New York: Collier Macmillan Publishers, s. 48.

⁸⁹⁷ Waldron, J. (2009). Constitutionalism – A Skeptical View, *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Ed. Christiano, T. ve Christman, J., Massachusetts: Willey- Blackwell Publishing Ltd. s. 279.

Fleming'e göre halkçı anayasacılığın (*popular constitutionalism*) beş versiyonu bulunmaktadır⁸⁹⁸:

“1. Anayasacılık karşıtlığının halkçı görünümünde, halkın kendi kendini yönetmesi hususunda anayasal sınırlamalara karşı çıkılır, anayasal sınırları zorla uygulatacak olan anayasa yargısından ise hiç bahsedilmez⁸⁹⁹.”

2. Halkçı anayasacılık, halkın kendi kendini yönetmesinde anayasal sınırlamaları kabul eder fakat bu sınırların anayasa yargısı tarafından zorla uygulanmasına karşı çıkar⁹⁰⁰.

3. Halkçı anayasacılık, halkın kendi kendini yönetmesindeki anayasal sınırlamaları ve bu sınırların anayasa yargısı tarafından zorla uygulanmasını kabul eder fakat yargının üstünlüğüne karşı çıkar. Kramer'in temsil ettiği bu görüşte, yargının üstünlüğüne halkçılık ve bölümlere ayırmacılık (*departmentalism*) lehine itiraz edilir. Bölümlere ayırmacılıktan kasıt, anayasanın yorumlanmasında yasama ve yürütmeye de söz hakkı tanınması ve belirli konular için nihai yorum yetkisinin bu iki organa verilmesidir. Halkçılıktan kasıt ise, halkın bizzat kendisinin bölümler üzerinde ve karşısında nihai yorumcu olmasıdır⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ Fleming, J. E. (2005). Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Issue 4. s. 1378-1380.

⁸⁹⁹ Bu görüş için bkz. Parker, R. D. (1993). "Here, the People Rule": A Constitutional Populist Manifesto, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 27, No. 3, ss. 531-584.

Parker makalesinin başında ortodoks anayasacılığın üç temel fikrine karşı çıkmaktadır:

“(1) Anayasal demokrasiyi, halkçı demokrasinin karşıtı olarak tanımlamaktayız. Bu anlayış halkın siyasal enerjisini büyütme, canlandırma ve serbest bırakmak yerine onu sınırlama ve uysallaştırmaya gayret etmektedir.

(2) Anayasal hukuk üstün hukuftur. Maddi içeriği ve uygulaması, siyasetin fonksiyonelliği ile esas niteliğine üstün tutulmaktadır.

(3) Netice itibarıyla modern anayasal hukukun ana vazifesi bireyleri ve azınlıkları çoğunluk iktidarından korumaktır.” (aynı eser s. 531.)

⁹⁰⁰ Bu görüşteki yazarlara çalışmamızın “Anayasa Yargısı ile Demokrasiyi Bağdaştıramayan Teoriler” kısmında yer verilmiştir.

İlgili eserler için bkz. Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press.; Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press.

⁹⁰¹ Kramer'in eseri için bkz. Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press.

Mezkur çalışma Amerikalı Anayasa Hukukçuların dikkatini çekmiş ve bu konuda 2005 yılında Chicago-Kent College of Law'da iki gün süren bir sempozyum düzenlenmiş ve tebliğlerin tamamı *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, Issue 3'de yayımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hamilton, D. W. (2006). Introduction A Symposium on The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review, , *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, Issue 3, ss. 809-813.

4. Bölümlere ayırmacılık taraftarları (departmentalists) halkçı değildir. Whittington örneğinde olduğu gibi, yargı organının yanısıra yasama ve yürütmeye de anayasayı yorumlama hususunda yetki tanınmaktadır⁹⁰².

5. Toplumsal hareket (social movement) eksenli halkçı anayasacılık taraftarları yargının üstünlüğüne doğrudan karşı çıkmazlar fakat mahkeme dışında cereyan eden halk merkezli toplumsal hareketlerin nasıl normları dönüştürebileceği ve nihayetinde mahkemeler tarafından bu dönüşümlerin kabul edilebileceğine yoğunlaşırlar⁹⁰³.”

Bu tasnifteki ilk iki madde anayasacılıktan uzaklaşıp halkçılığa yaklaşırken, son iki madde halkçılıktan uzaklaşıp anayasacılığa yakın durmaktadır. Beşinci maddedeki toplumsal hareket eksenli halkçı anayasacılığın ise zaten yaşandığını savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre, Amerikan sistemi zaten halkçı anayasacılığı benimsemektedir. Halkın düşünceleri ile yüksek mahkeme kararları ve anayasanın yargısal yorumu arasında zaten bir ilişki bulunmaktadır. Yüksek mahkeme zamanla halkın iradesini yansıtmaya başlamıştır. Ancak halk ile mahkeme arasındaki bu ilişki doğrudan bir ilişki değildir. Kamuoyu, mahkemenin ne yaptığı hakkında zaman içerisinde bilgi sahibi olmakta ve mahkeme kararlarına cevap vermektedir. Mahkeme de halkın fikirlerinden bu yolla haberdar olmakta ve kararlarında bunları hesaba katmaktadır⁹⁰⁴. Tushnet de benzer fikirleri paylaşılarak, halkçı anayasacılığın aslında halk, kanun koyucu, yürütme ve mahkemeler arasındaki iletişimden farklı bir şey olmadığını ileri sürmüştür⁹⁰⁵.

Halkçı Anayasacılıktan anlaşılması gereken ise kanaatimizce Fleming'in ayrımında üçüncü maddede işaret ettiği, anayasal sınırların ve bu sınırların anayasa yargısı organlarınca denetlenmesinin kabulü fakat yargının üstünlüğünün koşulsuz olarak benimsenmemesidir. Bu görüşte, halkın iradesinin mümkün

⁹⁰² Whittington, K. E. (1999). *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*. Massachusetts: Harvard University Press; Whittington, K. E. (1999). *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas.

Bu görüş için ayrıca bkz. Sunstein, C. R. (1998). *The Partial Constitution*, Massachusetts: Harvard University Press. Fleming, J. E. (2000). The Constitution Outside the Courts, *Cornell Law Review*, Vol. 86, Issue 1, ss. 215-250.

⁹⁰³ Siegel, Post ve Forbath tarafından savunulan bu görüşlerin detaylı analizi için bkz. Kramer, L. D. (2004). s. 975-985.

⁹⁰⁴ Friedman, B. (2002). Mediated Popular Constitutionalism, *Michigan Law Review*, Vol. 101, s. 2599.

⁹⁰⁵ Tushnet'in Kramer'in "The People Themselves" adlı eserini tahlil ve tenkit ettiği bu çalışma için bkz. Tushnet, M. (2006). s. 997.

mertebede anayasanın yorumuna, yargı sürecine ve kararlarına yansıtılması hedeflenmektedir.

20. yüzyıl hukuk teorisyenleri, hukuk ile siyaset arasındaki ilişkiye dair görüşlerini berraklaştırmaktan kaçınmışlardır. Çağımız yazarları en az iki noktada hukuk ile siyasetin ayrıştığını söylemektedirler. Bunlardan ilki siyasetin özgür seçim ve iradenin ürünü olması, hukukun ise objektif bileşenleri ile bağlı ve sınırlı olarak anlaşılmasıdır. İkincisi ise, siyasetin yasama, yürütme ve diğer hesap verebilir konumdaki kamu görevlilerinin yetki alanına girerken; hukukun, hukukçular, yargıçlar ve mahkemelerin yetki alanına girdiği yönündedir. Bunlar çağımızda kanıksanmış varsayımlardır. Halkçı anayasacılık bunlardan ilkinin benimser ve hukuki yorumunun siyasettekinden farklı sınırlarını kabul eder. İkinci yaklaşımdan ise, yasaları yorumlamanın yalnızca mahkemelere hasredilemeyeceği, yorumun diğer siyasi dallar (yasama-yürütme) ve geniş halk kesimleri arasında eşit paylaştırılması gerekliliği noktalarında ayrılır⁹⁰⁶.

Kramer çok ses getiren kitabının giriş bölümünde, tarihi referanslarla Amerikan Anayasası için son söz hakkının halkta olduğunu vurgulamaktadır. Halkçı anayasacılık kavramını ise şu ifadeleriyle berraklaştırmaktadır:

“Anayasamızın çağdaş anlamı, tazeliğini hiç yitirmemiş bir antikayı andırmaktadır. Bu ne anayasacılığın orijinal kavramını yansıtır ne de Amerikan tarihi boyunca yaşananları. Aslında her ikisini; anayasacılığın hem kökleri hem de tarihimizdeki serüvenini yansıtmaktadır. Amerikan anayasacılığı, anayasanın uygulanmasında sıradan vatandaşlara merkezi ve asli bir rol verilmesidir. Nihai yorum otoritesi de “halkın bizzat kendisinin” uhdesindedir...”⁹⁰⁷

Anayasa yargısı ile demokrasinin bağdaşıp bağdaşmaması sorununu ortaya çıkaran sebep aslında hangi kurumun anayasa “yorum”una itibar edileceği meselesinden ibarettir. Diğer bir ifadeyle “anayasa”nın aslında ne anlama geldiğine, yasamanın mı yoksa yargının mı karar vereceğinden başkası değildir. Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi de yapılmakta, ancak bu

⁹⁰⁶ Kramer, L. D. (2006). The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 41, Issue 2. s. 699-700.

Yazar bu çalışmada Madison’ın yargının üstünlüğünün tamamen cumhuriyetçilik karşıtı olduğu, anayasanın yorumunda son söz hakkının hesap verebilir bir kurum olarak tasarlanmamış olan yargıdansa bizzat halkın kendisinde olduğu konusundaki görüşlerine yer vermiştir. s. 743-744.

⁹⁰⁷ Kramer, L. D. (2004a). s. 8.

aşama neticesinde anayasaya uygun bulunan kanunlar, yasalaşma evresini tamamlayabilmektedir. Kanunların anayasaya uygunluğu karinesi de bu duruma işaret etmektedir. Halkçı anayasacılığın, yargının üstünlüğü ilkesine düştüğü şerhin çıkış noktasını da aslında bu karine oluşturmaktadır.

Takip eden üç alt başlıkta halkçı anayasacılık perspektifinden hareketle, yargının üstünlüğü ile seçilmişlerin veya parlamentonun üstünlüğü⁹⁰⁸ arasındaki gerilimli alanların giderilmesine yönelik önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

5.1. Mahkemenin Bazı Kararlarında Nitelikli Çoğunluğun Aranması

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine geçmeden önce ilk anayasallık denetimi olarak adlandırabileceğimiz kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimini yani yasalaşma sürecini biraz açmak gerekmektedir. Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi, kanun tasarı veya teklifinin parlamentoya sunulmasından, kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan sürede yapılan (ve yargısal olmayan) ⁹⁰⁹ denetimi kapsamaktadır⁹¹⁰.

Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi biri parlamentolarca diğeri devlet başkanı tarafından yapılan denetim olarak ikiye ayrılmaktadır. Yasama organı genel kurulu sayıları ülkelere göre değişmekle birlikte yüzlerce kişiden oluştuğu için, bu aşamada yapılan denetim genelde ihtisas

⁹⁰⁸ Parlamentonun egemenliği teorisi 1835 ila 1922 yılları arasında yaşamış olan İngiliz yargıç ve anayasa teorisyeni Albert Venn Dicey'nin öne çıkardığı bir teoridir. Dicey "*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*" isimli eserinde İngiliz siyasi sisteminin baskın karakteri olarak tarif ettiği Parlamentonun Egemenliğini şöyle tanımlar:

"Parlamentonun egemenliği ilkesi tam olarak şu anlama gelir: Parlamento istediği kanunu yapma ve yapmama hakkına sahiptir. Hiçbir kişi veya kurum İngiliz hukukunda Parlamentodan daha üstün olmadığı gibi onu reddetme hakkına da sahip değildir."

Dicey, A. V. (1982). s. 20.

Parlamentolara Bodin'in kullandığı manada egemenlik izafe edilemeyeceğinden bahisle, kavram olarak parlamentonun egemenliğindense, "Parlamentonun Üstünlüğü" (*Supremacy of Parliament*) kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağını öne süren Jeninngs ve Wade gibi yazarlar olmuştur. Bkz. Özbudun, E. (1968). İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25. S 1-2. s. 78.

⁹⁰⁹ Burada "yargısal olmayan" ifadesi, Fransa'da olduğu gibi kanunun yürürlüğe girmeden evvel, yüksek yargı organlarınca önleyici (*a priori*) denetim şeklinde uygulanan anayasaya uygunluk denetimini siyasi denetimden ayırmak için vurgulanmıştır.

Önleyici denetim hakkında genel bir değerlendirme için bkz. Tunç, H. (1997). s. 55-62.; Gören, Z. (1996). Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi, *Anayasa Yargısı*, C. 13, s. 104-113.; Shapiro, M. M. (1990). Judicial Review in France, *Journal of Law & Politics*, Vol. 6, Issue 3, ss. 531-548; Stone Sweet, A. (2007). The politics of constitutional review in France and Europe, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, ss. 69-92 özellikle s. 71.

⁹¹⁰ Gönenç, L. (2010). s. 4.

komisyonlarınca yürütmektedir⁹¹¹. Bu komisyonların görevi, kendilerine yönlendirilen kanun önerilerini anayasa bakımından incelemek, anayasaya aykırı hükümler taşıyıp taşımadığını tespit etmek ve şayet taşıyorlarsa o hükümleri anayasaya uygun hale getirmek ya da ilgili hükümleri öneriden tümüyle çıkarmaktır⁹¹². Meclis komisyonlarınca yapılan denetimin önleyici ve siyasi bir anayasallık denetimi olduğu fakat etkin olmayan bir denetim türü oluşturduğu yönünde doktrinde ortak kanaat mevcuttur⁹¹³.

Anayasaya uygunluk denetiminin ihtisas komisyonları tarafından yapılması haricinde, yasama organının çift meclisten oluştuğu sistemlerde (*bicameralism*) anayasaya uygunluk denetimi yasama organının diğer kanadı tarafından da yapılmaktadır. Çift meclis sisteminde ikinci meclislerden beklenen işlev, birinci meclisin aşırılıklarının frenlenmesi ve orada kabul edilen bir kanunun yerindelik ve anayasallık bağlamında yeniden denetime tutulmasıdır⁹¹⁴.

Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi zincirinin son halkasını devlet başkanınca yapılan denetim oluşturmaktadır⁹¹⁵. Devlet başkanına bu yetkinin tanınması, kanunların anayasaya uygunluğunu güvence altına alma rolünden kaynaklanmaktadır⁹¹⁶. Bu yetkinin hukuki niteliği ve kullanım şartlarına ilişkin tartışmalar, denetimin yerindelik mi yoksa anayasallık mı olduğu hususunda

⁹¹¹ Parlamentolarda yer alan komisyonların tarihi gelişimi, çeşitleri ve işlevleri için detaylı bir çalışma için bkz. Karamusatafaoğlu, T. (1965). *Yasama Meclisinde Komisyonlar*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

⁹¹² Onar, E. (2003). s. 20.

⁹¹³ Tunç, H. (1997). s. 64.

⁹¹⁴ Yavuz, B. ve Bülbül, M. (2012). Çift Meclis Sistemi ve Türkiye, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 16, S. 1, s. 221

Yasama organının çift meclisten oluşması hakkında detaylı bilgi ve Türkiye’de uygulanabilirliği için bkz. Ayrıca bkz. Uran, P. (2008). *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, Ankara: Yetkin Yayınevi; Eroğul, C. (1977). *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları; Arsel, İ. (1954). Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, ss. 60-105.

Çift meclisli sistemlerdeki ikinci meclisin anayasa uygunluğundaki rolüne ilişkin bir tablo için bkz. Russell, M ve Reidy, A. (1999). *Second Chambers as Constitutional Guardians and Protectors of Human Rights*. The Constitution Unit, School of Public Policy, University Coll: London. Ek. 2, ss. ii-iii.

<https://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/44.pdf> (erişim tarihi:09.02.2016).

⁹¹⁵ Devlet başkanının veto yetkisine ilişkin karşılaştırmalı örneklerle de yer veren kısa bir çalışma için bkz. *Presidential Veto Powers*, The International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) Yayınları, http://www.constitutionnet.org/files/presidential_veto_powers.pdf (erişim tarihi 09.02.2016)

⁹¹⁶ Cappaletti, M. (1971). s. 6.

Aynı gerekçeden hareketle devlet başkanını “Anayasanın Koruyucusu” olarak gören yazarlar da olmuştur. Feyzioğlu, T. (1951). s. 15.

yoğunlaşmaktadır⁹¹⁷. Devlet başkanının bu yetkiyi hangi saikle kullandığı, ancak geri gönderme/veto gerekçesine bakılarak anlaşılabilmektedir. Fakat genel anlamıyla devlet başkanının veto yetkisi, siyasal ve önleyici anayasallık denetimi olarak kabul edilmektedir⁹¹⁸.

Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminin yararsız değil fakat yetersiz olduğuna dair görüş birliği vardır⁹¹⁹. Bu nedenle, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin etkin bir şekilde yapılabilmesinin ancak hukuki denetimle mümkün olacağına yönelik ortak bir kanaat gelişmiştir⁹²⁰. Tarihten günümüze anayasa yargısının giderek daha fazla benimsenmesi de bu kanaatin genel kabul gördüğünü göstermektedir.

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca hukuki denetime tabi tutulması, gerek anayasacılık açısından gerekse de anayasanın üstünlüğü açısından olmazsa olmaz olarak görülmekteyse de, bu tablonun yargının üstünlüğü ile sonuçlanıyor olması, başka bir ifadeyle anayasanın ne olduğuna dair nihai yorumun yargı organlarınca yapılıyor olması, halkçı anayasacılık anlayışıyla çelişmektedir. Kanaatimizce anayasa yargısının meşruluğunun sorgulanmaması adına bu çelişkinin giderilmesi, bunu sağlamak için de anayasanın ne anlama geldiği hususunda yargı organlarıyla seçilmiş temsilcilerin nitelikli çoğunluğu arasında bir çatışma olduğunda, nihai yorum hakkının seçilmiş temsilcilere veya doğrudan halka verilmesi isabetli olacaktır.

Her ne kadar yeterli ve etkin bir denetim olarak olmasa da kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi, hem yasama organının hem de devlet başkanının ilgili kanunun anayasaya uygun olduğunu kabul ettiği anlamını taşımaktadır. Hatta bu anlamdan da öteye geçilerek, siyasi denetim aşaması tamamlanan kanunların anayasaya uygunluğu karine teşkil etmektedir. Bu karineden çıkan sonuç, kanunların anayasaya uygun olmasının kural, aykırı olmasının ise istisna olmasıdır. İstisna olması sebebiyle, anayasaya uygunluk değil aykırılık ispata muhtaçtır. Ayrıca kaideler geniş, istisnalar ise dar yoruma

⁹¹⁷ Bkz. Teziç, E. (1986). Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi, *Anayasa Yargısı*, C. 3, ss. 83-94.; Kahraman, M. (2007). 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S.1-2, ss. 89-102.

⁹¹⁸ Tunç, H. (1997). s. 66.

Devlet başkanının veto yetkisi ve işlevselliği, ilgili ülkenin benimsemiş olduğu hükümet sistemine göre değişkenlik arz etmektedir. Çeşitli hükümet sistemlerinde veto yetkisi için bkz. Onar, E. (2003). s. 53-89.

⁹¹⁹ Gönenç, L. (2010). s. 7.

⁹²⁰ Feyzioğlu, T. (1951). s. 26.

tabidir⁹²¹. Bu nedenle bir kanunun anayasaya aykırılığına ilişkin karar verebilme ancak zaruri durumlarda kullanılabilen bir istisnai yetki olarak anayasa yargısı kurumlarına verilmiştir. Anayasa yargısının ilkesel sınırlarının başında da anayasallık karinesi (*presumption of constitutionality*) gelmektedir⁹²². Şu halde, kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetiminin işlevsiz olduğu ve anayasaya uygunluktansa siyasi çıkarlara daha fazla hizmet ettiği iddiası gerçekçi değildir.

