



ANKARA

HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE
YARGISAL AKTİVİZM:
TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNDEN
BİR İNCELEME**

Halim KOCATÜRK

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Gülden ÇAMURCUOĞLU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HUKUKU BİLİM DALI

EKİM 2023



**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE YARGISAL AKTİVİZM:
TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNDEN BİR
İNCELEME**

Halim KOCATÜRK

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

EKİM 2023

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; 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 çalışmasında 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.

Halim KOCATÜRK

26/10/2023

TEZ ONAY SAYFASI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı yüksek lisans öğrencisi Halim KOCATÜRK tarafından hazırlanan **Temel Hak ve Özgürlükler ve Yargısal Aktivizm: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Üzerinden Bir İnceleme** Başlıklı tez çalışması 26/10/2023 tarih ve 16.00 saatinde yapılan tez savunma sınavında aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak **KABUL** edilmiştir.

	Kabul	Ret
Başkan (Unvan/Ad-Soyad/Kurum): Prof. Dr. Ömer ANAYURT AHBVÜ Hukuk Fakültesi	☒	☐
Üye (Unvan/Ad-Soyad/Kurum): Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi	☒	☐
Üye (Unvan/Ad-Soyad/Kurum): Dr. Öğr. Üyesi Gülden ÇAMURCUOĞLU AHBVÜ Hukuk Fakültesi	☒	☐

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER VE YARGISAL AKTİVİZM:
TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME
(Yüksek Lisans Tezi)
Halim KOCATÜRK

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Ekim 2023

ÖZET

Demokrasiye geçiş döneminin ardından oluşturulan Anayasa Mahkemeleri, özellikle yasama ve yürütme organlarının aşkın güç kullanmalarının önüne geçerek temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından hayati önemde bir rol üstlenmişlerdir. Ancak Anayasa Mahkemelerinin sahip oldukları yetkilerinin sınırı ile ilgili olarak çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar, hukuk devleti ve demokrasi gibi kavramlarla yakından ilişkilidir. Anayasa Mahkemeleri, verdikleri kararlar ile birlikte zaman zaman siyasi ve hukuki tartışmaların odağında yer alabilmektedirler. Yargısal aktivizm kavramı da bu noktada, anayasal denetimin sınırı bağlamında incelenmesi gereken önemli bir kavramdır. Temelde, olağan yargısal sınırların aşılması durumunu ifade eden yargısal aktivizmin, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğu hallerde, Anayasa Mahkemelerinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma işlevleri de göz önünde bulundurulduğunda nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği önemli bir soru işaretidir. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar incelenerek söz konusu kararlarda yargısal aktivizmin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve yargısal aktivizme örnek teşkil edebilecek kararların, Türk Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükleri koruma görevi bakımından ne ifade ettiğinin ortaya koyulması bu çalışmanın temel amacı niteliğindedir.

Bilim Kodu : 50401

Anahtar Kelimeler : Anayasa yargısı, anayasal denetim, yargısal aktivizm, temel hak ve özgürlükler.

Sayfa Adedi : 179

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Gülден ÇAMURCUOĞLU

FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS AND JUDICIAL ACTIVISM: AN ANALYSIS ON
THE DECISIONS OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

(M.Sc. Thesis)
Halim KOCATÜRK

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
THE INSTITUTE OF GRADUATE STUDIES

October 2023

ABSTRACT

Constitutional Courts, especially the ones that were established after the transition period to democracy, played a vital role in the protection of fundamental rights and freedoms by preventing the legislative and executive organs from using excessive force. However, there are various debates regarding the limits of the powers of Constitutional Courts. These discussions are closely related to concepts such as the rule of law and democracy, and there are plenty of rooms to be covered. For instance, Constitutional Courts and their decisions can be at the center of political and legal debates from time to time, and this reveals the significance of ‘judicial activism’ as a concept that should be examined in the context of the limits of constitutional review. The question of how the term judicial activism, which fundamentally denotes the transgression of usual judicial boundaries, should be evaluated in cases concerning fundamental rights and freedoms becomes especially crucial when the functions of the Constitutional Courts to protect the fundamental rights and freedoms of individuals are taken into account. This study, in this context, is going to examine the decisions made by the Turkish Constitutional Court. In doing so, this study aims both to understand whether there is judicial activism in these decisions or not, and to reveal what the decisions that can be considered an example of judicial activism mean in terms of the Turkish Constitutional Court’s duty to protect fundamental rights and freedoms.

Science Code : 50401
Key Words : Constitutional Courts, constitutional review, judicial activism,
fundamental rights and freedoms.
Page Number : 179
Supervisor : Assist. Prof. Gülден ÇAMURCUOĞLU

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın oluşum aşamasından tamamlanmasına kadar geçen süreçte zamanını, emeğini ve kıymetli bilgilerini benden esirgemeyen tez danışmanım, kıymetli hocam Dr. Gülden ÇAMURCUOĞLU'na,

Tez savunma jürisinde yer alan ve önerileriyle çalışmanın son haline erişmesini sağlayan değerli hocalarım Prof. Dr. Ömer ANAYURT ve Dr. Tuğba BAYRAKTAR'a,

Eğitim hayatım boyunca her zaman yanımda olan, maddi ve manevi desteklerini hiçbir zaman benden esirgemeyen sevgili aileme, en içten dileklerimle teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışma, “2210-A Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programı” kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından desteklenmiş olup bu destek dolayısıyla TÜBİTAK'a teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	x
1. GİRİŞ	1
2. YARGISAL AKTİVİZM KAVRAMININ ÇERÇEVESİ	5
2.1. Yargısal Aktivizm Kavramının Tanımı	5
2.2. Yargısal Aktivizm Kavramının Tarihsel Kökeni	12
2.3. Yargısal Aktivizm ve Anayasa Yargısı İlişkisi	14
2.3.1. Marbury v. Madison Davası ve Modern Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışı	14
2.3.2. Anayasa Yargısının Hukuki ve Demokratik Meşruluğu Sorunu	20
2.3.3. Anayasa Yargısının Diğer Yargılama Faaliyetlerinden Farkı	29
2.3.4. Anayasa Mahkemesinin Yorum Yetkisi ve Yorum Yöntemleri	32
2.3.4.1. Lafzi Yorum	36
2.3.4.2. Sistematik Yorum	38
2.3.4.3. Tarihsel Yorum	39
2.3.4.4. Amaçsal Yorum	40
2.3.4.5. Anayasaya Uygunluk Denetiminde Kullanılan Özel Yorum İlkeleri	43
2.3.4.5.1. Temel Haklar Lehine Yorum İlkesi	44
2.3.4.5.2. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi	45
2.3.4.5.3. Anayasanın Bir Bütün Olarak Yorumlanması İlkesi	47
2.3.4.5.4. Pratik Uyuşum İlkesi	49

2.3.4.5.5. Fonksiyonel Doğruluk İlkesi	50
2.3.4.5.6. İstisnaların Dar Yorumlanması İlkesi	51
2.4. Yargısal Aktivizm Kavramının Benzer Kavramlarla Olan İlişkisi	52
2.4.1. Yargısal Aktivizm ve Jüristokrasi	52
2.4.2. Yargısal Aktivizm ve Militan Demokrasi Anlayışı.....	54
2.4.3. Yargısal Aktivizm ve Yerindelik Denetimi	62
2.4.4. Yargısal Aktivizm ve Hâkimin Hukuk Yaratması	66
2.5. Yargısal Aktivizm Kavramına Yüklenen Değer	70
2.6. Yargısal Aktivizmin Görünüm Biçimleri.....	77
2.6.1. Çoğunluk Karşıtı Aktivizm	79
2.6.2. Çoğunlukçu Aktivizm	83
2.6.3. İçtihadî Maksimalizm.....	84
2.6.4. Anayasanın Orijinal Anlamının Göz Ardı Edilmesi	85
2.6.5. İçtihatların Göz Ardı Edilmesi	87
2.7. Yargısal Aktivizmle Bağlantılı Bir Kavram Olarak Yargısal Kendini Sınırlama	88
2.8. Politik Sorun Doktrini	97
3. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ İNCELENMESİ	103
3.1. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile İlgili Yaklaşım	103
3.1.1. 2016 Yılı Öncesindeki İçtihatlar	107
3.1.2. 2016 Yılı Sonrasındaki İçtihatlar	112
3.2. Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanunların Denetimi	119
3.2.1. 1961 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar	120
3.2.2. 1982 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar	126
3.3. Yürürlüğü Durdurma Kararları	135
3.3.1. 1961 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar	137
3.3.2. 1982 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar	139