Burada daha fazla önem arz eden konu, kanunun yasalaşma sürecinde kanun lehine oy kullanan temsilcilerin sayılarına ilişkindir. Bir parlamentonun dörtte bir çoğunluğu ile yaptığı kanun ile dörtte üç çoğunluğu ile yaptığı kanunun yargısal denetim bağlamında eşit sayılması mahkemenin meşruiyetini zayıflatacak mahiyettedir. Her ikisinin de kanun statüsünde olması ve normlar hiyerarşisinde aynı basamakta yer alması bu gerçeği değiştirmemektedir.

1982 Anayasasından örnek verecek olursak; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 175. maddesine göre anayasa değişiklikleri TBMM üye tamsayısının en az üçte biri (184 mv.) tarafından teklif edilebilmekte; en az üye tamsayısının beşte üçü (330 mv.) tarafından kabul edilebilmektedir. Üstelik Anayasanın 149. maddesine göre bu şekilde, nitelikli çoğunluk tarafından kabul edilen anayasa değişiklikleri, anayasa mahkemesinin önüne geldiğinde mahkeme iptale ancak toplantıya katılanların üçte iki oy çokluğu ile karar verebilmektedir. Kanaatimizce nitelikli çoğunluk tarafından yapılan kanunların da anayasa mahkemesince iptaline, tıpkı bu hükümde olduğu gibi, nitelikli çoğunlukla karar verilebilmelidir. Hukukta muhakeme (usavurma) da bunu gerektirir. Muhakeme kuralları arasında yer alan evleviyet kuralı (*argumentum a fortiori*) kısaca, çoğun içinde azın da bulunacağı başka bir ifadeyle çoğa yetkili olanın aza da yetkili olacağı anlamına gelmektedir⁹²³. Türk Anayasa Mahkemesince de benimsenen bu kural, mahkemenin “yürütmeyi durdurma” denetimi yapabilmesini haklılaştırmak maksadıyla şöyle kullanılmıştır:

⁹²¹ Gözler, K. (2013). s. 113.

⁹²² Hessick, F. A. (2010). Rethinking the Presumption of Constitutionality, *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, Issue 4 s. 1448.

Yazar anayasallık karinesini, karine olmasına dair sınırları zorlayarak kaide şeklinde anlamaktadır: “Anayasallık karinesi, yargının, yasamanın yaptığı anayasa yorumuna riayet etmesini mantiken zorunlu kılmaktadır” s. 1450.

⁹²³ Güriz, A. (1996). *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi. s. 81.

*“Bir yasanın Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesi’ne tanıyan Anayasa ve Yasakoyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir. Çoğun içinde tersine bir hüküm ve neden olmadıkça, az her zaman vardır.”*⁹²⁴

Şu halde, aynı hükmün kanun koyucunun yaptığı kanunlar için de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Parlamento, siyasi denetimden geçirerek anayasaya uygun bulduğu kanunu nitelikli çoğunluğunca kabul ediyorsa, burada anayasallık denetimi bağlamında parlamentonun anayasa yorumuna itibar edilmeli, şayet mahkeme başka bir yorumu benimseyerek kanunun anayasaya aykırılığına yani iptaline hükmedecekse benzer çoğunluğu kendi kararına da yansıtabilmelidir.

Bu görüşümüzü destekleyen diğer bir argümanımız da anayasanın üstünlüğünü sağlamada kullanılan nitelikli çoğunluğa ilişkindir⁹²⁵. Anayasanın üstünlüğünün kurumsal manada sağlanması noktasında en belirleyici olan etkenlerden biri kuşkusuz anayasa değişikliğinin olağan kanunlardan daha zorlaştırıcı bir usule bağlanmasıdır. Bu ise en etkin olarak anayasanın ancak parlamentonun nitelikli çoğunluğu tarafından değiştirilebilmesiyle sağlanabilmektedir. Şu halde anayasa koyucu, parlamentoya belirli bir nisaba ulaşması halinde “kurucu iktidar” (*constitutive power*) payesi vermektedir. Gerçekten de belirtilen çoğunluğa ulaşılması halinde anayasada yer alan diğer hükümler gibi Anayasa Mahkemesine ilişkin hükümlerde dahi değişiklikler yapılabilmektedir. Hatta öngörülen nisaba ulaşılması halinde Anayasa Mahkemesini lağvetmek dahi mümkün olabilmektedir. Buradan hareketle yeniden evleviyet kuralına dönecek olursak; anayasayı değiştirebilme ve hatta mahkemeyi dahi lağvedebilme kudretini haiz bir nitelikli çoğunluk tarafından anayasaya uygunluğu parlamento tarafından onaylanan bir kanunun, anayasa mahkemesince normal kanunlar gibi iptal edilebilmesi kabul edilebilir görünmemektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin karar yeter sayısına ilişkin 149. maddede iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan ilki yukarıda da bahsettiğimiz anayasa

⁹²⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 1993/33, K. 1993/40-2, T. 21.10.1993 tarihli kararı.

Anayasa Mahkemesi (1994). *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S. 29, C. 1, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi. s. 577.

⁹²⁵ Anayasanın üstünlüğüne ilişkin birinci bölümde “Hukukun Devleti ve Anayasanın Üstünlüğü” başlığı altında değindiğimiz için burada tekrara düşmeden nitelikli çoğunlukla ilgili kısma değinmekle yetineceğiz.

değişikliklerinin iptaline ilişkin olandır. İkincisi ise, siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilmesi halidir. Bu hallerde karar nisabı toplantıya katılan üyelerin en az üçte ikisidir⁹²⁶.

Kanaatimizce yasamanın nitelikli çoğunluğu tarafından yapılan kanunlar da en az siyasi partilerin devlet yardımından yoksun bırakılması kadar titiz bir incelemeyi hak etmektedir. Parlamentonun iradesine saygı gösterilerek nitelikli çoğunluk kuralı benimsenmelidir. Yargı kadar etkin olmasa da yasamanın yaptığı bir anayasallık denetimi mevcuttur ve bu denetim neticesinde yayınlanan kanunlar anayasallık karinesine sahip olmaktadır. Anayasanın yorumunda parlamentonun nitelikli çoğunluğu ile anayasa yargısı çeliştiğinde, kanaatimizce parlamentonun yorumuna itibar etmek gerekmektedir.

Buradaki önerimiz, kanunlar arasında parlamentoda kabul edildikleri orana istinaden anayasa yargısına tabi olanlar ve olmayanlar şeklinde ya da anayasa yargısı aşamasında kanunun iptali için nitelikli çoğunluk gerektirenler ve gerektirmeyenler diye bir ayırım öngörmektedir. Böyle bir ayırımın normlar hiyerarşisine etkisi, Fransa, İspanya ve Portekiz gibi ülkelerdekine benzer bir şekilde bu kanunların “organik kanun” sayılıp sayılmamalarına dair ihtimaller mevcuttur. Kuşkusuz bir kanunun kabul edildiği çoğunluk ile aynı kanunu değiştirmesi gereken çoğunluğun benzer olması beklenebilir. Kanaatimizce bu türden kanunları anayasa yargısı safhası haricinde yasamaya yönelik olarak diğer kanunlardan ayırt etmeyi gerektiren bir gerekçe bulunmamaktadır. Kanunların kabulü aşamasında nitelikli çoğunluklara böyle bir imtiyaz tanınmasının neticesinde, parlamento çalışmalarına, en azından oturumlara katılan üye sayısındaki artış bakımından, ciddiyet katılması ve parlamenterleri motive ederek kanunların yapım aşamasında daha detaylı tartışılması da sağlanabilecektir.

Burada ortaya çıkan bir soru, parlamentonun temsil kabiliyetine ilişkindir. Seçmen tarafından kullanılan geçerli oyların parlamentoya nasıl yansıdığı, geçerli oylarla parlamentodaki temsilin oranının ne ölçüde örtüştüğü özellikle de seçim

⁹²⁶ Ayrıca 1982 Anayasasının hazırlık sürecinde nitelikli çoğunluk aranan başka bir hal de mevcuttu. Şöyle ki, somut norm denetimine ilişkin Anayasanın 152/4 fıkrası şu şekildedir: “*Anayasa mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*”

Burada aranan 10 yıllık süre yerine, Anayasaya uygun bularak red kararı verilen düzenlemelerin tekrar anayasaya aykırılık itirazlarına konu olmaları halinde ancak üçte iki oy çokluğu ile iptal kararı verilebileceği teklif edilmişti. Anayasa koyucu burada nitelikli çoğunlukta, on yıllık süreyi benimsemiştir.

Özsoy, Ş. (2010). *1982 Anayasası'nın Yapım Süreci*, İstanbul: XII Levha Yayınları, s. 138.

barajının yüksek olduğu ülkelerde büyük bir problem olmakla birlikte, bu sorun başlı başına bağımsız bir çalışmaya konu olabilecek genişliktedir⁹²⁷. Biz çalışmamız bağlamında seçim sistemi ne kadar adaletsiz olursa olsun, yasama meclislerinin halkı temsil ettiğini veri olarak almaktayız. Netice itibariyle yasama organı kanun yapma ve anayasayı değiştirebilme yetkisini haiz biçimde çalışan bir organdır ve temsile ilişkin varsayım geçerliliğini korumaktadır.

Bu konuya ilişkin diğer bir soru, parti içi demokrasi ve disiplinli parti sistemine ilişkindir. Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi ülkemiz gibi disiplinli parti örgütlenmesinin benimsendiği ve grup kararlarının bağlayıcı olduğu, bu nedenle de komisyon üyelerinin tam serbesti içinde hareket edemediği sistemlerde daha etkisiz olmaktadır⁹²⁸. Bu tespit kuşkusuz doğrudur ve parti içi demokrasi ile disiplinsiz parti sisteminin benimsendiği ülke örneklerinde, kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminin etkin olabilme ihtimali daha kuvvetlidir⁹²⁹. Bunları kabul etmekle birlikte, basit çoğunluk tarafından yapılan değil, nitelikli çoğunluk tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde mahkemenin nitelikli çoğunlukla karar alması gerekliliği üzerinde durduğumuz için; parlamentonun nitelikli çoğunluğunun disiplinli parti sisteminin benimsenmesi halinde dahi meşruluğunun fazla olduğunu kabul etmekteyiz.

Diğer bir sorun, anayasa değişikliklerine ilişkin toplumun psikolojisiyle kanunlara dair psikoloji arasındaki farklılıktır⁹³⁰. Yasama organlarının yaptığı

⁹²⁷ 2002 yılında yapılan 22. Dönem Milletvekili Genel Seçimi sonuçları bu soruna en belirgin örneklerden birini oluşturmaktadır. MHP ve DYP seçim barajı olan %10'un az farkla altında kalmışlar ve parlamentoya giremedikleri için almış oldukları oyları parlamentoda temsil edememişlerdir. YSK verilerine göre yaklaşık 31,5 Milyon oydan yaklaşık 10.8 milyonunu alan Adalet ve Kalkınma Partisi, 363 milletvekili sayısına ulaşarak neredeyse üçte iki çoğunluğa ulaşmıştır. Seçim barajını geçen diğer parti olan CHP ise yaklaşık 6.1 milyon oy almış ve Parlamentoda 178 milletvekiline ulaşmıştır.

Geçerli oyların yaklaşık üçte birini (1/3) almış olan AK Parti mecliste yaklaşık (2/3) çoğunluğa ulaşmışken, geçerli oyların yaklaşık beşte birini (1/5) alan CHP parlamentoda üçte bir (1/3) çoğunluğa ulaşmıştır. Başka bir ifadeyle AK Parti geçerli oyların %34,28'i ile TBMM'de %65, CHP geçerli oyların %19,39 ile TBMM'de %35 oranında temsil imkânı bulmuştur.

Geçerli oylarla temsil arasındaki bu tür tutarsızlıklara hem kendi seçim tarihimizde hem de karşılaştırmalı hukukta rastlamak mümkündür. Detaylı bilgi için bkz. Araslı, O. (1989). *Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987)*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları,; Karşılaştırmalı örnekler için bkz. Farrell, D. M. (2011). *Electoral Systems A Comparative Introduction*, 2. Baskı, New York: Palgrave Macmillan Press.; Gallagher, M. ve Mitchell, P. (ed.) (2005). *The Politics of Electoral Systems*, Oxford: Oxford University Press.

⁹²⁸ Tunç, H. (1997). s. 66.

⁹²⁹ Parti içi demokrasi için bkz. Küçük, T. S. (2015). *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

⁹³⁰ Anayasa değişikliklerinin toplumsal bağlamda tartışıldığı bir çalışma için bkz. San, C. (1994). Sosyo-Politik Bir Süreç Olarak Anayasa Değişiklikleri, *Anayasa Yargısı*, C. 11., ss. 23-35. San, C. (1974). *Anayasa*

normal yasama faaliyetleri ile anayasa değişikliğine ilişkin faaliyetler arasında kamuoyunun ilgisi bakımından ciddi yoğunluk farkı olduğu aşikârdır. Tabiatı gereği çoğu teknik ve detaylı olan kanun yapım faaliyetlerinin önemli bir kısmı kamuoyunu doğrudan doğruya da ilgilendirmemektedir. Kamuoyunun yasama faaliyetlerine genel anlamdaki bu ilgisizliği, nitelikli çoğunluklar tarafından kabul edilen kanunlar için de geçerli olabilecektir. Bu nedenle kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde iptal kararının alınmasını zorlaştırdığımız vakit, kamuoyunun zararına bir sonuç doğması da olasıdır. Bunun olumsuz bir sonuç olduğu gerçeğini kabulle birlikte, demokrasilerde hesap verebilir kurum olan siyaset mekanizmalarının bu sorumluluğu da göğüslemesi beklenmektedir.

Toparlayacak olursak; kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminin hem yasama organ(lar)ı tarafından hem de devlet başkanı tarafından yapılan boyutuyla anayasallık denetimi gerekli fakat yetersiz kalmaktadır. Yine de bu denetim, kanunlara anayasaya uygunluk karinesinden faydalanma imkânı sağlamaya yetmektedir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde yargı organının anayasa yorumuyla, siyasal denetimdeki anayasa yorumu çelişmektedir. Şayet siyaset kurumu bir kanunun anayasaya uygunluğunu nitelikli bir çoğunlukla kabul ettiyse, bu iradeye yargı organının da riayet etmesi ve bu kanuna ilişkin vereceği kararda benzer bir şekilde nitelikli çoğunlukla karar vermesi gerekmektedir⁹³¹. Bu sayede anayasa yargısının siyaset kurumuyla ilişkisinde meşruluğa ilişkin bir zayıflama olması ihtimalinin de önüne geçilmiş olacaktır.

5.2. Mahkeme Kararlarının Parlamentolarca Askıya Alınabilmesi

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimindeki dengeyi, yargı aleyhine, parlamentolar lehine değiştirebilecek diğer bir öneri de anayasa yargısı organlarının kararlarının parlamentolarca askıya alınabilmesidir. Konu Türkiye’de ilk olarak Ulusoy tarafından Anayasa Yargısı için bir “Temyiz” mekanizması olarak

Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi. Toplum Bilimleri Araştırma Merkezi Yayını.

⁹³¹ İyimaya, bu konuda daha radikal bir öneri sunmuş, bazı yasama tasarruflarının anayasa yargısı denetimi dışında kalması gerekliliğini iddia etmiştir: “*Milletvekillerinin kendileriyle veya seçim ve benzeri siyasi yapılanmayla ilgili olmamak şartı ile meclisin oybirliği ile oluşturduğu tasarruflar, anayasal yargı denetimi dışında kalmalıdır.*” İyimaya, A. (2007). *Siyaset Hukuku Sorunlar*, Ankara: Turhan Kitabevi. s. 114.

önerilmiş⁹³², ardından benzer bir mekanizma öngörülerek nitelikli çoğunluklarca yargı kararlarının geçersiz kılınabilmesi şeklinde İyimaya tarafından zikredilmiştir⁹³³. Son olarak konuya Korucu doktora çalışmasında genişçe yer ayırmıştır⁹³⁴.

Anayasa yargısı organlarınca verilen kararların bir temyiz incelemesine tabi tutulmaması ve anayasanın yorumuna dair son sözü söyleme yetkisinin yüksek mahkemelere bırakılması, kontrole tabi olmayan bir kurumun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu ise hukuksal güvenlik ilkesine aykırı bir görünüm arz etmektedir. Anayasa yargısının üzerinde bir temyiz mercisi kurulmasında akla gelen ilk çözüm daha yüksek bir yargı organı olsa da bu defa temyiz mercini denetleyebilecek organ bulunmayacak yine son söz yargı organlarında kalacaktır. Ulusoy’a göre bu duruma en uygun çözüm, *“Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kanun hükmünün Hükümet ve Yasama Organının onayı ile halkoyuna sunulabilmesidir.”*⁹³⁵

İyimaya, anayasanın yorumunda nihai karar yetkisinin yasama organında saklı kalmasını ve temsili egemenlik düşüncesinden hareketle “yasama vetosu” önermektedir. Bu sayede sınırı ancak kendisi olan anayasal yargı, yasama kuvveti tarafından sınırlandırılabilir⁹³⁶.

Her iki öneri de benzer amaçlara hizmet edebilecek kapasiteyi haiz olmakla beraber, Korucu’nun önerdiği gibi veto yetkisini yasama organının salt çoğunluğuna tanımaktansa, anayasayı değiştirme gücüne sahip olabilecek çoğunluğuna sağlamak fikri daha isabetli görünmektedir. Buna göre;

“... anayasa yargısı kararlarının anayasayı değiştirme gücüne sahip tali kurucu iktidar tarafından denetlemesidir. Anayasal düzenlemeler yalnızca yasama ve yürütmenin değil, yargının da uyması gereken sınırları belirlediğine göre; yargı kararlarının bu sınırlara uygunluğunu denetleme görevi de anayasayı değiştirebilen kurucu iktidara ait olmalıdır. Böylece

⁹³² Ulusoy, A. (1999). Anayasa Yargısı İçin Bir “Temyiz” Mekanizması Önerisi, *Liberal Düşünce*, S. 16. ss. 57-63.

⁹³³ İyimaya, A. (2007). s. 114 vd.

⁹³⁴ Korucu, S. (2014). s. 146-155.

⁹³⁵ Ulusoy, A. (1999). s. 57-58.

⁹³⁶ İyimaya, A. (2007). s. 114-115.

*anayasaya uygunluk denetimi sonunda verilen kararların anayasal sınırlar içinde kalması sağlanmış olacaktır.*⁹³⁷

1991 Romanya Anayasa'sının özgün halinde parlamentonun anayasa mahkemesi kararlarını üçte ikilik çoğunlukla hükümsüz bırakabileceğine dair hüküm yer almaktaydı⁹³⁸. 2003 Anayasa değişiklikleriyle kaldırılan bu hükme göre, anayasa mahkemesinin soyut norm denetimi neticesinde verdiği anayasaya aykırılık kararları, kararın verildiği tarihten yürürlüğe gireceği kırkbeş gün içinde, yasama organının her iki kanadının da üçte ikilik çoğunluğu sağlaması ile hükümsüz kılınabilmekteydi⁹³⁹. Sadurski, dönemin Romanya Anayasa Mahkemesi Başkanı olan Mihai ile mülakat yapmış; Yargıç Mihai bu düzenlemenin anayasa mahkemesinin kurumsal anlamda zayıf görünmesine sebebiyet verdiğini ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını ifade etmiştir⁹⁴⁰. Gönenç'e göre de bu hüküm "*Anayasaya uygunluk denetimini anlamsız kılan ve yargı bağımsızlığı ilkesiyle çelişen*" bir düzenlemedir⁹⁴¹. Kanaatimizce bu hüküm anayasaya uygunluk denetimini anlamsız kılmadığı gibi tam aksine anayasa yargısının meşruluğuna katkı sunmaktadır ve ilgili hükmün yargı bağımsızlığı ile de doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁹³⁷ Korucu, S. (2014). s. 147.

⁹³⁸ Elster, J. ve Holmes S. (1992). New Constitutions Adopted in Bulgaria and Romania, *East European Constitutional Review*, Vol. 1, No. 1, s. 12.

Benzer bir hükmün Avusturya Anayasası için de geçerli olmasına rağmen, 1966-1987 arasında SPÖ-FPÖ koalisyonu üçte ikilik çoğunluğa ulaştığı halde mahkeme kararlarını etkisiz kılma anlamında kontrol sağlayamamıştır. Fakat 1994-1995 arasında hükümette olan büyük koalisyon zamanında mahkeme kararlarının geçersiz kılınması sıklıkla uygulanmıştır. Bkz. Müller, W. C. (2003). Austria: Imperfect Parliamentarism but Fully-fledged Party Democracy, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Der. Wolfgang, K. S.; C. Müller, W. C. ve Bergman, T. New York: Oxford University Press. s. 244.

Benzer bir mekanizma Kanada Haklar ve Özgürlükler Sözleşmesinin 33. Bölümünde de yer almaktadır ve dört eyalette aktif olarak kullanılmaktadır. Bkz. Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory And Practice*, New York: Cambridge University Press. s. 29., 30. Dipnot.

Kanada, Quebec eyaletine ilişkin bir örnek ve kavrama ilişkin genel bir tartışma için ayrıca bkz. Weinrib, L. E. (1990). Learning to Live with the Override, *McGill Law Journal*, Vol. 35, Issue 3, ss. 541-571.

Benzer uygulama İsrail'de de mevcuttur. İsrail Kanada karşılaştırması için bkz. Stephanopoulos, N. (2005). The Case for the Legislative Override, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 10, Issue 1 ss. 250-296.

İsveç Anayasasının 11. Bölümünün 4. Maddesine göre: "Bir hükmün kamu kurumlarınca veya mahkemeler önünde temel yasalara veya normlar hiyerarşisinde kendisinden üstte yer alan normlara aykırılığı tespit edilirse uygulanmayabilir. Ancak ilgili hüküm Riksdag (İsveç Parlamentosu) ve hükümet tarafından kabul edilirse, ancak aykırılığının aynı kurumlarca ilanıla hükümsüz kalabilir."

<http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/Sweden.pdf> (erişim tarihi: 12.02.2016)

⁹³⁹ Sadurski, W. (2014). s. 110.

⁹⁴⁰ Sadurski, W. (2014). s. 110-111.

⁹⁴¹ Gönenç, L. (2010). s. 15.

Benzer düzenleme Polonya Anayasasının geçici hükmü olan 239/1 fıkrasında yer almaktadır⁹⁴². *Anayasanın yürürlüğe girmesinden itibaren 2 yıl içinde, Anayasa Mahkemesinin, kabul edilmesinden önce kanunların Anayasaya aykırılık kararı kesin değildir ve Sejm⁹⁴³ tarafından görüşülmesi gerekir ve Sejm Anayasa Mahkemesi Kararını Milletvekili üye tamsayısının en az yarısının hazır bulunduğu bir oturumda oyların üçte iki çoğunluğuyla reddedebilir⁹⁴⁴.*

Milletlerarası antlaşmalara dair benzer bir hüküm de Portekiz Anayasasında bulunmaktadır: *“Madde 279. (Kararın sonuçları) (1). Anayasa Mahkemesi, kararname veya uluslararası anlaşmanın herhangi bir kuralının Anayasaya aykırı olduğu kararını vermesi durumunda, Cumhurbaşkanı veya Cumhuriyet Temsilcisi, kanun veya anlaşmayı veto eder ve onu kabul eden organa geri gönderir. (2). Yukarıdaki birinci fıkrada öngörülen durumda, böyle bir kararname, kararnameyi kabul eden organ, anayasaya aykırı bulunmuş olan kuralı çıkarır veya uygun olduğu hallerde, söz konusu kural hazır bulunan tüm üyelerin en az üçte iki çoğunluğuyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğundan daha büyük bir çoğunlukla teyit edilir.”⁹⁴⁵*

Karşılaştırmalı hukukta örneğine günümüz dünyasında çok sık rastlanamıyor olsa da, kanaatimizce demokrasiyle anayasa yargısı arasındaki gerilimi azaltabilecek ve dolayısıyla anayasa yargısının demokratik meşruiyetini arttırabilecek bir önlem olarak nitelikli çoğunluklara böyle bir hak tanımak gerekmektedir.

Anayasaya açık aykırı olan bir hükmün parlamentolarca yasalaşması ve bu kanunun anayasa mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunmasına rağmen, mahkemenin iptal kararının parlamentolarca geri alınması ihtimalinde anayasanın üstünlüğü hilafına bir uygulamanın ortaya çıkacağı kuşkusuzdur⁹⁴⁶. Kanaatimizce anayasayı değiştirebilecek çoğunluktaki üyeleriyle hesap verebilir bir organ olan

⁹⁴² Polonya’da 1989-1997 arası dönemde uygulanan bu kural, yeni anayasayla soyut norm denetimi ve iki yıllık süreyle sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir. Gardbaum, S. (2013). s. 11, 38. Dipnot. Anayasa metninde geçen iki yıllık süre 17 Ekim 1999 tarihi itibarıyla sona ermiştir. Sadurski, W. (2014). s. 48, 7. dipnot.

⁹⁴³ Polonya Cumhuriyeti Parlamentosu

⁹⁴⁴ Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2011, s. 439.

⁹⁴⁵ Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2011, s. 525-526.

⁹⁴⁶ Polonya Anayasa Mahkemesi Başkanı Marek Safjan, anayasanın üstünlüğünün benimsendiği bir sistemde böyle bir düzenlemenin varolmasını ironik karşıladığını belirtmiştir. Sadurski, W. (2014). s. 48.

parlamentoların ilgili kararı askıya alabilmesinin yine de kabulü gerekir. Başta da işaret ettiğimiz üzere, burada parlamento ile yüksek yargı organı arasında yorum farkı bulunmaktadır. Yüksek mahkemenin yorumundansa, anayasayı değiştirebilecek nitelikli çoğunluğun yorumunun esas alınması demokratik anlamda daha izah edilebilir niteliktedir. Nitekim bu uygulamaya karşı çıkanlar dahi anayasayı değiştirmek suretiyle son sözü söyleme hakkının parlamentolarda saklı kaldığını ifade etmişlerdir⁹⁴⁷.

Mutlak iktidarın yozlaştırıcı etkisi kuşkusuz yargı organları için de geçerlidir. Anayasacılık Lord Acton'a ait bu mantıktan yola çıkarak devlet iktidarını çeşitli araçlarla sınırlandırmayı amaçlarken, anayasa yargısının "sınırsız" kalması ise düşünülemez. Parlamentolar bu yetkileri sayesinde anayasa yargısı organlarının, anayasal sınırlar içerisinde kalmasını temin edeceklerdir⁹⁴⁸. Bu teminatla anayasaya dair son sözü ve nihai yorumu, seçilmiş temsilcilere bırakmak suretiyle anayasa yargısı ile demokrasi arasındaki gerilimin azaltılması sonucu doğacaktır.

5.3. Halkoylaması ile Kabul Edilen Kanunların Anayasallık Denetimine Tabi Olmaması

Halkoylaması, önceki iki başlıkta yer alan diğer önerilerimiz gibi temelde anayasayı değiştirebilecek çoğunluk bağlamında çalışmamız için önem arz etmektedir⁹⁴⁹. Kuşkusuz çağımız demokrasilerinde bir karara ve kanuna meşruiyet kazandırabilecek en kuvvetli araç, kaynağını demokrasinin ilk kuruluşundan alan ve bir doğrudan demokrasi aracı olarak nitelendirilen halkoylamalarıdır⁹⁵⁰. Halkoylaması, anayasanın kabulü⁹⁵¹, ülkelerin Avrupa Birliği gibi ulusalüstü

⁹⁴⁷ Sadurski, W. (2014). s. 111.

⁹⁴⁸ Korucu, S. (2014). s. 147.

⁹⁴⁹ Bu başlık altında kanun yapımında halk oylamasının değeri, nasıl etkin ve verimli bir şekilde işletilebileceği, ideal kanun yapımında halka söz hakkının tanınıp tanınmaması gerekliliği gibi tartışmalara girilmeyecek, yalnızca bir şekilde referanduma giden kanun önerilerinin kabulü durumu incelenecektir. Ayrıca referandumun zıttı olarak kabul edilebilecek halk vetosu kavramına da yer verilmeyecektir. Bu konuda bkz. Şen, İ. G. (2013). *Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar*, İstanbul: XII Levha Yayınları.; Altman, D. (2011). *Direct Democracy Worldwide*, New York: Cambridge University Press; Cronin, T. E. (1989). *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Massachusetts: Harvard University Press.

⁹⁵⁰ Referandum doğrudan demokrasi aracı olmasına rağmen, temsili demokrasiyle birlikte kullanılmaktadır. Egemenliğin kullanılması böylelikle halk ile temsilciler arasında paylaşılmakta, ortaya yarı-doğrudan demokrasi çıkmaktadır. Bkz. Tunç, H. (2008). *Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII. Sa. 1-2., s. 1117.

⁹⁵¹ Örneğin; 1982 Anayasasının 07/11/1982 tarihinde halkoyuna sunulması.

yapılara girmesi⁹⁵² ve ayrılması⁹⁵³, halkların kendi kaderini tayini (bağımsızlık)⁹⁵⁴ gibi ülkeler için kritik olan pek çok kararda uygulanmaktadır.

Görüldüğü üzere önemli sayılabilecek hemen her kararda doğrudan halkoyuna başvurma karşılaştırmalı hukukta sıklıkla uygulanmaktadır. Bunun nedeni kuşkusuz alınan kararlarda demokratik meşruiyeti tam manasıyla sağlayabilmek ve bu konularda daha sonradan ortaya çıkabilecek tartışmalara önlem almaktır. Şu halde referandumların varoluş nedeni (*raison d'être*), anayasal teminat oluşturma işlevlerinden kaynaklanmaktadır⁹⁵⁵.

Referandumun bu işlevinden ötürü, İsviçre'de kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir kurum oluşturulmasına ilişkin tartışmalarda, bazı yazarlarca böyle bir kuruma ihtiyaç olmadığı, zira referandumun yeterli teminatı sağladığı iddia edilmiştir⁹⁵⁶. İsviçre'de, anayasayı yasama kuvvetinin tecavüzünden koruyacak bir mekanizma arayışı sürerken pek çok yazar anayasa yargısı önermiş olmalarına rağmen bu öneride bulunanlarda dahi referandum konusunda farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Baskın görüş, referandumdan geçen kanunlarla, referandumsuz geçen kanunların ayrılması ve referandumdan geçenlerin anayasa yargısına tabi olmamasıdır⁹⁵⁷.

Halkoylamasının demokrasilerdeki değeri ayrı bir tartışma konusu olmakla beraber, neredeyse her demokratik ülke, bu uygulamaya bir şekilde yer vermektedir⁹⁵⁸. Üstelik pek çok kritik konunun halkoylamasına sunulması ya zorunlu tutulmakta ya da temsilciler veya devlet başkanları tarafından ilgili kararın demokratik meşruluğuna sunacağı katkı bağlamında tercih edilmektedir.

⁹⁵² Avrupa Birliği genişleme sürecinde pek çok ülke referandumlarla Birlik Üyeliğini oylamıştır; Malta – 8. Mart 2003, Slovenya - 23 Mart 2003, Macaristan - 12 Nisan 2003, Litvanya - 10–11 Mayıs 2003, Slovakya - 16–17 Mayıs 2003, Polonya 7–8 Haziran 2003, Çek Cumhuriyeti 13–14 Haziran 2003, Estonya 14 Eylül 2003, Letonya 20 Eylül 2003.

⁹⁵³ Avrupa Birliği Antlaşmasının 50. maddesine göre ülkeler Birlik üyeliğinden kendi anayasal gerekliliklerini yerine getirmek suretiyle ayrılabilir hükmü yer almaktadır. Üye ülkeler, gelecekleri açısından kritik önemi haiz bu karar için referanduma gitmeyi tercih etmektedirler. Örneğin Birleşik Krallık üyeliğini referandum ile bir karara bağlayacaktır. 2015'te kabul edilen referandum kanununa göre en geç 31 Aralık 2017'de yapılmak üzere bu konuda referanduma gidilecektir. İlgili kanun:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/crossheading/the-referendum/enacted> (erişim:15.02.2016)

⁹⁵⁴ Bu tür referandumun en yakın örneği 18 Eylül 2014'te yapılan İskoçya'nın Birleşik Krallık'tan bağımsızlığı referandumudur. Bu konuda karşılaştırmalı örneklerle de detaylı bir çalışma için bkz. Şen, İ. G. (2015). *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Switzerland: Springer.

⁹⁵⁵ Qvortrup, M. (2005). *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, 2. Baskı, Manchester: Manchester University Press. s. 90.

⁹⁵⁶ Feyzioğlu, T. (1951). s. 14., 8. Dipnot.

⁹⁵⁷ Feyzioğlu, T. (1951). s. 130.

⁹⁵⁸ Halkoylamasının demokrasilerdeki değerine ilişkin bir çalışma için bkz. Gözler, K. (1988). ss. 97-113.

Halkoylamasının demokratik meşruiyete faydası ve anayasallık denetiminde ne kadar etkin olduğu başka bir tartışmanın konusu olmakla beraber, böyle bir fonksiyon icra ettiği kanaatimizce inkâr edilemez. Aynı gerekçeyle, üst başlıkta incelediğimiz makalesinde Ulusoy, anayasa yargısı için temyiz mekanizması olarak halkoyunu önermiştir⁹⁵⁹.

Şu halde özellikle nüfusu fazla olan ülkelerde çok sık başvurulamasa dahi halkoylaması neticesinde kabul edilen kanunların, anayasa yargısı organlarınca anayasallık denetimine tabi tutulmasının anayasa yargısının demokratik meşruluğunu sorgulatacağı açıktır⁹⁶⁰. Halkoylamasının anayasayı değiştirebilme kapasitesi bakımından pek çok ülke örneğinde kurucu iktidar yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Kritik kararların ise önemli bir çoğunluğunun halkoylamalarıyla alındığı bilinmektedir. Halkoylamasının bu önemine rağmen, bu yolla bir kanunun kabul edilmesi ve ardından anayasa yargısı organlarınca anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulması ise muhtemel krizleri beraberinde getirebilecektir.

Anayasa yargısı organlarının demokratik meşruiyetini güçlendirmeye yönelik olarak, onların halkla doğrudan doğruya karşı karşıya gelmelerini engellemek bakımından halkoylaması sonucu kabul edilen kanunların anayasa yargısı denetimi dışında tutulması isabetli olacaktır⁹⁶¹. Bu önerimizin anayasanın katılığına ve üstünlüğüne zarar verebileceği iddia edilebilirse de istisnai olarak başvuru bu yol için böyle genelleyici bir ifade gerçeği yansıtmamaktadır⁹⁶².

Anayasa Mahkemesi kararlarında demokratik meşruluğu güçlendirebilecek öneriler başlığı altında sunduğumuz bu üç önerinin beslendiği kaynak, anayasayı değiştirebilecek çoğunluklar tarafından veya halkoylaması neticesinde kabul edilen

⁹⁵⁹ Ulusoy, A. (1999). ss. 57-63.

⁹⁶⁰ Örneğin Türkiye’de şimdiye kadar sadece beş defa yapılmış ve bunlardan iki tanesi askeri darbeler sonrasında hazırlanan anayasaların göstermelik halkın onayına sunulması olarak hukuk aleminde varlık kazanmıştır. Kulak, S. C. (2012). Halkoylaması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101. s. 220. Anayasa Değişikliklerine İlişkin Kanunlarla İlgili Halkoylaması Öncesi ve Sonrası Anayasa Mahkemesi’nin Denetim Yetkisi için bkz. Abdulhakimoğulları, E. ve Baykan, B. (2012). s. 32-37.

⁹⁶¹ Burada doğrudan temel haklara sınırlama getiren kanunların kapsam dışında bırakılması veya ancak parlamentoların nitelikli çoğunlukları tarafından halkoyuna sunulabilmesi önerisi düşünülebilir.

⁹⁶² “Anayasaların değiştirilişi açısından, halkoylaması usulünün, özel bir çoğunluk aranmadığı takdirde, mecliste nitelikli bir çoğunlukla yapılması gereken anayasa değişikliğine oranla, daha kolay olduğu, bunun anayasaların katılığını zayıflattığı söylenebilir. Ancak, Türkiye örneği açısından bu yargıya katılmak mümkün değildir. Zira, ülkemizde, seçmen düzeyinde olumsuz çoğunluklar, parlamento düzeyinde ise yapay çoğunluklar vardır. Böyle bir ortamda, parlamento nitelikli bir çoğunluk sağlamak, halkoylamasında salt çoğunluk sağlamaktan daha kolaydır.” Gözler, K. (1988). s. 111’den naklen.

kanunlarla, parlamentonun adi veya üye tamsayısının salt çoğunluğuyla yapılan kanunlar arasında fark gözetilmesi gerekliliğidir. Halkoylamasının çalışmamız açısından değeri ise yeni anayasa yapılması sırasında asli, normal dönemde ise tali kurucu iktidar hüviyetinden kaynaklanmaktadır. Anayasa yargısı ancak halkla doğrudan karşı karşıya gelmeden meşru sınırlar içerisinde faaliyetlerini sağlıklı biçimde sürdürebilecektir. Aksi halde anayasa yargısının geleceği meşruiyet tartışmalarıyla tehlikeye girebilecektir.





SONUÇ

Demokrasinin, çağımızda iktidarın en geçerli meşruiyet kaynağı olduğu genel kabul gören bir olgudur. Bugüne kadar bir kısmı müspet bir kısmı menfi pek çok sıfatla birlikte anılmış demokrasi ile anayasacılık arasındaki kadim çatışma, bu iki kavramın uzlaşabileceği müşterek bir noktada nihayete ererek, çağımızda demokrasinin “anayasal” sıfatı ile kullanılması hususunda ittifak edilmiştir. Demokrasinin anayasal sıfatıyla birlikte anılmasını sağlayan en etkin kurum ise anayasa yargısıdır.

Bir demokrasi ancak “anayasal” ise demokrasinin gereklerini hakkıyla yerine getirebilir. Aksi halde, sınır tanımayan çoğunluğun azınlık üzerinde tahakkümü, insan haklarının ihlali, toplum sözleşmesi olarak kabul edilen anayasanın üstünlüğünün ortadan kalkması gibi olumsuz sonuçlar doğabilecektir. Anayasa yargısının hak temelli bir kurum olarak kabul edilmesi ve hak ihlallerinin zirve yaptığı dünya savaşları sonucunda, yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaygınlaşması ampirik anlamda anayasa yargısının temel hak ve hürriyetleri korumadaki işlevini doğrulamaktadır. Demokratikleşme dalgalarıyla birlikte anayasa yargısının giderek daha fazla teveccüh görmesi ise, demokrasinin yarım asırdan bu yana “anayasal demokrasi” olarak dünya üzerinde kabul edildiği sonucuna işaret etmektedir.

Anayasa yargısının demokrasilere olumlu katkıları görmezden gelinemese de, mahkemeler zaman zaman demokratik meşruluğu tartışılan kararlar da aldıkları da bilinmektedir. Bu tür kararlar anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sorgulanmasına neden olabilmekte, çağımızın cari meşruiyet kaynağı olan demokrasiyle, anayasa yargısının arasının açılması sonucunu doğurabilmektedir.