3.4. 367 Kararı.....	145
3.5. Siyasi Partilerin Kapatılması Hakkında Verilen Kararlar	153
3.6. İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık Hakkında Verilen Kararlar.....	160
4. SONUÇ	167
KAYNAKLAR.....	171
ÖZGEÇMİŞ	179



KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar

Açıklamalar

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	Aktaran
AYM	Anayasa Mahkemesi
Age	Adı Geçen Eser
Bkz	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
CBK	Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
DEÜHF	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E.	Esas Numarası
Ed.	Editör
E.T.	Erişim Tarihi
Ing.	İngilizce
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
K.	Karar Numarası
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
No.	Numara
OHAL	Olağanüstü Hal
SBF	Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TDK	Türk Dil Kurumu

1. GİRİŞ

Kuvvetler ayrılığı ilkesinden hareket edilerek devlet idaresi, yasama, yürütme ve yargı organları şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Her ne kadar bu kuvvetler, birbirlerinden bağımsız bir yapıda örgütlenmişse de eşit derecede öneme sahip görülmemiştir. Yasama kuvveti, milli iradenin ifadesi ve uzun yıllar boyunca güçlü yürütme karşısında özgürlüklerin de yegâne güvencesi olarak görülmüş ve kanunları çıkarma yetkisiyle birlikte ayrıcalıklı bir konumda yer almıştır. Bu anlayış, 19'uncu yüzyılda Avrupa'da sürmüş yasama organının sınırlandırılması veya denetlenmesi düşünülmemiştir. Yasama organının bu ayrıcalıklı konumu karşısında yargı organının gerçekten bir iktidar olup olmadığı konusunda tartışmaların devam ettiği esnada ABD Yüksek Mahkemesi, 1803 tarihli Marbury v. Madison davası ile önemli bir karar vermiştir. Bu karar ile birlikte kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetime tabi olmasının yolunun açıldığı söylenebilir. Ancak yargı organının yaptığı bu denetim uzun bir süre boyunca ABD ile sınırlı kalmış Avrupa ülkeleri tarafından kabul edilmemiştir. İlerleyen yıllarda, yazılı bir anayasanın varlığına karşın yasama organının yasal düzenlemeler aracılığıyla bir baskı rejimi oluşturabileceği anlaşılmış yasama organının yetkilerinin anayasal sınırlar içerisinde kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmuştur.

İki dünya savaşı arası bazı Avrupa devletlerinde anayasal denetim uygulanmaya başlansa da bu konuda esas kayda değer gelişmenin İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşandığı söylenebilir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, savaş esnasında meydana gelen hak ihlalleri sebebiyle devletler, insan hakları kavramına hukuki düzenlemelerde yer vermeye başlamışlardır. Devletlerin anayasalarında da insan haklarına ilişkin düzenlemelere yer vererek bireyi ön plana çıkarmak gibi bir isteklerinin bulunduğu söylenebilir. Yaşanan bu gelişmelerin doğal bir sonucu olarak demokrasi ve insan haklarının korunması amacı doğrultusunda gelişen anayasacılık faaliyetleri kapsamında, anayasa yargısı ortaya çıkmıştır. İnsan haklarının ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin korunması fikrinin, anayasa yargısının ortaya çıkışında yadsınamaz bir yeri ve önemi bulunmaktadır.