Liberalizmin mahsulü olan anayasacılık düşüncesinin cevheri sınırlı devlet idealine ulaşmaktan başkası değildir. Anayasa yargısı da iktidarı sınırladığı için bu manada muteberdir. Anayasa yargısı iktidarı sınırlandırırken, kuvvetler ayrılığı bağlamında yasama karşısında bir iktidar kullanmaktadır. Anayasa yargısı kurumları genelde son sözü söyledikleri için, yargı iktidarının denetimsiz kalması ihtimali doğmakta ve bu ihtimale binaen de anayasallık denetimine yönelik

demokratik meşruiyet krizi baş gösterebilmektedir. Lord Acton'dan ilhamla tekrar edilen ‐iktidar yozlaştırır, mutlak iktidar mutlak yozlaştırır‐ prensibi, genelde yargı özelde ise anayasa yargısı iktidarını da kapsamı içine almaktadır. Bu nedenle her iktidar gibi, anayasa yargısı iktidarı için de, anayasa yargısını tamamiyle işlevsiz hale getirmeyecek bir sınırlamaya ihtiyaç duyulmaktadır. Anayasa yargısına yönelik sınırlamalar; mahkemenin yorum faaliyetine, mahkemenin kurumsal yapısına ve mahkemenin karar alma mekanizmasına ilişkin olmak üzere üç grupta toplanabilir.

Her metin gibi anayasalar da yoruma muhtaçtır ve yargıçlar eliyle somutlaşır. Anayasa Mahkemesi hâkimi yorum yaparken, mümkün mertebe kendi kendini sınırlamalı, hukukilik denetimindense yerindelik denetimine yol açabilecek yorumlardan uzak durmalıdır. Meselenin çözümü siyasi bir tercihe dayanıyorsa, mahkeme burada sessiz kalmalı, sorunun çözümünü, hesap verebilir bir organa, siyaset mekanizmasına bırakmalıdır. Anayasa Mahkemeleri kanun koyucu gibi hüküm tesis etme yasağına bağlı kalarak, anayasal yetkilerini genişletme eğilimi göstermemelidirler. Siyasi iradenin hedeflemediği yeni uygulamalara yol açabilecek yorum faaliyetlerine de mesafeli durması gereken Anayasa Mahkemeleri, yargısal aktivizm tutumunu yalnızca doğrudan doğruya temel hakları ilgilendiren mevzularda sınırlı olarak kullanmalıdır.

Bir metnin doğru tek bir yorumu olamayacağı, o metnin yanlış yorumunun yapılamayacağı ile eşanlımlı değildir. Mahkemeler anayasayı yorumlarken, anayasal sınırlar içinde kalmak adına, aşırı yorum cihetine başvurmamalı; anayasayı, anayasaya rağmen koruma yoluna yönelmemelidirler. Türkiye örneğinde, anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi örneklerinde sıklıkla rastlanılan bu anlayış, Türk Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyetine en fazla zarar veren uygulamaları olmuştur.

Anayasa Mahkemelerinin kurumsal yapısına yönelik demokratik meşruiyeti kuvvetlendirilmesi kanaatimizce üye atamasında hesap verebilir siyaset kurumlarına daha fazla söz hakkı tanımaktan geçmektedir. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını tehlike altına atmadan, parlamentolara üye atama yetkisi tanınmasının demokratik meşruiyeti kuvvetlendireceğinden kuşku duymamak gerekir. Ancak demokratik meşruiyeti sağlama pahasına yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına gölge düşürülmesi, yine mahkemenin yargılama işlevini gerektiği gibi

yerine getirememesi sonucunu doğurabilecektir. Her yargı organı gibi Anayasa Mahkemelerinin meşruiyetini etkileyebilecek en önemli husus olan “bağımsızlık ve tarafsızlık” ile demokrasi arasında bir denge arayışında, parlamentoların nitelikli çoğunluklarıyla üye atamasında ısrar etmek, hem tarafsızlık ve bağımsızlığı koruyan hem de demokratik meşruiyeti sağlayabilme potansiyelini içeren isabetli bir tercih olacaktır.

Anayasa mahkemelerinin kararlarına yönelik demokratik meşruiyeti güçlendirecek öneriler ise siyaset kurumunun anayasa yorumu ile anayasa yargısının anayasa yorumu arasında yapılacak tercihte, hangisinin tercihe şayan olduğu hususunda düğümlenmektedir. Parlamentolar herhangi bir tasarı ve teklifi kanunlaştırmadan evvel, anayasaya uygunluğunun siyasi denetimini yapmaktadırlar. Anayasaya uygunluğun siyasi denetimi olarak bilinen bu denetimler esnasında bir teklif veya tasarı, ya anayasaya uygun kabul edilmekte, ya da uygun hale getirilmektedir. Anayasa yargısı aşamasında ise kanunların anayasaya uygunluğu hukuki denetime tabi tutulmakta, bu defa anayasa mahkemelerince anayasallık denetimi yapılmaktadır. Bu aşamada, siyasal denetim sonucu anayasaya uygun kabul edilen bir kanunun anayasaya aykırılığına karar verilmesi halinde, anayasa mahkemelerince yapılan yoruma itibar edilmekte ve ilgili kanun veya kanun hükmü iptal edilmektedir.

Demokratik temsil kurumları olan parlamentoların anayasa yorumu ile anayasa yargısı organlarının yorumu çatıştığında, yargının yorumunun esas alınması, demokratik meşruiyet tartışmalarını beraberinde getirmektedir. Şu halde, bu tartışmaların üstesinden gelmek adına, anayasayı değiştirebilecek çoğunluklar tarafından yapılan kanunların, iptalinin zorlaştırılması demokratik meşruiyeti güçlendirebilecektir. Diğer bir ifadeyle, anayasayı değiştirebilecek çoğunluklarca kabul edilen kanunların, anayasa mahkemelerince ancak anayasa mahkemesi üyelerinin nitelikli çoğunluğu tarafından iptal edilebilmesi ileri sürülmektedir. Anayasa yargısı organlarıncaya verilen iptal kararlarının da, parlamentoların anayasayı değiştirebilecek çoğunlukları tarafından askıya alınabilmesi, mahkemenin demokratik meşruiyetini güçlendirebilecek diğer bir yöntem olarak düşünülmektedir. Bunlara ek olarak halkoylaması sonucunda, oylamaya katılanların nitelikli çoğunluğu tarafından kabul edilen kanunların, anayasallık

denetimi kapsamı dışında tutulması da, anayasa yargısının demokratik meşruiyetini kuvvetlendirebilecek bir diğer öneri olarak dile getirilmektedir.

Anayasayı değiştirebilecek bir çoğunluk tarafından yapılan kanunlarla, diğer kanunların, anayasallık denetimi bağlamında ayrılması, mezkûr çoğunluğun dilerse anayasayı değiştirebileceği ve hatta bu yolla anayasa yargısı organlarını dahi ortadan kaldıracabileceği gerçeğine dayandırılmaktadır. Bu çoğunluk tarafından yapılan kanunun, anayasaya uygunluğun siyasal denetimi aşamasından geçtiği ve hesap verebilir organlarca anayasaya uygun kabul edildiğinin de unutulmaması gerekir. Halkın veya parlamentonun anayasayı değiştirebilecek nitelikli çoğunluğunun “anayasaya uygun” kabul ettiği bir kanundan bahsedildiği için, basit çoğunluklarca yapılan kanunlardan anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi anlamında farklılık göstermesi kabul edilebilir görünmektedir. Bu önerimizin anayasa yargısının etkinliğini azaltacağı düşünülebilirse de kanaatimizce tam aksi yönde sonuç doğuracak; önerinin benimsenmesi halinde anayasa yargısının demokratik meşruiyeti artacağı için, anayasa yargısı mekanizmasının daha sağlıklı ve uzun ömürlü olmasına hizmet edecektir.

Tarihi tecrübeler göstermiştir ki, çağının meşruiyet kaynağından beslenmeyen, aksine ona meydan okuyan her kurum, ortadan kalkmaya mahkûm olmuştur. Devlet başkanlarının (Kral, Monark, Cumhurbaşkanı vs.) kanunları veto veya kanunları geri gönderme hakkı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bir şeyi geri dönüşü olmayacak şekilde yasaklamak anlamına gelen latince “veto” kavramının tarihten günümüze seyri incelendiğinde, nihayetinde karşılaşılan tablo, çağının meşruiyet kaynağı olan demokrasiyle bağdaşmayan veto kurumunun ya hiç kullanılmaması ya da “geciktirici” veya “güçleştirici” gibi düzenlemelerle demokrasiyle uyumlu bir şekilde kullanılmasıdır. Demokrasi ile bağdaşmayan devlet başkanının veto hakkı ancak belirli sınırlar içinde demokratik meşruiyet çağında hayatta kalabilmiştir. Veto kurumunun orijinal anlamına bağlı olarak aynen devam etmesi ise İngiltere haricinde mümkün olmamış, orada da 18. yüzyılın başından itibaren kullanılmadığı için fiilen ortadan kalkmıştır. Veto kurumunda yaşanan bu gelişmelerin nedeni, iktidarın meşruiyet kaynaklarının değişmesinden başkası değildir. Anayasa yargısı için de, çağının meşruiyet kaynağına meydan okuması halinde, veto kurumundakine benzer bir şekilde kifayetini yitirme tehlikesi mevcuttur.

Anayasa yargısının vazgeçilmezliğini kabul etmekle birlikte, uzun ömürlü olmasının sağlanabilmesi, yaşadığı dönemde cari olan meşruiyet kaynağı “demokrasiyle” daha barışçıl bir ilişkiye girmesine bağlı görünmektedir. Anayasa yargısının kendisinden beklenen işlevi kaybetmeden, ancak istisnai hallerde demokrasiyle sınırlandırılması kanaatimizce hem anayasa yargısının hem de demokrasinin, dolayısıyla da “anayasal demokrasi”nin faydasına olacaktır.





KAYNAKÇA

- Abadan, Y. (1941). Hürriyet Problemi: Tabii Hürriyet ve Hukuk Telakkisinin Rousseau ile Aldığı Yeni İstikamet, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7, S. 1, ss. 269-324.
- Abdulahakimoğulları, E. (2005). Hukuk Devletin Gerektirdiği Güvenceler Bağlamında 1924 Anayasası, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 38-39, ss. 91-102.
- Abdulahakimoğulları, E. (2007). Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu, *Yasama Dergisi*, S. 5., ss. 5-26.
- Abdulahakimoğulları, E. ve Baykan, B. (2012). Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 2012, S. 3., ss. 17-40.
- Ackerman, B. (2007). The Living Constitution, *Harvard Law Review*, Vol. 120, Issue 7, ss. 1737-1812.
- Ağaoğulları, M. A. (1986). “Halk ya da Ulus Egemenliği”nin Kuramsal Temelleri Üzerine Birkaç Düşünce, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 41, S: 1-4, ss. 131-152.
- Ağaoğulları, M. A. (1989). *Eski Yunan’da Siyaset Felsefesi*, Ankara: V. Yayınları.
- Ağaoğulları, M. A.; Köker, L. (1997). *Tanrı Devletinden Kral-Devlete*, 2. Baskı, Ankara: İmge Yayınları.
- Ağaoğulları, M. A. (Editör). (2014). *Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler*, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Akarsu, B. (1961). John Locke’un Devlet Felsefesi, *İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi*, S. 12. Ss. 72-85.
- Akal, C. B. (1990). *Sivil Toplumun Tanrısı*, İstanbul: Afa Yayınları.
- Akal, C. B. (2005). *İktidarın Üç Yüzü*, 3. Baskı, Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- Akbay, M. (1947). Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV., S. 1-4. ss. 29 – 47.
- Akbay, M. (1948) *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, C. 1. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

Akgün, B. ve Özşahin, M. C. (2011). Soğuk Savaş Sonrası Dünyada Demokratik Konsolidasyon Sorunu: Teorik Bir Çerçeve Anlayışı, *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 28., ss. 31-57.

Akın, İ. (1987). *Kamu Hukuku*, 5. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.

Akın, İ. (2013). *Devlet Doktrinleri*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Akkoç, A. (2014). Yunan Demokrasisinin Kavramsal Yönü ve Toplumsal Arka Planı, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 16, S. 1, ss. 31-42.

Aktaş, S. (2011). Hukukta Yorum Çabaları, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3-4, ss. 1-33.

Akyılmaz, B. (1998). Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. İhsan Tarakçığlu'na Armağan*, C. 2, S. 1-2., ss. 213-222.

Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya C. (2012). *Türk İdare Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Alacakaptan, U. (1961). İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1-4, ss. 493-517.

Aldıkaçtı, O. (1970). *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Alexy, R. (2005). Balancing, Constitutional Review, and Representation, *International Journal of Constitutional Law*, ss. 572-581.

Alford, C. F. (2010). *Narrative, Nature, and The Natural Law, From Aquinas to International Human Rights*. New York: Palgrave Macmillan.

Aliefendioğlu, Y. (1995). Anayasal Yargıda Yorum, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 28, S. 3, ss. 3-26.

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

Aliefendioğlu, Y. (2005). Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 60. ss. 71-96.

Altman, D. (2011). *Direct Democracy Worldwide*, New York: Cambridge University Press.

Anayasa Mahkemesi (1994). *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S. 29, C. 1, Ankara: Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi.

Anayurt, Ö. (2009). Avrupa Birliği Ülkelerinde Anayasa Mahkemelerinin Kompozisyonuna İlişkin Tartışmalar, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2. ss. 117-160.

Anderson, B. (2007). *Hayali Cemaatler*, (çev. Savaşır, İ.), İstanbul: Metis Yayıncılık.

Ardito, A. M. (2015). *Machiavelli and the Modern State The Prince: The Discourses on Livy, and the Extended Territorial Republic*, Cambridge: Cambridge University Press.

Aral, V. (1978). *Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Araslı, O. (1989). *Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987)*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

Arendt, H. (1972). *Crises of The Republic*, New York: A Harvest Book Harcourt Brace & Company.

Aristoteles. (2002). *Politika*, (çev. Tunçay, M.) 6. Baskı, İstanbul: Remzi Kitabevi.

Armağan, S. (1967). *Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi*, İstanbul: Cezaevi Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayını.

Arsel, İ. (1954). Çift Meclis Sisteminin Memleketimizde Tatbiki Hususunda Bazı Düşünceler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 3-4, ss. 60-105.

Arsel, İ. (1964). *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, Ankara: Doğu Matbaacılık.

Arslan, Z. (2005). İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasa'sı ve Türk Anayasa'sı Üzerine Notlar, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 22, ss. 363 – 372.

Arslan, Z. (2008). *Anayasa Teorisi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Arslan, Z. (2008). Anayasa Mahkemesinin “Yorum Tekeli”, Yargısal Üstünlük ve Demokrasi, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, C. II. Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları., ss. 59-89.

Artun, Ü. (1980). *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: "Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Aster, E. V. (2005). *İlkçağ ve Ortaçağ Felsefe Tarihi*, 3. Baskı. (Günümüz Diline Uyarlayan: Okur, V.), İstanbul: İm Yayınları.

Atar, Y. (1996). Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Berki Armağanı*, C.5, S. 1-2, ss. 373-406.

Atar, Y. (2008). Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması, *Anayasa Yargısı*, C. 25, ss. 93-115.

Atar, Y. (2012). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları.

Atay, E. E. (1997). Hukukta Meşruiyet Kavramı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 1. S. 2, ss. 121-167.

Atay, E. E. (2009). Anayasa Yargısı Kıta Avrupa Modeli, içinde *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*, (der. Ünal, M. ve diğerleri), Ankara: Seçkin Yayınları. ss. 1077-1109.

Avrupa Birliği Üyesi Bazı Ülkelerin Anayasaları, T.C. Adalet Bakanlığı, Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2011.

Aybay, R. (2013). Tarışma, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, (Yayına Hazırlayan: Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları., ss. 290-297.

Aydın, M. (2010). 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, ss. 215-249.

Azrak, A. Ü. (1984). Almanya ve Avusturya'da Anayasa Yargısının Esasları, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 2. S. 2, ss. 5 – 29.

Bal, H. (2014). Siyaset Teorisinde 'Otorite' Kavramı, *Turkish Studies*, Vol. 9/2, ss. 247-255.

Balı, A. Ş. (2006). Hukukun Meşruluğu, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 16. Kitap, Ökçesiz, H. (Yayına Hazırlayan). İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 72-85.

Balı, A. Ş. (2011). *Hukuk – Toplum – Siyaset Üzerine Söyleşiler*. Konya: Çizgi Kitabevi.

Balta, T. B. (1961). Türkiye’de Anayasa Yargısı (1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 1–4, ss. 547–565.

Barak, A. (2006). *The Judge in a Democracy*, Princeton: Princeton University Press.

Barbier, M. (1999). *Modern Batı Düşüncesinde Din ve Siyaset*, (çev. Gözel, Ö.) İstanbul: Kaknüs Yayınları.

Barın, T. (2011). *Çokkültürcülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Barın, T. (2014). *Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Barın, T. (2015). AYM ‘Kırmızı Kitap’a mı yoksa ‘Anayasa’ya mı uymalı?, *Serbestiyet*, 23.07.2015.

Barry, N. P. (2003). *Modern Siyaset Teorisi*, (çev. Erdoğan, M. ve Şahin, Y.) Ankara: Liberte Yayınları.

Başlar, K. (2005). Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma, *Demokrasi Platformu*, Yıl. 1, S. 2, ss. 87-112.

Beetham, D. (1991). *The Legitimation of Power*, New York: Palgrave.

Bellamy, R. (Editör) (2006). *Constitutionalism and Democracy*, The International Library of Essays in Law & Legal Theory, Second Series, Burlington VT: Ashgate Publications.

Berger, R. (1969). Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 117, No: 4, ss. 521 – 545.

Berger, R. (1978). Government by Judiciary: John Hart Ely’s "Invitation", *Indiana Law Journal*, Vol. 54, Issue. 2., ss. 277-312.

Berger, R. (1997). Ronald Dworkin's The Moral Reading of the American Constitution: A Critique, *Indiana Law Journal*, Vol. 72, Issue. 4, ss. 1099-1114.

Beriş, H. E. (2008). Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Üniveristesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 1, ss. 55-80.

Beriş, H. E. (2014). *Egemenlik: Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği*, Ankara: Tezkire Yayınları.

Bernstorff, J. V. ve Dunlap, T. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen*, New York: Cambridge University Press.

Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Company.

Bilgen, A. C. (2008). Anayasal Demokrasinin Paradoksu: Demokratik Meşruiyet ve Hukukun Üstünlüğü, *Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye'de Hukuk*, (Yayına Hazırlayan: Köker, L.) İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları. ss. 75-87.

Birand, K. (1958). *İlk Çağ Felsefesi Tarihi*, Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları.

Birsin, M. (2012). Ortaçağdan Aydınlanmaya Kıta Avrupa'sında Meşruiyet Paradigmasının Dönüşümü, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 4, ss. 5-24.

Bodin, J. (1967). *Six books of the Commonwealth*, (Kısaltan ve İngilizceye Çeviren: Tooley, M. J.), Oxford: The Kemp Hall Bindery.

Bognetti, G. (1974). Political Role of the Italian Constitutional Court, *Notre Dame Law Review*, C. 49, S. 5., ss. 981-999.

Boyar, O. (2008). *Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Brink, D. O. (1989). *Moral Realism and The Foundations of Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press. ss. 37-50.

Brünneck, A. (1988) Constitutional Review and Legislation in Western Democracies, Landfried, (ed.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, Baden-Baden: Verlagsgesellschaft.

Buchanan, A. (2004). *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations For International Law*, New York: Oxford University Press.

Bulut, N., (2002). Ölümüne Rekabetten Barış İçinde Yaşama: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı, içinde *Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, C. II. İstanbul: Beta Yayınları

Burckhardt, J. (1958). *İtalya'da Rönesans Kültürü*, (çev. Baykal, B. S.), İstanbul: Maarif Basımevi, C. 1.

Burkens, M. (2004). The Federal Republic of Germany, (Çev. Starsmore K.), içinde: *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Ed.: Prakke L., Kortmann, C., Deventer Kluwer Legal Publishers, ss. 309-366.