Anayasa yargısı, temelinde anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin yer aldığı, yasama organı tarafından çıkarılan kanunların yargı organı tarafından anayasa uygunluk denetiminin yapılmasını ifade etmektedir. Bireylerin sadece yürütme organına karşı değil aynı zamanda belirli bir güce sahip olan yasama organına karşı da korunması gerektiği fikri, anayasa yargısının varlığını güçlendirmiştir. Anayasa yargısının kabul edildiği ülkelerde ortaya çıkan temel tartışma konusu ise halkın iradesi neticesinde oluşan yasama organının yaptığı işlemlerin, mahkemeler tarafından nereye kadar denetlenmesinin meşru kabul edilebileceğidir. Bu denetlenen alanın fazlalığının ve öneminin demokrasi ve kuvvetler ayrılığı prensibi ile bağdaşmadığı yönünde çeşitli görüşlere rastlamak mümkündür. Özellikle, anayasalarda kendisine yer bulan soyut ve genel nitelikteki birtakım ilke ve değerlere dayanılarak yasama organı tarafından çıkarılan kanunların denetlenmesi, sık sık yargıçların kendi siyasi tercihleri doğrultusunda karar aldıkları şeklinde eleştirilerin yapılmasına neden olmaktadır. Anayasa Mahkemelerinin sahip olduğu yetkilerinin sınırı ile ilgili olarak çeşitli tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar, hukuk devleti ve demokrasi gibi kavramlarla da yakından ilişkilidir. Yaşanan tartışmalar küresel ölçekte olduğu kadar Türkiye için de geçerlidir. “Yargısal aktivizm” kavramı da bu noktada yaşanan bu tartışmalarda gündeme gelen, anayasal denetimin sınırı bağlamında incelenmesi gereken önemli bir kavram olarak dikkat çekmektedir.

Yargısal aktivizm kavramı, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarla ilgili yapılan değerlendirmelerde oldukça sık kullanılmaktadır. Sosyal bilimler alanında üzerinde uzun yıllardır duruluyor olsa da yargısal aktivizm kavramına net bir tanım getirilebilmiş değildir. Yargısal aktivizm kavramının sıklıkla, hâkimler hükümeti, militan demokrasi anlayışı, yerindelik denetimi ve hâkimin hukuk yaratması gibi farklı kavramlarla özdeş bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlamda yargısal aktivizm kavramının tanımındaki güçlük, söz konusu kavramın kapsamının ve benzer nitelikteki kavramlarla farklarının ortaya koyulmasını da zorlaştırmaktadır. Günümüzde, yargısal aktivizmin iyi veya kötü bir tutum olup olmadığı konusunda bile bir uzlaşının sağlanamadığı görülmektedir. Yargısal aktivizmin soyut niteliği ve üzerinde uzlaşa sağlanan bir tanımının bulunmaması, kavram üzerinde yapılan tartışmaların güncelliğini korumasını sağlamaktadır. Bu bağlamda halen güncelliğini koruyan bu kavramın tanımlanmasının ve kapsamının ortaya koyulmasının önem

taşıdığı söylenebilir. Yargısal aktivizm kavramı değerlendirilirken Anayasa Mahkemelerinin temel görevlerinden birisi olan temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunun göz ardı edilebilmesi ise mümkün değildir.

Bu çalışmada, yargısal aktivizm kavramı, temel hak ve özgürlükler kavramı ile ilişki olarak Türk Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden bir incelemeye tabi tutulacaktır. Kuşkusuz, 60 yılı aşkın bir maziye sahip olan Türk Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizm bağlamında değerlendirilebilecek pek çok kararı bulunmaktadır. Bir kararı aktivist kılan hususun ne olduğu konusunda doktrinde fikir birliğine varılamamış olması ise farklı yazarlarca farklı birtakım kararların yargısal aktivizm bağlamında değerlendirilmesine yol açmaktadır. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin tarihsel süreç içerisinde vermiş olduğu, kamuoyunda ve doktrinde yargısal aktivizm kavramı ekseninde tartışmalara neden olan çeşitli kararlar belirlenerek bu kararların değerlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevi ile yargısal aktivizm arasında nasıl bir ilişkinin bulunduğu, Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla ne ölçüde bağdaştığı, bu konuda istikrarlı bir tutumun olup olmadığı çalışmanın ortaya koymaya çalıştığı temel konu niteliğindedir.



2. YARGISAL AKTİVİZM KAVRAMININ ÇERÇEVESİ

2.1. Yargısal