Büyükbş, H. (2013). Japon Siyasal Sisteminin Gelişimi Üzerine Bir İnceleme (1868-2003), *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 28, ss. 43-73.

Bravo, I. B. (2012). Thomas Hobbes ve John Locke'un Doğal Hak Anlayışları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 23. Kitap, (der. Üye, S.; Uygur, G. ve Ökçesiz, H.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 72-79.

Brett, A. (çev.) (2005). *Marsilius Of Padua: The Defender Of The Peace*, Cambridge: Cambridge University Press.

Brown, M. (2009). *Science in Democracy: Expertise, Institutions, and Representations*. Massachusetts: The MIT Press.

Campbell, T. (2004). *Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy*, London: UCL Press.

Can, O. (2007). Anayasayı Değişirme İktidarı ve Denetim Sorunu, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, C. 62, S. 3, ss. 101-139.

Cappaletti, M. (1971). *Judicial Review in the Contemporary World*, New York: The Bobbs-Merrill Company Inc.

Cappelletti, M. (1991). *The Judicial Review Process in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press.

Cassirer, E. (1946). *The Myth of the State*, New Haven: Yale University Press.

Chemerinsky, E. (2006). *Constitutional Law: Principles and Policies*, Üçüncü Baskı, New York: Aspen Publishers.

Ciholas, P. (1979). Plato: The Attic Moses? Some Patristic Reactions to Platonic Philosophy, *The Classical World*, Vol. 72, No. 4, ss. 217-225.

Cin, T. (2009). Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 11, S. 2., ss. 43-80.

Cohen, J. L. ve Arato, A. (1997). *Civil Society and Political Theory*, 4. Baskı, Massachusetts: The MIT Press.

Collier, D. ve Levitsky, S. (1997). Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research, *World Politics*, Vol. 49, No. 3, ss. 430-451.

Constant, B. (1988). *Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press.

Cornils, M. (2014). Güçler Ayrılığı, (çev. Güneş, A. M.), *Anayasa Teorisi*, (Editörler: Depenheuer, O. Ve Grabenwarter, C.), (Çeviri Editörü: Doğan İ.), Anayasa Hukukçuları Derneği Yayınları, Lale Yayıncılık. ss. 669 – 713

Coşkun, V. (2009). *Ulus-Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu*, Ankara: Liberte Yayınları.

Courtenay, W. J. (2008). *Ockham and Ockhamism*, Leiden ve Boston: Brill Publications.

Cover, R. M. (1982). The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities, *The Yale Law Journal*, Vol. 91, N. 7, ss. 1287-1316.

Crafts, N. ve Fearon, P. (Editör).(2013). *The Great Depression of the 1930's: Lessons for Today*, Oxford: Oxford University Press.

Cronin, T. E. (1989). *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Massachusetts: Harvard University Press.

Crompton, S. W. (2007). *McCulloch V. Maryland: Implied Powers of the Federal Government (Great Supreme Court Decisions)*, New York: Chelsea House Publishers.

Crozat, Ch. (1941). Orta Çağda Dört Devlet Nazariyecisi: Aegidius Romanus (Gilles), Occam, Bartolus, Wycliff, (Çev. Günyol, V.) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 7., S. 4., ss. 367-403.

- Crozat, C. (1945). XIX. Asırdan Zamanımıza Değın İngiliz Amme Hukukunda Egemenlik Kavramı, (çev. Tunaya, T. Z.) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 11, S. 1-2., ss. 23 – 100.
- Çağlar, B. (1984). Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizim Katkıları, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 5, S. 1-3. ss. 3-34.
- Çağlar, B. (1985). Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları. C. 6, S. 1-3, ss. 29-42.
- Çağlar, B. (1986). Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 3. ss. 137 – 187.
- Çağlar, B. (1988). "Yeni Anayasacılık" Üzerine Notlar, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C. 9, S. 1-3. ss. 29-42.
- Çağlar, B. (1989). *Anayasa Bilimi: Bir Çalışma Taslağı*, İstanbul: BFS Yayınları.
- Çağlar, B. (1993). "Hukuk"la Kavranan "Demokrasi" ya da "Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı*, C. 10. ss. 233-276.
- Çağlar, B. (2000). *Bir Anayasacının Seyir Defteri*, İstanbul: Su Yayınları.
- Çam, E. (2005). *Siyaset Bilimine Giriş*, 9. Basım, İstanbul: Der Yayınları.
- Çelik Ulusoy, D. (2014). Federal Sistemlerde Geriye Bakış: Modern Dönem Öncesi Yaklaşımlar, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 69, No. 4, ss. 739-776.
- Çetin, H. (2002). Egemenlik ve Hukuk İlişkisi Üzerine, *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 2., ss. 1-16.
- Çetin, H. (2003). Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti – Meşruiyetin İktidarı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 3, ss. 61-88.
- Çetin, İ. (1995). *John Locke'da Tanrı Anlayışı*, Ankara: Vadi Yayınları.
- Çınar M. (2006). Kültürel Yabancılaşma Tezi Üzerine, *Toplum ve Bilim*, S. 105, ss. 153-165.
- Dahl, R. A. (1957). The Concept of Power, *Behavioral Science*, Vol. 2, Issue .3, ss. 201-215.

Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker, *Journal of Public Law*, Vol. 6, Issue 2, ss 279-296.

Dahl, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Heaven: Yale University Press.

Dahl, R.A. (1993). *Demokrasi ve Eleştirileri*, (çev. Köker, L.) Ankara: Yetkin Yayınları.

Dahl, R. A. (2001). *Demokrasi Üstüne*, (çev. Kadioğlu, B.) Ankara: Phoenix Yayınları.

Daver, B. (1968). *Siyasal Bilime Giriş*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Davutoğlu, A. (2003). Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, C. 20, s. ss. 46-58.

Dede, K. (2014). Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, ss. 125-149.

Değirmenci, R. (2014). Siyasette Adaletin Tesisinde Anayasa Mahkemesinin Rolü ve Sınırları, *Düşünen Siyaset*, S. 29 – Hak Hukuk Adalet, İstanbul: Lotus Yayınları. ss. 275-293.

Demir, F. (2011). *Etkin Demokratik Hukuk Devleti*, Ankara: Orion Yayınları.

Demir, G. Y. (2010). Edebi Bir Tür Olarak Hukuk, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 19. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H. ve Uygur, G.), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. s. 232-233. ss. 230-238

Demirdal, M. B. (2014). Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S. 3-4. ss. 789-820.

Den Otter, R. C. (2009). *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism*, New York: Cambridge University Press.

Diamond, L. (1996). Is The Third Wave Over?, *Journal of Democracy*, Vol. 7., No. 3. ss. 20-36.

Diamond, L. (2010). "Why there are no Arab Democracy?", *Journal of Democracy*, Vol. 21, No: 1. ss. 93-104.

Dicey, A. V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (ed. Michener, R. E.), Indianapolis: Liberty Fund Publications.

Dicey, A. V. (2008). *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, ed. VandeWetering, R. Indianapolis: Liberty Fund, Inc.

Doehring, K. (2002). *Genel Devlet Kuramı*, (çev. Mumcu, A.) Ankara: İnkilap Yayınları.

Duguit, L. (1954). *Kamu Hukuku Dersleri*. (Çev. Derpil, S.) Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Duran, L. (1984). Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, *Amme İdaresi Dergisi*, S. 17, ss. 3-27.

Dworkin, R. A. (1977). *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1982). Law as Interpretation, *Critical Inquiry*, University of Chicago Press. Vol. 9, No. 1. ss. 179-200.

Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R. (1995). Constitutionalism and Democracy, *European Journal of Democracy*, Vol. 3, No. 1, ss. 2-11.

Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, New York: Oxford University Press.

Dworkin, R. (1997). The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve, *Fordham Law Review*, Vol. 65, Issue 4. ss. 1249-1268.

Dworkin, R. (2002). Thirty Years On [Reviews], *Harvard Law Review*, Vol. 115, Issue 6, ss. 1655-1688.

Dworkin, R. (2008). *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Oxford ve Princeton: Princeton University Press.

Dworkin, R. (2008). Şüphe Ölümcül Olursa, (çev. Heper, A.), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 18. Kitap. (Yayına Hazırlayan: Uygur, G. ve Ökçesiz, H.), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 242-246.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogss*, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.

Dworkin, R. M. (2011). Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri, *Anayasa Yargısı*, C. 28. ss. 27-39.

Dyzenhaus, D. (2006). *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, New York: Cambridge University Press.

Ebu Zeyd, N. H. (2014). Hermenötik ve Metin Yorumu, (çev. Coşkun, M.), *Marmara Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, S. 46, ss. 237- 266.

Eckstein, H. (1980). Devlet "Bilimi" Üzerine, (çev. Turhan, M.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S.1-4. ss.192-222.

Eco, U. (1992). Interpretation and History, içinde *Interpretation and Overinterpretation*, ed. Collini, S. Cambridge: Cambridge University Press.

Eco, U. (2013). *Yorum ve Aşırı Yorum*, (çev. Atakay, K. S.), 7. Baskı, İstanbul: Can Yayınları.

Edlin, D. E. (2010). *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.

Ekinci, E. B. (1996). Machiavelli ve Hukuk Tarihindeki Yeri, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* C: 10, S: 1-3, ss. 213- 252.

Eleftheriadis, P. (2009). Parliamentary Sovereignty and the Constitution, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XXII, N. 2, ss. 267-290.

Ellis, R. E. (2007). *Aggressive Nationalism: McCulloch v. Maryland and the Foundation of Federal Authority in the Young Republics*, New York: Oxford University Press.

Elster, J. ve Holmes S. (1992). New Constitutions Adopted in Bulgaria and Romania, *East European Constitutional Review*, Vol. 1, No. 1, ss. 11-12.

Elster, J. (2009). *Alexis De Tocquivelle, The First Social Scientist*, New York: Cambridge University Press.

Ely, J. H. (1978). Constitutional Interpretivism: Its Allure And Impossibility, *Indiana Law Journal*, Vol. 53, Issue. 3, ss. 399-448.

Ely, J. H. (1978). Toward A Representation-Reinforcing Mode Of Judicial Review, *Maryland Law Review*, Vol. 37., No. 3. ss. 451-487

Ely, J. H. (1980). *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Massachusetts: Harvard University Press.

Epstein, R. A. (2004). The Case Against Black Reparations, *Boston University Law Review*, Vol. 84, Issue. 5, ss. 1177-1192.

Erdoğan, T. (1974). Jean-Jacques Rousseau, Görüşleri ve Demokratik Sistem Üzerindeki Etkileri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 40, S. 1-4, ss.289-327.

Erdoğan, M. (2012). *Anayasal Demokrasi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Erdoğan, M. (2015). Hukuk, Hukukun Üstünlüğü ve Adalet, *Haşim Kılıç'a Armağan*, der. Çoban, A. R. vd. C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, ss. 331-351.

Erginay, A. (1950). Yeni Japon Anayasası (1), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1-2, ss. 494-506

Ergül, O. (2004). Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54. ss. 245-257.

Ergül, O. (2007). *Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Ankara: Adalet Yayınları.

Ergül, O. (2013). Berraklaştırılamayan Bir Kavram: "Yargısal Aktivizm", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 104, ss. 38-54.

Erhan, Ç. (1996). "Avrupa'nın İntiharı" ve İkinci Dünya Savaşı Sonrasında Temel Sorunlar, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1-4., ss. 259-273.

Eroğul, C. (1977). *Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Eroğlu, M. (2010). John Locke'un Devlet Teorisi, *Akademik Bakış Dergisi*, S. 21, Temmuz-Ağustos-Eylül 2010.

Esgün, T. G. (2013), Carl Schmitt, *Platon'dan Zizek'e Siyaset Felsefesi Tarihi*, (ed. Tunçel, A. ve Gülenç, K.), Ankara: Doğu Batı Yayınları. ss. 495 – 511.

Estlund, D. M. (2008). *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton ve Oxford: Princeton University Press.

Eule, J. N. (1990). Judicial Review of Direct Democracy, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, Issue 7, ss. 1503-1590.

Fallon, R. H. Jr. (2008). The Core of an Uneasy Case for Judicial Review, *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 7., s. 1694-1736.

Farr, W. (1974). *John Wyclif as Legal Reformer*, Leiden: E. J. Brill.

Farrell, D. M. (2011). *Electoral Systems A Comparative Introduction*, 2. Baskı, New York: Palgrave Macmillan Press.

Feyzioğlu, T. (1949). Avusturya Anayasa Mahkemesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, ss. 84 – 95.

Feyzioğlu, T. (1951) *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını.

Fleming, J. E. (2000). The Constitution Outside the Courts, *Cornell Law Review*, Vol. 86, Issue 1, ss. 215-250.

Fleming, J. E. (2005). Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Issue 4. ss. 1377-1400.

Forsdyke, S. L. (2013). The Impact of Democracy on Communal Life, içinde *The Greek Polis and the Invention of Democracy*, (der. Arnason, J. P.; Raaflaub, K. A. ve Wagner, P.), Sussex: Wiley-Blackwell Publications. ss. 227-260.

Fraenkel, E. (2006). *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, (Almanca'dan İngilizceye çeviren: Shils, E. A.), New Jersey: The Lawbook Exchange.

Freeman, S. (1991). Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review, *Law and Philosophy*, Vol. 9, No. 4, ss. 327-370.

Friedman, B. (1998). The History of The Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road To Judicial Supremacy, *New York University Law Review*, Vol. 73., No. 2., ss. 333-433.

Friedman, B. (2002). Mediated Popular Constitutionalism, *Michigan Law Review*, Vol. 101, ss. 2596-2636.

Friedman, B. (2009). *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York: Farrar Straus and Giroux Publishers.

Friedrich, C. J. (1999). *Sınırlı Devlet*, (çev. Turhan M.), Ankara: Gündoğan Yayınları.

Fukuyama, F. (1999). *Tarihin Sonu ve Son İnsan*, (çev.: Dicleli, Z.), İstanbul: Gün Yayınları.

Furtun, A. (1998). A Note On Dworkin's Interpretive Stages, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 1-4, ss. 137-144.

Gadamer, H. G. (1995). Hermeneutik, *Hermeneutik (Yorumbilgisi) Üzerine Yazılar: Gadamer, Habermas, Misch, Riedel, Ballnow, Japp*, (çeviren ve derleyen: Özlem, D.), Ankara: Ark Yayınları, ss. 11-28.

Gadamer, H. G. (2008). *Hakikat ve Yöntem*, Cilt I, (çev. Arslan, H. (ing) ve Yavuzcan, İ. (Alm.)), İstanbul: Paradigma Yayınları.

Gallagher, M. ve Mitchell, P. (ed.) (2005). *The Politics of Electoral Systems*, Oxford: Oxford University Press.

Gardbaum, S. (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory And Practice*, New York: Cambridge University Press.

Garner, B A. (ed.) (2009). *Balck's Law Dictionary*, 9. Baskı, St. Paul, Minnesota: West Publishing CO.

Garvey, J. H., Aleinikoff, T. A., Farber, D. A., vd. (2004), *Modern Constitutional Theory: A Reader*, Fifth Edition, St. Paul: Thomson West.

Gaudemet, J. (1971). Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu, (Çev. Tahiroğlu, B.), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, ss. 495-508.

Gedik, Ö. (2013). *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Gellner, E. (1994). *Milliyetçiliğe Bakmak*, (çev. Coşar, S., Özertürk, S. ve Soyarik, N.) İstanbul: İletişim Yayınları.

Gienapp, W. E. (2002). *This Fiery Trial: The Speeches and Writings of Abraham Lincoln*, New York: Oxford University Press.

Giegerich, T. (2009). Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler, *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği*, (Ed. Taşkın, A.) Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları. ss. 21-53

Giegerich, T. (2010). Anayasa Mahkemelerinde Üyelerin Atanması ve Üyeliğin Sona Ermesi: Meşruiyet, Kalite, Bağımsızlık ve Tarafsızlık Taleplerinin Uzlaştırılması İçin Benimsenen Usuller, *Anayasa Yargısı*, C. 27, ss. 123-142.

Ginsburg, T. (2003). *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, New York: Cambridge University Press.

Ginsburg, T. (2008). The Global Spread of Constitutional Review, *The Oxford Handbook of Law and Politics* (Ed. Whittington, K. E.; Kelemen, R. D.; Caldeira, G. A.) New York: Oxford University Press, ss. 81 – 98.

Gönenç, L. (2006). 2000'li Yıllarda Merkez-Çevre İlişkilerini Yeniden Düşünmek, *Toplum ve Bilim*, S. 105, ss. 129-152

Gönenç, L. (2007). Siyasi İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, ss. 145-168.

Gönenç, L. (2008). Ortaçağ Avrupası'nda Anayasacılığın Düşünsel ve Kurumsal Temelleri, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 267 – 292.

Gönenç, L. (2010). *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara: TEPAV yayınları.

Gönenç, L. (2013). Anayasa Yapım Sürecinde Temel Tercihler, *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Cilt-II, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları. ss. 1071-1097.

Gönenç, L. (2014). *Siyasi İktidarın Denetlenmesi – Dengelenmesi ve Yargı*, Ankara: Adalet Yayınları.

Gören, Z. (1996). Anayasa Yargısı ve Yasama Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi, *Anayasa Yargısı*, C. 13, ss. 104-113.

Görisch, C. (2005). Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, (Ed.: Ergül, O.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. ss.184-198.

Göze, A. (2013). *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Gözler, K. (1988). Halkoylamasının Değeri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40., S. 1-4. ss. 97-113.

Gözler, K. (1998). Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı, *Anayasa Yargısı*, C. 15, ss. 207-243.

Gözler, K. (1998a). *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara: US-A Yayıncılık.

Gözler, K. (2009). *İdare Hukuku*, 2. Baskı, C. 1, Bursa: Ekin Yayınları.

Gözler, K. (2011). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt I-II., Bursa: Ekin Yayınevi.

Gözler, K. (2013). Yorum İlkeri, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, (Yayına Hazırlayan: Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 15-119.

Göztepe, E. (2008). Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi'nin "367 Kararı" için Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi, *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, cilt II: Siyaset Bilimi, Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 339-365.

Göztepe, E. (2011). Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğunlukçu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler, *Çoğunlukçu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları*

Toplantısı, (Yayına Hazırlayan: Göztepe, E.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği yayınları. ss. 130-177.

Göztepe, E. (2012). Anayasa Yargısı ve Demokrasi, *Toplum ve Bilim*, S. 123, İstanbul: Birikim Yayınları, ss. 44 – 57.

Graber, M. A. (2013). *A New Introduction to American Constitutionalism*, New York: Oxford University Press.

Granett, G. (2006). *Marsilius of Padua and 'The Truth Of History'*, Oxford ve New York: Oxford University Press.

Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism, *Emory Law Journal*, Vol. 58, Issue 5, ss. 1195-1264.

Grimm, D. (2014). Types of Constitutions, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (der. Rosenfeld, M. ve Sajó, A.), Oxford: Oxford University Press. ss. 97-132.

Guesdes, A. M. M. (1987). Portekiz Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 4, ss. 83-98.

Gülener, S. (2012). *Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Gülsoy, M. T. (2000). John Locke’un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1-2, ss. 275- 296.

Gülsoy, M. T. (2006). Milletin Temsili, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 9., S. 2., ss. 71-86.

Gülsoy, M. T. (2007). *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Gürbüz, A. (2002). Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 5. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 15-18.

Gürbüz, A. (2013). *Hukuk ve Meşruluk: Meşru Hukukun Temel Unsurları*, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 3. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Güriz, A. (1955). Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 1-2, ss. 298-315.

Güriz, A. (1996). *Hukuk Başlangıcı*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Güriz, A. (2003). *Hukuk Felsefesi*, Ankara, Siyasal Yayınevi.

Gürkan, Ü. (1988). Montesquieu ve Kanunların Ruhu (Hukuk Sosyolojisi Açısından Bir Değerlendirme), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1-4. ss. 9-31.

Habermas, J. (1979). *Communication and the Evolution of Society*, (İngilizceye çev. McCharthy, T.), Boston Beacon Press.

Habermas, J. (1998). *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, (Ed. Cronin, C. ve De Greiff, P.) (İngilizceye Çeviren: Cronin, C.), Massachusetts: The MIT Press.

Hailbronner, M. (2014). Rethinking the Rise of the German Constitutional Court: From anti-Nazism to Value of Formalism, *International Journal of Constitutional Law*, Vol:12, No.3, ss. 626 – 649.

Hakyemez, Y. Ş. (2000). Toplum Sözleşmesi Kavramı ve Günümüz İnsan Hakları Kuramına Etkisi, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 13, S. 1., ss. 191-215.

Hakyemez, Y. Ş. (2000). *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hakyemez, Y. Ş. (2002). Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 57, S. 2., ss.17-40.

Hakyemez, Y. Ş. (2003). Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 4. ss. 69-92.

Hakyemez, Y. Ş. (2004). *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*. Ankara: Seçkin Yayınları.

Hakyemez, Y. Ş. (2007). Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İşlevi Bağlamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartışmaları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması, *Anayasa Yargısı*, C. 24, ss. 525-568.

Hakyemez, Y. Ş. (2009). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 35.

Hakyemez, Y. Ş. (2011). *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, (Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Ece Göztepe), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Hamilton, D. W. (2006). Introduction A Symposium on The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review, , *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, Issue 3, ss. 809-813.

Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*, İkinci Baskı, New York: Oxford University Press.

Hayek, F. A. (1945). The Use of Knowledge in Society, *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4 (Sep., 1945), ss. 519-530.

Hayek, F. A. (1955). *The Political Ideal of the Rule of Law*, Cairo: National Bank of Egypt.

Hayek, F. A. (1960) *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press.

Hazır, H. (2004). *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Alter Yayınları.

Hekimoğlu, M. M. (2004). *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Ankara: Detay Yayıncılık.

Hekman, S. (1999). *Bilgi Sosyolojisi ve Hermeneutik: Mannheim, Gadamer, Foucault ve Derrida*, (çev. Arslan, H. ve Balkız, B.), İstanbul: Paradigma Yayınları.

Helmholz, R. H. (2009). Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature, *Journal of Legal Analysis*, V.1, N.1, ss. 325-355.

Henkin, L. (1976). Is There a "Political Question" Doctrine?, *The Yale Law Journal*, Vol. 85, No. 5, ss. 597-625.

Heper, A. (2012). Almanya'da Hukukta Yorum Üzerine Bazı Düşünceler, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2012/1, ss. 71- 85.

Heper, M. (1985). *The State Tradition in Turkey*, England: The Eothen Press.

Hessick, F. A. (2010). Rethinking the Presumption of Constitutionality, *Notre Dame Law Review*, Vol. 85, Issue 4, ss. 1447-1504.

Heywood, A. (2004). *Political Theory: An Introduction*, 3rd Edition, New York: Palgrave Macmillan.

Hirschl, R. (2000). The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions, *Law and Social Inquiry*, Vol. 25. S. 93, ss. 91-151.

Hirschl, R. (2004). The Political Origins of the New Constitutionalism, *Indiana Journal of Global Studies*, Vol. 11, Issue 1, ss. 71-108.

Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*, Massachusetts: Harvard University Press.

Hirschl, R. (2005). Preserving Hegemony? Assessing the Political Origins of the Eu Constitution, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3 Issue 2/3, ss. 269-291.

Hirschl, R. (2009). Juristocracy vs. Theocracy: Constitutional Courts and the Containment of Sacred Law, *Middle East Law and Governance: An Interdisciplinary Journal*, Vol. 1. ss. 129-165.

Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press.

Hirş, E. (1996). *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, (Güncel Dile Çeviren: Veziroğlu, S. B.). 2. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Hobbes, T. (1998). *Leviathan*, (Yay. Haz. Gaskin, J. C. A.), New York: Oxford University Press.

Hobbes, T. (2008). *Leviathan*, (Çev. Lim, S.) 7. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Hobsbawm, E. (2002). *Kısa 20. Yüzyıl: 1914 – 1991 Aşırılıklar Çağı*, (Çev. Alogan Y.), İstanbul: Sarmal Yayınları.

Holmes, S. (1997). Precommitment and The Paradox of Democracy, içinde *Constitutionalism and Democracy*, (der. Elster, J. ve Slagstad, R.) Cambridge: Cambridge University Press. ss. 195-240.

Hughes, C. E. (1908). *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York 1906-1908*, New York ve London: The Knickerbocker Press.

Hunt, M. (2003). 'Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of "Due Deference"' *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, (ed. Bamforth, N. ve Leyland, P.) Oxford: Hart Publishing. ss. 337-370.

Huntington, S. P. (1993). *Üçüncü Dalga, Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (çev. Özbudun E.) Ankara: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları.

Hussain, M. M. ve Howard, P. N. (2013). *Democracy's Fourth Wave: Digital Media and the Arab Spring*, New York: Oxford University Press.

Işıldak, M. (2010). Stoa Felsefesinin Güçlü Roma Devletinde Gelişmesinin Roma Hukukuna Yansıyan Sonuçları, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 20. Kitap, Ökçesiz, H. Ve Uygur, G. (Yayına Hazırlayanlar) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 165-180.

İyimaya, A. (2007). *Siyaset Hukuku Sorunlar*, Ankara: Turhan Kitabevi.

İzgi, Ö. Ve Gören, Z. (2002). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Ankara: TBMM Basımevi.

Jennings, I. (1957). *Parliament*, Cambridge: Cambridge Publications.

Kaboğlu, İ. Ö. (1993). Kelsen Modeli 'Sınırları'nda Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları, *Anayasa Yargısı*, S. 10, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, ss. 381 – 404.

Kaboğlu, İ. Ö. (1994). *Anayasa Yargısı*, Ankara: İmge Kitabevi.

Kahraman, M. (2007). 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı'nın Geri Gönderme Yetkisi, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S.1-2, ss. 89-102.

Kalaycıoğlu, E. (1994). Elections and Party Preferences in Turkey: Changes and Continuities in the 1990's, *Comparative Political Studies*, Vol. 27, No. 3, ss. 402-424.

- Kanadoğlu, O. K. (2004). *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Kanadoğlu, O. K. (2008). Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 25. ss. 61-89.
- Kapani, M. (1956). *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.
- Kapani, M. (1964). Freedom to Destroy Freedom: Its Meaning and Implications, *Ord. Prof. Dr. Enrst E. Hirsch'e Armağan*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, ss. 261-276.
- Kapani, M. (1992). Çağdaşlaştırıcı Yargısal Yorum ve Kurucu Amaç Tartışması: Anayasanın Yargısal Yorumunun Kapsamı, (çev. Tunçay, M.), *Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayını. ss. 149-156.
- Kapani, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Kapani, M. (2007). *Politika Bilimine Giriş*. Ankara: Bilgi Yayınevi.
- Karadağ, C. T. (2015), Alman Federalizminin Tarihsel Süreçteki Gelişimi, *Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 13, S. 2, ss. 121-136.
- Karakaş, J. (2005). Hermeneutik ve Hukuk, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 102-107.
- Karakul, S. (2015). Hukuk Yoluyla Demokrasi mi, Demokrasi Yolula Hukuk mu? Hukuk ve Demokrasi İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1. ss. 79-111.
- Karamustafaoğlu, T. (1965). *Yasama Meclisinde Komisyonlar*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- Karamustafaoğlu, T. (1968). Anayasa Yargısının Önemli Sorunları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 3, ss. 91-100.
- Karamustafaoğlu, T. (1970). *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, Ankara: Sevinç Matbaası.
- Karayalçın, Y. (1992). Hukukun Üstünlüğü (Kavram – Bazı Problemler), *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 3. ss. 193-214.

Karlan, P. S. (1999). Two Concepts of Judicial Independence, *Southern California Law Review*, Vol. 72, Issues 2&3, ss. 535-558.

Kauffmann, A. ve Hassemer, W. (2003). Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi, (çev. Deren Yıldırım, N.), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan*, İstanbul: Alkım Yayınları., ss. 629-651.

Kavanagh, A. (2010). Judicial Restraint in The Pursuit Of Justice, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, Issue. 1, ss. 23-40.

Kaya, A. (2014). Amaçsal Yorum, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 2014, S. 4, s.367. ss. 363-383.

Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, (İngilizceye çev. Knight, M.), New Jersey: The Lawbook Exchange Ltd.

Kelsen, H. (2012). Yasaların Yargısal Denetimi: Karşılaştırmalı Olarak Avusturya ve Amerikan Anayasalarının İncelenmesi, (çev. Turhan, M.), *Çankaya University Journal of Law*, S. 9/2, ss. 135 – 148.

Kellogg, F. R. (2007). *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint*, New York: Cambridge University Press.

Keyman, S. (1978). Hukuki Pozitivizm, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35. S. 1-4. ss. 17-56.

Keyman, S. (1981). *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Ankara: Doruk Yayınları.

Kılıç, M. (2005). Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz , *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 12. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz H.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 90-101.

Kılıç, M. (2011). Hukuksal Yorumun Filozofik-Yorumbilimsel Bağlamı, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C.16, S.1, ss. 63-78.

Kıratlı, M. (1966). *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

Kıratlı, M. (1982). Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler, *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 3., ss. 125-129.

Kışlalı, A. T. (1984). Eski Yunan'da Demokrasi ve Demokratik Düşünce, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 17, S. 1. ss. 63-77.

Klocker, H. (1996). *William of Ockham and the Divine Freedom*, 2. Baskı, Milwaukee: Marquette University Press.

Kmiec, K. D. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, *California Law Review*, Vol. 92, Issue. 5, ss. 1441-1478.

Knowles, H. J. ve Toia, J. A. (2014). Defining Popular Constitutionalism: The Kramer versus Kramer Problem, *Southern University Law Review*, Vol. 42, Issue 1, ss. 1-31.

Koçoğlu, R. (2010). Uluslararası Sempozyumdan Yargısal İzdüşümler, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl. 68, S. 2, ss. 155-164.

Kolodny, N. (2010). The Explanaton of Amour-Propre, *The Philosophical Review*, Vol. 119, No. 2, Duke University Press. ss. 165-200.

Kommers, D. P. (2001). (Autonomy Versus Accountability: The German Judiciary, *Judicial Independence in The Age of Democracy: Critical Perspectives from around the World*, (ed. Russel, P. H. ve O'Brein, D. M.), Charlottesville ve London: University Press of Virginia. ss. 131-155.

Korkut, L. (2015). Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 1. ss.31-79.

Kornhauser, L. A. (2002). Is Judicial Independence Useful Concept, *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, London: Sage Publications.

Korucu, S. (2013). Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl. 18, S. 69-70, ss. 201-225.

Korucu, S. (2014). *Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yaergısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Köker, L. (2008). Kanunilik ve Meşruluk: Türk Hukuk Kültüründe Eleştirel Bir Yaklaşım İçin Notlar. *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, cilt I: Siyaset Bilimi, (Ed. Yazıcı, S., Gözler, K., Keyman, F.), Ankara: Yetkin Yayınları, ss. 329 – 345.

Köker, L. (2010). Egemenliği Tartışmak: Yeni Kavramsallaştırmalar Işığında Türkiye'nin Anayasa Sorunu, içinde *Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoğlu'na Armağan*, (Editör: Kulaksız, C.) Ankara: Adalet Yayınları. ss. 453-467.

Köybaşı, S. (2013). Anayasalarda Değişmezlik İlkesinin Teorik Temeli ve Anayasa Mahkemesinin Değişmez Maddeleri Koruma Sorumluluğunun Dayanağı, *Anayasa Hukuku Araştırmalarında Genç Yaklaşımlar Kuramsal ve Uygulamalı Yeni Çalışmalar*, (ed. Oder, B. E.), İstanbul: Oniki Levha Yayınları, ss. 3-25.

Köybaşı, S. (2014). *Anayasalarda Değişmezlik: Değişmez Maddelerin Teorisi ve Pratiği*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul. Yayımlanmamış Doktora Tezi.

Kramer, L. D. (2004). Popular Constitutionalism, circa 2004, *California Law Review*, Vol. 92, Issue 4. ss. 959-1012.

Kramer, L. D. (2004a). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York: Oxford University Press.

Kramer, L. D. (2006). The Interest of the Man: James Madison, Popular Constitutionalism, and the Theory of Deliberative Democracy, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 41, Issue 2. ss. 697-754.

Kramer, L. (2012). Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint, *California Law Review*, Vol. 100, No. 3. ss. 621-634.

Kulak, S. C. (2010). Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, ss. 228-261.

Kulak, S. C. (2012). Halkoylaması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 101., ss. 197-222.

Kurnaz, A. H. (2006). Üye Seçimi ve Bireysel Başvuru ile Bazı Yetki ve Görevleri Açısından Anayasa Mahkemesi, *Yasama Dergisi*, S. 2, ss. 92-122.

Küçük, A.; Canatan, B. ve Çoban, A. R. (der.)(2008). *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke, Siyasi Bir İdeal*, Ankara: Adres Yayınları.

Küçük, T. S. (2015). *Parti İçi Demokrasi*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Landrified, C. (1988). Introduction, *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, der. Landrified, C. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.

Larkins, J. (2010). *From Hierarchy to Anarchy Territory and Politics before Westphalia*, New York: Palgrave Macmillan.

Laski, H. J. (2000). *Authority in Modern State*, Kitchener: Batoche Books. (Yale Press tarafından 1919'da basılan kitabın tıpkı baskısıdır)

Levinson, D. J. (2012). Rights and Votes, *The Yale Law Journal*, Vol. 121, Issue 6. ss. 1286-1363.

Levy, J. B. (2009). Montesquieu's Constitutional Legacies, *Montesquieu and His Legacy*, (editör: Kingston, R. E.) Albany: State University of New York Press. ss. 115-139.

Lewis, W. A. (1965). *Politics in West Africa*, Oxford: Oxford University Press.

Lijphart, A. (1996). *Çağdaş Demokrasiler: Yirmi Bir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri*, (çev. Özbudun, E. ve Onulduran, E.), Ankara: Yetkin Yayınları.

Lijphart, A. (2008). *Thinking About Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory And Practice*, London ve New York: Routledge.

Lijphart, A. (2014). *Demokrasi Modelleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, (çev. Ayas, A. ve Bulsun, U. U.), İstanbul: İthaki Yayınları.

Limbach, J. (2001). The Concept of the Supremacy of the Constitution, *The Modern Law Review*, Vol. 64., No. 1. ss. 1-10.

Lipset, S. M. (1959). Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy, *The American Political Science Review*, Vol. 53, No. 1. ss. 69-105.

Livingston, W. S. (1952). A Note on the Nature of Federalism, *Political Science Quarterly*, Vol. 67. ss. 81 – 95.

Locke, J. (2003). *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, (der: Shapiro, I.), New Haven ve London: Yale University Press.

Loewenstesin, K. (1937). Militant Democracy and Fundamental Rights, I, *The American Political Science Review*, Vol. 31, No. 3, ss. 417-432.

Lucas, J. R. (1976). *Democracy and Participation*, Harmondsworth: Penguin Books.

Lütem, İ. (1951). Cihanşümül bir Federalizm'in Şartları ve Güçlükleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 1, ss. 304-353.

Lynch, P. (1999). *The Politics of Nationhood: Sovereignty, Britishness and Conservative Politics*, New York: Palgrave Macmillan.

Machacek, R. (1987). Avusturya Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını C. 4, ss. 17 – 25.

Machiavelli, N. (1955). *Hükümdar*, (İtalyanca aslından çeviren: Egeli, Y. A.) Ankara: Yıldız Matbaası.

Machiavelli, N. (1996). *Discourses on Livy*, (İngilizceye çev. Mansfiel, H. C. ve Tarcov, N.) Chicago ve London: University of Chicago Press.

Machiavelli, N. (2009). *Prens*, çev. Tolga, A. İstanbul: Say Yayınları.

Maddox, G. (1982). A Note on the Meaning of "Constitution", *American Political Science Review*, Vol. 76. No. 4. ss. 805-809.

Magarian, G. P. (2001). Toward Political Safeguards of Self-Determination, *Villanova Law Review*, Vol. 46, No. 6, ss. 1219-1258.

Mardin, Ş. (2004). Türk Siyasetini Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri, (çev. Gören, Ş.) *Türkiye'de Toplum ve Siyaset*, (der. Türköne M. ve Önder, T.), 12. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları, ss. 35-77.

Mardin, Ş. (2007). Türkiye'de Gençlik ve Şiddet, *Türk Modernleşmesi*, (Der. Türköne M. ve Önder, T.), İstanbul: İletişim Yayınları.

Marks, J. (2005). *Perfection and Disharmony in the Thought of Jean-Jacques Rousseau*, New York: Cambridge University Press.

Marshall, W. P. (2002). Conservatives and The Seven Sins Of Judicial Activism, *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, Issue 4, ss. 1217-1256.

Martin, E. A. (2003). (editör). *A Dictionary of Law*, 5. Baskı, Oxford ve New York: Oxford University Press.

McFaul, M. (2002) The Fourth Wave of Democracy and Dictatorship: Noncooperative Transitions in the Postcommunist World, *World Politics*, C. 54, No. 2, ss. 212-244.

McWhinney, E. (1955). The Supreme Court and The Dilemma Of Judicial Policy-Making, *Minnesota Law Review*, Vol. 39, Issue 7, ss. 837-852.

McWhinney, E. (1981). *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*, Toronto: University of Toronto Press.

Mellinghof, R. (2009). Federal Almanya Cumhuriyet'inde Anayasa Şikayeti, *Anayasa Yargısı*, C. 26, ss. 31-44.

Metin, S. (2003). Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 61, S. 1-2, ss. 35-84.

Metin, Y. (2008). *Anayasanın Yorumlanması*, Ankara: Asil Yayınları.

Metin, Y. (2010). Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Anayasa Yargısı*, C. 27, ss. 218-272.

Metin, Y. (2010). *Kamu Hukukçuları Platformu Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Metin, Y. (2012). Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, ss. 88 – 130.

Michelman, F. I. (1999). What (if anything) is Progressive-Liberal Democratic Constitutionalism?, *Widener Law Symposium Journal*, Vol. 4, ss. 181-200.

Montesquieu, (1947). İngiltere'nin Esas Teşkilatı, (çev. Özyörük, M.), *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. 2, S. 1-2, ss. 75-83.

Moore, M. S. (1992). Law as a Functional Kind, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, (ed. George, R. P.) New York: Oxford University Press. ss. 188-245.

Mountjoy, S. (2007). *Marbury v. Madison: Establishing Supreme Court Power*, New York: Chelsea House, Infobase Publishing.

Möller, C. (2013). *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press.

Murphy, W. F. (2007). *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

Müller, W. C. (2003). Austria: Imperfect Parliamentarism but Fully-fledged Party Democracy, *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, (Ed. Wolfgang, K. S.; C. Müller, W. C. ve Bergman, T.), New York: Oxford University Press. ss. 221-253.

Nattrass, L. (1995). *William Cobbett: The Politics of Style*, Cambridge: Cambridge University Press.

Oder, B. E. (2004). *Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık*, İstanbul: Anahtar Kitaplar Yayınevi.

Oder, B. E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Basım Yayın.

Odyakmaz, Z. (2008). Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler, *Anayasa Yargısı*, C. 25, ss. 155-204.

Okandan, R. G. (1967). Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 1-2, ss. 3-21.

Onar, E. (2003). *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.

O'Neil, P. H. (2010). *Essentials of Comparative Politics*, 3. Baskı, Londra ve New York: W. W. Norton & Company Ltd.

Öden, M. (1993). Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 43, S. 1-4, ss. 61-125.

Öktem, N. (2011). Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi, *Anayasa Yargısı*, C. 28, ss. 89-102.

Örücü, E. (1967). John Locke ve Sosyal Mukavelesinin Özelliği, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 3-4. ss.177-196.

Özay, İ. H. (1985). Evvel Allah... Sonra Yüksek Mahkeme, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 6, S. 1-3, ss. 199-205.

Özay, İ. H. (1989). Yargının Sorunlarına Yaklaşımda Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle 'İtalyan Anayasa Mahkemesi', *Anayasa Yargısı*, C. 6., ss. 213-232.

Özay, İ. H. (1991). Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 8. ss. 103-116.

Özay, İ. H. (1992). Anayasa Mahkemesi (ya da Yargısının) Meşruiyeti, *Anayasa Yargısı*, C. 9., ss. 67-74.

Özay, İ. H. (1996). Yasama - Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi, *Anayasa Yargısı*, C. 13, ss. 31-39.

Özbudun, E. (1968). İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25. S. 1-2. ss. 59 – 80.

Özbudun, E. (1976). *Social Change and Political Participation in Turkey*, Princeton: Princeton University Press.

Özbudun, E. (1993). *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Ankara: Bilgi Yayınevi.

Özbudun, E. (2003). *Çağdaş Türk Politikası*, İstanbul: Doğan Kitap.

Özbudun, E. (2005). Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu, *Demokrasi ve Yargı*, (ed. Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 336-352.

Özbudun, E. (2006). Türki Cumhuriyetler, Komşular ve Anayasal Sorunlar, *Anayasa Yargısı*, C. 23, ss. 57-60.

Özbudun, E. (2007). Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü, *Anayasa Yargısı*, C. 24, ss. 359-364.

Özbudun, E. (2010). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.

Özbudun, E. (2010a). Anayasa Yargısının Yeniden Yapılandırılması, *Yargısal Düşüm: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler*, (ed. Yazıcı, S.), İstanbul: TESEV Yayınları. ss. 12-17.

Özbudun, E. (2014). Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Özenç, B. (2014). *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağında İşlevi*, İstanbul: İletişim Yayınları.

Özer, A. (1996). (der.) *Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası*, Ankara: Kamu-İş Yayını, Lazer Ofset Matbaacılık.

Özkök, G. (2002). Ronald Dworkin’de Adalet ve Haklar, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 5. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H.), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 98-107.

Özsoy, Ş. (2010). *1982 Anayasası’nın Yapım Süreci*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Öztürk, A. (2013). Machiavelli Düşüncesinde Cumhuriyetçi Özgürlük ve Kurucu Lider İmgesi, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 68, No. 2, ss.181-204.

Öztürk, E. (2009). Hermeneutiğin Tarihsel Dönüşümü, *Zeitschrift für die Welt der Türken*, Vol. 1, No. 2, ss. 145-175.

Öztürk, F. (2012). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?*, İstanbul: Beta Yayınları.

Özyörük, M. (1977). *İdare Hukuku Ders Notları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Palavrić, S. (2010). Yargı Bağımsızlığı, Yargının Tarafsızlığı ve Sorumluluğu, *Anayasa Yargısı*, C. 27. ss. 23-26.

Palmer, R. E. (1980). *Hermeneutics Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*, 5. Baskı, Evanston: Northwestern University Press.

Parker, R. D. (1993). "Here, the People Rule": A Constitutional Populist Manifesto, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 27, No. 3, ss. 531-584.

Partridge, E. (2006). *Origins, A Short Etymological Dictionary of Modern English*. Londra: Routledge.

Pasquino, P. (2005). İtalyan Anayasa Mahkemesi, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, (Ed.: Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. ss. 152-159.

Perçin, Ö. (2010). Ekonomi Hukuku: Hukukun Sınıflandırılmasında Paradigma Kayması, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 59, S. 2, ss. 277-308.

Pettit, P. (1998). *Cumhuriyetçilik: Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi*, (Çev. Yılmaz, A.), İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

Phelps, M. L. (2014). Doppelgangers of the State: Private Security and Transferable Legitimacy, *Politics & Policy*, Vol. 42, Issue 6, ss. 824-849.

Pilon, R. (1992). Individual Rights, Democracy, and Constitutional Order: On The Foundations of Legitimacy, *CATO Journal*, Vol. 11, No. 3. ss. 373-390.

Platon. (2002). *Devlet*, (çev. Eyuboğlu, S. ve Cimcoz, M. A.), 4. Baskı, İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.

Pollock, F. (1894). Sovereignty in English Law, *Harvard Law Review*, Vol. VIII., No. 5, ss. 243-251.

Posner, R. A. (1983). The Meaning of Judicial Restraint, *Indiana Law Review*, Vol. 59, No. 1, ss. 1-24.

Posner, R. A. (2012). The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, *California Law Review*, Vol. 100, No. 3. ss. 519-556

Powell, G. B. (1990). *Çağdaş Demokrasiler: Katılma, İstikrar ve Şiddet*, (çev. Turhan M.) Ankara: S Yayınları.

Pozhidayeva, N. (2011). *Alman Siyasal Sisteminde Weimar Cumhuriyeti Sonrası Nasyonal Sosyalist Partinin*, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Proctor, D. ve Brosnan, S. (2011). Political Primates: What Other Primates Can Tell Us about the Evolutionary Roots of Our Own Political Behavior, içinde *Man Is by Nature a Political Animal*, der. Hatemi, P. K. ve McDermott, R. Chicago: Chicago University Press. ss. 47-72.

Qvortrup, M. (2005). *A Comparative Study of Referendums: Government by the People*, 2. Baskı, Manchester: Manchester University Press.

Raaflaub, K. A. (2007). Introduction, içinde: *Origins of Democracy in Ancient Greece*, (der. Raaflaub, K. A.; Ober J., ve Wallace R. W.) California: University Of California Press.

Rahe, P. A. (ed.) (2006). *Machiavelli's Liberal Republican Legacy*, Cambridge: Cambridge University Press.

Raz, J. (1998). On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, *Constitutionalism, Philosophical Foundations*, (Ed. Alexander L.), New York: Cambridge University Press, ss. 152 – 193.

Raz, J. (2013). Kelsen'in Temel Norm Kuralı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (çev. Ceylan, Ş. Ş.), C. 62, S. 4, ss.1169 – 1193.

Rehnquist, W. H. (1976). Notion of a Living Constitution, *Texas Law Review*, Vol. 54, Issue 4. ss. 693-706.

Renan, E. (1990). What is a Nation?, (İngilizceye Çeviren: Thom, M.), *Nation and Narration*, (der. Bhabha, H. K.), London ve New York: Routledge Publications.

Richardson, J. T. (2007) Religion, Law, and Human Rights, *Religion, Globalisation and Culture*, (ed. Beyer, P. ve Beaman, L.), Leiden ve Boston: Brill Publications. ss. 407-430.

Ridges, E. W. (1951). İngiliz Anayasa Hukuku. (Çev. Özyörük, M.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8., S. 3-4, ss. 183-209.

Ritschl, A. (2013). Reparations, Deficits, and Debt Default: The Great Depression in Germany, *The Great Depression of the 1930s: Lessons for Today*, (ed. Crafts, N. ve Fearon, P.), Oxford: Oxford University Press. ss. 110-140.

Robinson, E. W. (2011). *Democracy Beyond Athens: Popular Government in the Greek Classical Ages*, New York: Cambridge University Press.

Rothbard, M. N. (2002). *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Revised Edition, New York: Collier Macmillan Publishers.

Rousseau, J. J. (1990). *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı*, (çev. İleri, R. N.), Dördüncü Baskı, İstanbul: Say Yayınları.

Rousseau, J. J. (1994). *The Social Contract*, (çev. Betts, C.) New York: Oxford University Press.

Rousseau, J. J. (1999). *Toplum Sözleşmesi*, (çev. Erenuluğ, A.) Ankara: Öteki Yayınları.

Rousseau, J.J. (2002) *The Social Contract and The First and Second Discourses*, (Der: Dunn, S.) Book I, Ch. VI. New Heaven: Yale University Press.

Ruhi, M. E. (2002). *Fransız Devriminin Başrol Oyuncusu: Sieyes*, Ankara: Liberte Yayınları.

Russell, M ve Reidy, A. (1999). *Second Chambers as Constitutional Guardians and Protectors of Human Rights*. The Constitution Unit, School of Public Policy, University Coll: London.

Sadurski, W. (2002). Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, No. 2, ss. 275 – 299.

Sadurski, W. (2009). Rights and moral reasoning: An unstated assumption—A comment on Jeremy Waldron's "Judges as moral reasoners", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, No. 1, ss. 25-45.

Sadurski, W. (2010). Anayasacılık ve Anayasa Yapımı Üzerine, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Sempozyum, (çev. Kontacı, E.), (ed. Ergül, O.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. ss.23-49.

Sadurski, W. (2014). *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, İkinci Baskı, Heidelberg, New York, London: Springer.

Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Mutlak Monarşiyeye Laik Savunma: Tevratın Canavarı Leviathan, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63, S. 3, ss. 819-853.

San, C. (1974). *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi. Toplum Bilimleri Araştırma Merkezi Yayınları.

San, C. (1994). Sosyo-Politik Bir Süreç Olarak Anayasa Değişiklikleri, *Anayasa Yargısı*, C. 11., ss. 23-35.

Sancar, M. (1996). *Temel Hakların Yorumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

Sancar, M. (2000). *“Devlet Aklı” Kıskaçında Hukuk Devleti*, İstanbul: İletişim Yayınları.

Sancar, M. (2005). Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?, *Demokrasi ve Yargı*, (Ed. Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 44-57.

Sancar, M. ve Atılğan, E. Ü. (2009). *“Adalet Biraz Es Geçiliyor...”*: *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, İstanbul: Tesev Yayınları.

Sandalow, T. (1977). Judicial Protection of Minorities, *Michigan Law Reveiw*, Vol. 75. ss. 1162-1195.

Sartori, G. (1962). Constitutionalism: A Preliminary Discussion, *The American Political Science Review*, Vol. 56, No. 4, ss. 853 – 864.

Sartori, G. (1993). *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (çev. Karamustafaoğlu, T. ve Turhan M.), Ankara: Yetkin Yayınları.

Savcı, B. (1960). Anayasaya Aykırılık Meselesi ve Bir Özel Kanun Yolu ile Düzenlenmesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 15, No. 1, ss. 334-346.

Savigny, F. C. (1867). *System of the Modern Roman Law*, Almandan İngilizceye çeviren: Holloway, W. Vol. I., Madras: J. Higginbotham Publisher.

Saygılı, A. (2014). Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 63 S. 1, ss. 185-198.

Saygın, T. (2011). Sosyal Bilimlerin Doğası ve Hermeneutik, *VI. Ulusal Sosyoloji Kongresi “Toplumsal Dönüşümler ve Sosyolojik Yaklaşımlar” Bildiri Kitabı*, (Yayına Hazırlayan: Akdağ, M. ve Artar, F. Aydın), Aydın: Adnan Menderes Üniversitesi Yayınları. ss. 100-111.

Scheppele, K. L. (2002). Declarations of Independence: Judicial Reactions to Political Pressure, içinde *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, (ed. Burbank, S. B. ve Friedman, B.,) Thousand Oaks, CA: Sage Publications, ss. 227-280.

Scheuerman, W. E. (1999). *Carl Schmitt: The End of Law*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers.

Schlesinger, A. M. Jr. (1947). The Supreme Court: 1947, *Fortune [Magazine]*, January 1947, Vol. XXXV, No. 1, ss. 202-208.

Schmitt, C. (2005). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, İngilizceye (çev. Schwab, G.) Chicago ve London: Chicago University Press.

Schopenhauer, A. (2009). *Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine* (çev. A. Aydoğan). İstanbul: Say Yayınları.

Selçuk, S. (1998). *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları.

Sevinç, M. (1996). Amerikan Yüce Mahkemesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, ss. 391 – 407.

Sezginer, M. (2010). *Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Shapiro, M. M. (1990). Judicial Review in France, *Journal of Law & Politics*, Vol. 6, Issue 3, ss. 531-548.

Shapiro, M. ve Stone Sweet, A. (2002). *On Law, Politics, and Judicialization*, New York: Oxford University Press.

Shapiro, S. J. (2002). Authority, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Coleman, J. L., Himma, K. E. ve Shapiro, S. J., (editörler) Oxford ve New York: Oxford University Press. ss. 382-439.

Shils, E. (2002). Merkez ve Çevre, *Türkiye Günlüğü*, (çev. Çelikkaya, Y. Z.), Sayı: 70, ss. 86-96.

Shklar, J. N. (1987). *Montesquieu*, Oxford ve New York: Oxford University Press.

Siegel, R. ve Post, R. (2004). Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy, *California Law Review*, Vol. 92, Issue 4, ss. 1027-1044.

Sieyès, E. J. (1951). Tiers-Etat Nedir?, (çev. Derbil, S.) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8. S. 1-2. Ankara. ss.126-207.

Skinner, Q. (1990). Machiavelli's *Discorsi* and the Pre-humanist Origins of Republican Ideas, içinde, *Machiavelli and Republicanism*, (Bock, G., Skinner, Q. ve Viroli, M. der.) Cambridge: Cambridge University Press. ss. 121-143.

Smith, D. C. (2014). *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws: Religion, Politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge: Cambridge University Press.

Smillie, J. (2006). Who Wants Juristocracy?, *Otago Law Review*, Vol. 11, Issue 2. ss. 183-196.

Snyder, B. (2013). Frankfurter and Popular Constitutionalism, *U. C. Davis Law Review*, Vol. 47, Issue. 1, ss. 343-418.

Solomon, P. H. (1990). The U.S.S.R. Supreme Court: History, Role, and Future Prospects, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, N. 1., ss. 127-142.

Sözer, A. N. (2013). *Hukukta Yöntembilim*, 4. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayın.

Stelmach, J. ve Brozek, B. (2006). *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer Publications.

Stephanopoulos, N. (2005). The Case for the Legislative Override, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 10, Issue 1 ss. 250-296.

Sternberger, D. (1968). "Legitimacy" maddesi, *International Encyclopedia of Social Sciences*, Sills, D. L. (editör). Vol. 9., New York: The Macmillan Company & The Free Press. ss. 244-248.

Stone Sweet, A. (2000). *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, New York: Oxford University Press.

Stone Sweet, A. (2007). The politics of constitutional review in France and Europe, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 1, ss. 69-92

Stoner Jr. J. R. (2007). Natural Law, Common Law, and the Constitution, *Common Law Theory*, (Ed. Edlin, D. E.), New York: Cambridge University Press, ss. 171 – 185.

Sullivan, V. B. (2004). *Machiavelli, Hobbes, and the Formation of a Liberal Republicanism in England*, Cambridge: Cambridge University Press.

Sunstein, C. R. (1989). Is There an Unconstitutional Conditions Doctrine?, *San Diego Law Review*, Vol. 26, Issue. 2, ss. 337-346.

Sunstein, C. R. (1998). *The Partial Constitution*, Massachussets: Harvard University Press.

Sunstein, C. R.; Schkade, D.; Ellman, L. M. ve Sawicki, A. (2006). *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington D. C.: Brookings Institution Press.

Şahin, E. (2015). *Türk Siyasi Tarihinde Anayasa, İktidar ve Meşruiyet Sorunu*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Şen, İ. G. (2013). Doğrudan Demokrasi Aracılığıyla Siyasal Katılımı Artırmak: Referanduma Dair Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Demokrasi ve Siyasal Katılım*, (Yayına Hazırlayan: Şen, İ. G.) İstanbul: Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği Yayınları. ss. 75-86.

Şen, İ. G. (2013). *Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar*, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Şen, İ. G. (2015). *Sovereignty Referendums in International and Constitutional Law*, Switzerland: Springer.

Tanilli, S. (1981). *Devlet ve Demorkasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Bası, İstanbul: Say Kitap Pazarlama.

Tanör, B. (1994). *İki Anayasa 1961-1982*, 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul: Beta Yayınları.

Tanör, B. (1997). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1898-1980)*, İstanbul:Yapı Kredi Yayınları.

Teziç, E. (1986). Cumhurbaşkanı'nın Geri Gönderme Yetkisi, *Anayasa Yargısı*, C. 3., ss. 83-94.

Teziç, E. (1991). *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları.

Thayer, J. B. (1893). The Origin and Scope of The American Doctrie Of Constitutional Law, *Harvard Law Review*, Vol. 7, No. 3, ss. 129-156.

Tiede, L. B. (2006). Judicial Independence: Often Cited, Rarely Understood, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 15. ss. 129-162.

Tilly, C. (2007). *Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

Tocqueville, A. (1994). *Amerika'da Demokrasi*, (Çev., Sezal, İ. ve Dilber, F.), Ankara: Yetkin Yayınları.

Toku, N. (2005). Pozitif Hukukun Meşruiyet Zemini, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H.), 11. Kitap, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss.155-161.

Tomkins, A. (2010). The Role of The Courts In The Political Constitution, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 60, Issue 1, ss. 1-22.

Tonami, K. (2010). İkinci Dünya Savaşı Sonrası Dönemde Japonya'da Anayasacılığın Gelişimi, *Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim*, 19-20 Mart 2010 Uluslararası Sempozyum, (çev. Kontacı, E.), (Ed. Ergül, O.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 211-239.

Tosun, F. M. (2010). Yargı ve “Demokratik Meşruiyet”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 88., ss. 320-332.

Tosun, T. (1999). *Türk Parti Sisteminde Merkez Sağda ve Merkez Solda Parçalanma*, İstanbul: Boyut Kitapları.

Touraine, A. (2004). *Demokrasi Nedir?*, (çev. Kunal, O.) 4. Baskı, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Treanor, W. M. (2005). Judicial Review Before Marbury, *Stanford Law Review*, Vol. 58, ss. 455 – 562.

Troper, M. (1997). Anayasa Yargısı ve Demokrasi, (çev. Atay, E. E.), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 2, ss. 293-309.

Troper, M. (2003). The Logic of Justification of Judicial Review, *International Journal of Constitutional Review*, Vol. 1, No. 1, ss. 105 – 108.

Troper, M. (2005). Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi, içinde *Demokrasi ve Yargı*, (ed. Ergül, O.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 12-25.

Tunaya, T. Z. (1975). *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Tunç, H. (1990). Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Yapısı, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, S. 2.

Tunç, H. (1997). *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetim Kapsamı ve Organları*, Ankara: Yetkin Yayınları.

Tunç, H. (1999). *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.

Tunç, H. (2008). Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12. S. 1-2., ss. 1113 – 1132.

Tunç, H., Bilir, F. ve Yavuz, B. (2015). *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi.

Tunçay, M. (2014). Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Turhan, M. (1988). Çoğunluk İlkesi, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 4., ss. 45-85.

Turhan, M. (1994). Anayasa ve Anayasacılık, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 27, S. 3, ss. 3 – 12.

Turhan, M. (1995). Anayasalcılık ve Kuvvetler Ayrılığı, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 2. Kitap, Haz. Ökçesiz, H., İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 106-114

Turhan, M. (1995). Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 50, No 1-2, ss. 401-414.

Turhan, M. (2005). *Anayasal Devlet*, Ankara: Naturel Yayınları.

Turhan, M. (2006). Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletinde İşlevi ve Meşruluğu, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, (der. Turhan, M. ve Tülen, H.) Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. ss. 41-69.

Turhan, M. (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

Turhan, M. (2010). Jeremy Waldron'a Göre Siyasal Katılım Hakkı, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 21. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H. ve Uygur, G.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 258-277.

Turhan, M. (2012). Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu, *Çankaya University Journal of Law*, C. 9, S. 1., ss. 1-41.

Turhan, M. (2015). Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa, *Haşim Kılıç'a Armağan*, (der. Çoban, A. R. vd.) C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. ss. 349-384.

Tushnet, M. (1980). . Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory, *Yale Law Journal*, Vol. 89, Issue 6, ss. 1037-1062.

Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*, New Jersey: Princeton University Press.

Tushnet, M. (2006). Popular Constitutionalism as Political Law A Symposium on the People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review: I: Article, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 81, Issue 3., ss. 991-1007.

Tutumlu, M. A. (2010). Yargıcın Tarafsızlığı: Mit mi? İdeoloji mi?, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 21. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H. ve Uygur, G.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, ss. 278-289.

Türkbağ, A. U. (2011). Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, *Anayasa Yargısı*, C. 28. ss. 71-83.

Türmen, R. (2010). Demokraside Yargının Önemi ve Weimar Dersleri, *Milliyet Gazetesi*, 19.02.2010.

Ulaş, B. (2005). Anayasa Mahkemesi Üyeliği, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 1-2. ss. 317-350.

Ullman, W. (1975). *Law and Politics in the Middle Ages: An Introduction to the Sources of Medieval Political Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press.

Ulusoy, A. (1999). Anayasa Yargısı İçin Bir "Temyiz" Mekanizması Önerisi, *Liberal Düşünce*, S. 16. ss. 57-63.

Ulusoy, D. Ç. (2015). Federal Toplumu Anlamak: Federal Sistemlerin Sosyolojik Yaklaşımına Bakış, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3. ss. 595-636.

Ulusoy, D. Ç. (2015). Federal Sistemlerde Hükümetlerarası Eğilimler, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 4.

Uluşahin, N. (2007). Liberal Demokrasinin Çıkmazı: Çatışma Karşısında Barış İçin Azınlık Çoğunluk İlişisini Yeniden Düzenleme Gereği, *Anayasa Yargısı*, C. 24, ss. 609-640.

Uluşahin, N. (2008). Anayasa Yargısının Meşruluğu: J. Waldron Karşısında R. Dworkin, *Aydınlanma ve Hukuk: Modern Hukukun Sorunları Bağlamında Türkiye’de Hukuk*, (Yayıma Haz. Köker, L.) İstanbul: Osmanlı Bankası Arşiv ve Araştırma Merkezi Yayınları, ss. 106-118.

Uprimny, R. (2012). Latin Amerika’da Yeni Anayasa Hukuku Dönüşümleri: Eğilimler ve Sorunlar, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, (çev. Karacaoğlu, E.), Yıl. 2, S. 5, ss. 1-26.

Uran, P. (2008). *Yasama İşlevinin Yerine Getirilmesinde Çift Meclis Sistemi ve Türk Siyasal Tarihindeki Yeri*, Ankara: Yetkin Yayınevi.

Uslu, C. (2011). *Doğal Haklar ve Doğal Hukuk: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Ankara: Liberte Yayınları.

Uslu, F. (2014). *Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Uygun, O. (2007). *Federal Devlet Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*, 3. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Uygun, O. (2011) Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri: İki Bin Beş Yüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, *Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, (Yayına Hazırlayan: Göztepe, E.) Ankara: Türkiye Barolar Birliği yayınları. ss. 22-81.

Uygun, O. (2014), *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutları*, 2. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayınları.

Uygur, G. (2003). Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 53, S. 2, Ankara 2003, ss. 145-176.

Uygur, G. (2006). *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Uzun, E. (2012). Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 25. Kitap, (Yayına Hazırlayan: Ökçesiz, H.; Uygur, G. ve Üye, S.) İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. ss. 72-97.

Uzun, E. (2014). Hukuk Yorumdur, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 72, S. 1, ss. 99-104.

Ülker, R. (1962). *Gerekçeli, Notlu Şerhli ve İzahlı Anayasa Mahkemesi Kanunu*, İstanbul: Bil Kitapçılık.

Ünver, Y. (1988-1990). Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53, S. 1-3. ss. 153-196.

Vallinder, T. (1995). When The Courts Go Marching In, *The Global Expansion of Judicial Power*, (ed. Vallinder T. ve Tate, C. N.), New York: New York University Press. ss. 13-26.

Vallinder T. ve Tate, C. N. (1995). Judicialization and the Future of Politics and Policy, *The Global Expansion of Judicial Power*, (ed. Vallinder T. ve Tate, C. N.), New York: New York University Press. ss. 515- 528.

Vanleene Acar, S. M. (2012). Wilhelm Dilthey’da “Anlama” Üzerine, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 1, ss. 155-168.

Vermeule, A. (2012). Contra Nemo Iudex in Sua Causa: The Limits of Impartiality, *The Yale Law Journal*, Vol. 122, No. 2. ss. 314-521.

Vernon, R. (der.) (2010).(ed.) *Locke on Toleration*, (çev. Silverthorne, M.), Cambridge: Cambridge University Press.

Vile, M. J. C. (1998). *Constitutionalism and the Separation of Powers*, (2nd Edition), Indianapolis: Liberty Fund Inc.

Viroli, M. (2003). *Jean-Jacques Rousseau and The “Well-Ordered Society”*. (Çev. Derek, H.) Cambridge: Cambridge University Press

Waldron, J. (1992). The Irrelevance of Moral Objectivity, *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, ed. George, R. P. New York: Oxford University Press. ss. 158-187.

Waldron, J. (1993). A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1. ss. 18-51.

Waldron, J. (1993a). *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, New York: Cambridge University Press.

- Waldron, J. (1998). Precommitment and Disagreement, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, (ed. Alexander, L.) Cambridge: Cambridge University Press. ss. 271-300.
- Waldron, J. (1998a). Participation: The Right of Rights, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 98. ss. 307-337.
- Waldron, J. (1999). *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review, *The Yale Law Journal*, Vol. 115, ss. 1346-1407.
- Waldron, J. (2009). Constitutionalism – A Skeptical View, *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Ed. Christiano, T. ve Christman, J., Massachusetts: Willey- Blackwell Publishing Ltd. ss. 267-282.
- Weber, M. (2004). *Sosyoloji Yazıları*, çev. Parla, T. 6. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Weinert, M. S. (2007). *Democratic Sovereignty: Authority, Legitimacy, and State in a Globalizing Age*, London: University College London Press.
- Weinrib, L. E. (1990). Learning to Live with the Override, *McGill Law Journal*, Vol. 35, Issue 3, ss. 541-571.
- Whaley, J. (2012). *Germany and the Holy Roman Empire: Volume I From Maximilian I To The Peace Of Westphalia 1493 – 1648*, Oxford ve New York: Oxford University Press.
- Whittington, K. E. (1999). *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Whittington, K. E. (1999). *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas.
- Williams, I. (2006). 'Dr Bonham's Case and "Void" Statutes', *Journal of Legal History*, Vol. 27, No. 2. ss. 111–128.
- Woodruff, P. (2005). *First Democracy: The Challenge of an Ancient Idea*, New York: Oxford University Press.

Yanık, M. (2010). Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi, *Anayasa Yargısı*, C. 27. ss. 161-216.

Yaşar, H. (2013). Objektif Zamana Uygun Yorum ile Objektif Tarihi Yorum Arasındaki Farklar, *Leges Hukuk Dergisi*, Yıl. 4, ss. 23-40.

Yavuz, B. (2009). Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13. S. 1-2., ss. 283 – 302.

Yavuz, B. (2012). *Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Yavuz, B. ve Bülbül, M. (2012). Çift Meclis Sistemi ve Türkiye, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 16, S. 1, ss. 217-260.

Yayla, A. (1999). Liberalizm ve Demokrasi: Mükemmel Olmayan Birliktelik, Tahammülü Güç Ayrılık, *Sosyal ve Siyasal Teori*, (Yayına Hazırlayan: Yayla, A.), 2. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi. ss. 59-66.

Yayla, A. (2002). *Liberalizm*, (4. Baskı), Ankara: Liberte Yayınları.

Yayla, A. (2012). Anayasa ve Devletin Sınırlanması, *Liberal Düşünce Dergisi*, Yıl: 17, Sayı: 66, Bahar, ss. 9 – 13.

Yayla, A. (2014). *Özgürlük Yolu, Hayek’in Sosyal Teorisi*, İstanbul: Profil Yayınları.

Yazıcı, S. (2005). *Yunanistan Anayasası*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Yazıcı, S. (2015). Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü, *Haşim Kılıç’a Armağan*, (der. Çoban, A. R. vd.) C. I., Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları ss. 385-413.

Yetiş, M. (1999). Antik Atina'da Demokrasinin Gelişimi: Soloncu Pasif Devrimden Peisistratos'un Tiranlığına, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 2, ss. 163-199.

Yılmaz, H. (2009). *Türkiye’nin Yargı Bağımsızlığına İlişkin Sorunları*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Yolcu, S. (2011). *İngiltere’de Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı Alanındaki Gelişmeler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Yongalık, A. (2011). "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 1, ss. 1-15.
- Yoo, J. C. (1996). The Judicial Safeguards of Federalism, *Southern California Law Review*, Vol. 70 ss. 1311-1406.
- Yoo, J. C. (1998). Judicial Review and Federalism, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 22, ss. 197-205.
- Young, E. A. (2002), Judicial Activism and Conservative Politics, *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, No. 4. ss.1139-1216.
- Yücel, B. (2013). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik İlkesinin Yorumlanması ve Cinsiyet Ayrımcılığına Yargısal Bakış, *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, (Yayına Hazırlayan: Ergül, O.), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, ss. 215-261.
- Yücel, M. T. (2005). *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- Yücel, M. T. (2014). Yargılamada Objektiflik ve Tarafsızlık, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 111., ss. 117-132.
- Yüksel, M. (2000). Küreselleşme ve Bölgesel Entegrasyon Sürecinde Ulusal Hukuk, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4., ss. 77-90.
- Yüzbaşıoğlu, N. (2001). "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi"nin Sorunlarının Tartışılması Paneli (Panelistler: Onar Erdal, Aliefendioğlu Yılmaz, Arslan Zühtü, Kuzu Burhan, Türk, Hikmet Sami), *Anayasa Yargısı*, C. 21., ss. 105-162.
- Yüzbaşıoğlu, N. (2004). Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesinin Sorunlarının Tartışılması Paneli, *Anayasa Yargısı*, C. 21., ss. 105-162.
- Zabunoğlu, Y. K. (1957). Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1-2, ss. 219-240.
- Zabunoğlu, Y. K. (1963). *(Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak) Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ankara: Ajans-Türk Matbaası.
- Zeidler, W. (1987). Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı*, C. 4., ss. 37-43.

Zucca, L. (2012). *A Secular Europe: Law and Religion in the European Constitutional Landscape*, Oxford: Oxford University Press.



İNTERNET KAYNAKLARI

TDK Büyük Türkçe Sözlük, “meşru” maddesi,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.562654a3eadfd8.09295346 (erişim tarihi: 20.10.2015)

Patriarcha: Or The Natural Power of Kings Başlıklı kitabın tam metni

<http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm> (erişim tarihi:31.12.2014)

Locke John, The Second Treatise of Government, chapter 2, section 6.

<http://www.earlymoderntexts.com/pdfs/locke1689a.pdf> (erişim tarihi: 02.01.2015)

TDK Büyük Sözlük, “Halk” maddesi.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54c8fafae57808.45809906 erişim tarihi: 28.01.2015

TDK Büyük Sözlük, “Millet” maddesi.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54c9033a60b885.04269740 erişim tarihi: 28.01.2015

Article 16: *Any society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of powers, has no Constitution.*

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf erişim tarihi: 13.11.2015

Barın, T. (2015). AYM ‘Kırmızı Kitap’a mı yoksa ‘Anayasa’ya mı uymalı?, *Serbestiyet* 23.07.2015.

<http://serbestiyet.com/Yazarlar/aym-kirmizi-kitapa-mi-yoksa-anayasaya-mi-uyumali-155808>

Gülmez, A. (2015). *Uluslararası Derecelendirme Kuruluşlarının Türkiye Uygulaması*, PESA Rapor s. 5.

http://www.pesar.org/sites/default/files/kredi_derecelendirme_-_pesa_rapor.pdf
(erişim tarihi: 14.09.2015)

Avrupa Birliği Türkiye 2010 Yılı İlerleme Raporu.

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ile_rleme_rap_2010.pdf (erişim tarihi: 16.09.2015)

Royal College of Physicians internet sitesi.

<https://www.rcplondon.ac.uk/about/history> (erişim tarihi: 14.08.2015)

Çekoslovakya Anayasa Mahkemesinin resmi web sitesinde mahkemenin kuruluşu 1921 olarak gösterilmektedir. <http://www.usoud.cz/en/history/>

(erişim tarihi: 13.08.2015)

Türmen, R. (2010). Demokraside Yargının Önemi ve Weimar Dersleri, *Milliyet Gazetesi*, 19.02.2010.

<http://www.milliyet.com.tr/demokraside-yarginin-onemi-ve-weimar-dersleri/riza-turmen/siyaset/siyasetyazardetay/19.02.2010/1201056/default.htm>

(erişim tarihi: 17.08.2015)

Freedom House 1989-2015 arası dünyadaki demokratikleşme verileri için bkz.

Freedom in the World – Electoral Democracies

<https://freedomhouse.org/sites/default/files/Number%20and%20Percentage%20of%20Electoral%20Democracy%2C%20FIW%201989-2015.pdf> (erişim: 15.09.2015)

Yunanistan Anayasal gelişmeleri

<http://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagmatiki-Istoria/> (erişim tarihi: 29.09.2015)

Yunanistan Anayasasının İngilizce tam metni için:

<http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggluko.pdf> (Erişim tarihi: 11.11.2015)

Portekiz Anayasasının İngilizce metni için bkz.

http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf (Erişim tarihi: 11.11.2015)

İspanya Anayasasının İngilizce metni için:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norma/const_espa_texto_ingles_0.pdf (erişim: 30.09.2015)

Başlar, K. (tarih belirtilmemiş) Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinden İzlenimler.

<http://www.anayasa.gen.tr/baslar-rusya-aym.pdf> (erişim tarihi: 5.10.2015)

Collier, D. ve Levitsky, S. (1996) *Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research*, Kellogg Institute working paper, s. 3.

<https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/230.pdf> erişim tarihi: 09.10.2015

1763-1835 yılları arasında yaşamış olan Cobbett Sanayi Devrimine damgasını vurmuş bir gazeteci ve ömrünün son yıllarında da avam kamarası (*house of commons*) üyesidir.

<http://global.britannica.com/biography/William-Cobbett-British-journalist>

(erişim tarihi: 10.12.2015)

Cobbett, W. (*Advice to Young Men And (Incidentally) to Young Women in the Middle and Higher Ranks of Life. In a Series of Letters, Addressed to a Youth, a Bachelor, ... Husband, a Father, a Citizen, or a Subject.* Letter VI: To The Citizen, Library of Alexandria yayını Kindle versiyonu. Paragraf: 336.

<http://www.amazon.com/Incidentally-Letters-Addressed-Bachelor-Subject-ebook/dp/B004TRVYPU> (erişim: 10.12.2015)

Yazar burada aynı zamanda İngiltere’de yazılı anayasa isteyen Charter88 hareketini eleştirmektedir. 2011 yılında sona eren Charter88 hareketi faaliyetlerine “Unlock Democracy” adlı oluşum içerisinde devam etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unlockdemocracy.org/> (Erişim tarihi: 11.12.2015)

Hughes, C. E. (1908). *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes Governor of New York 1906-1908*, New York ve London: The Knickerbocker Press

<https://archive.org/stream/addressespaperso00hugh#page/n0/mode/2up>

(erişim:25.12.2015).

Savigny, F. C. (1867). *System of the Modern Roman Law*, Almandan İngilizceye çeviren: Holloway, W. Vol. I., Madras: J. Higginbotham Publisher. s. 167.

Esere aşağıdaki linkten ulaşılmıştır:

https://books.google.ru/books?id=90jiAAAAMAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false (erişim: 12.01.2016)

1819 tarihli *McCulloch v. Maryland* Kararın tam metni için bkz. Ayrıca <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/17/316> (erişim tarihi: 25.12.2015)

Gönenç, L. (2010). *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, Ankara: TEPAV Yayınları.

http://www.tepav.org.tr/upload/files/1295967249-5.Yasalarin_Anayasaya_Uygunlugunun_Denetimi_ve_Anayasa_Yargisi.pdf

(erişim tarihi: 18.01.2016)

1962 tarihli *Baker v. Carr* kararı tam metni için bkz:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/case.html>

(erişim tarihi: 22.01.2016).

1946 tarihli *Colegrove v. Green* kararı tam metni için bkz.

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/549/case.html>

(erişim tarihi: 23.01.2016)

Başlar, K. (2005). Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma, *Demokrasi Platformu*, Yıl. 1, S. 2, ss. 87-112. <http://www.anayasa.gen.tr/baslar-yenidenyapilanma.htm>

(erişim: 05.02.2016)

Russell, M ve Reidy, A. (1999). *Second Chambers as Constitutional Guardians and Protectors of Human Rights*. The Constitution Unit, School of Public Policy, University Coll: London.

<https://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/44.pdf>

(erişim tarihi:09.02.2016).

Presidential Veto Powers, The International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA) Publications

http://www.constitutionnet.org/files/presidential_veto_powers.pdf

(erişim tarihi 09.02.2016)

İsveç Anayasası

<http://www.parliament.am/library/sahmanadrutyunner/Sweden.pdf>

(erişim tarihi: 12.02.2016)

Birleşik Krallık Avrupa Birliği Üyeliği referandum kanunu:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/crossheading/the-referendum/enacted> (erişim:15.02.2016)

MAHKEME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2012/1272 Karar Tarihi: 04.12.2013

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2015/18567 Karar Tarihi: 25.02.2016

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2014/3986 Karar Tarihi: 02.04.2014

Anayasa Mahkemesi 13/7/2015 Tarih, 2014/88 Esas ve 2015/68 Karar Sayılı Kararı.

Anayasa Mahkemesi 24/02/1972 Tarih, 1972/4 Esas ve 1972/11 Karar Sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi 23/03/1973 Tarih, 1973/2 Esas ve 1973/14 Karar Sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi, E. 1993/33, K. 1993/40-2, T. 21.10.1993 tarihli kararı.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1819 tarihli *McCulloch v. Maryland* kararı.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1946 *Colegrove v. Green* kararı.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1962 tarihli *Baker v. Carr* kararı.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Taylan BARIN

E-Posta adresi : tbarin@ybu.edu.tr

Posta Adresi : Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk
Fakültesi, Cinnah cad. no: 16 Çankaya /
ANKARA



Eğitim

2011 - (2016) (Doktora) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi: “**Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**”

2008 - 2011 (Y. Lisans) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yüksek Lisans Tezi: “**Çokkültürlülük Teorisi ve Ulus-Devlet Anlayışına Etkileri**”

2007-2008 Ankara Barosu Avukatlık Stajı

2003-2007 (Lisans) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş Tecrübesi

2011- Devam Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu, Teknik Heyet Uzmanı

2009-2011 Ufuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

2008-2009 Avukat, Başkent Hukuk Bürosu

2007-2008 Stajyer Avukat, Başkent Hukuk Bürosu

Yayınları

Kitap : BARIN Taylan; **Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi**, İstanbul, XII Levha Yay. Kasım 2014, (XXII + 592 sayfa) ISBN: 9786051521862

Makale : BARIN, Taylan; “*Bankalarda Unutulan Mevduat ve Sair Kıymetlerin Zamanaşımına Uğramasının Hukukun Genel İlkelerine ve Anayasaya Aykırılığı*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 2016, Sayı: 122, ss. 74-98.

Diğer:

- BARIN, Taylan, **“Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi: Uzlaşılan Maddeler ve Anayasa,”** SETA Yayınları. Ocak 2016.
(http://file.setav.org/Files/Pdf/20160119161708_anayasauzlasma.pdf)
- BARIN, Taylan; ENSAROĞLU, Yılmaz; GÜÇTÜRK, Yavuz; UZUN, Cem Duran; ARDIÇ, Anukka Zeynep, **“2013’te Hukuk ve İnsan Hakları”**, SETA Publications, Ocak 2014.
(http://file.setav.org/Files/Pdf/20140213191858_2013te-hukuk-ve-insan-haklari-pdf.pdf)
- BARIN, Taylan, **“Uzlaşma Yolunda: Komisyo’nun Uzlaştığı Maddeler ve Anayasa,”** SETA Publications. Ağustos 2013.
(http://file.setav.org/Files/Pdf/20130904175424_uzlasmayolunda_enson.pdf)



GAZİ GELECEKTİR..

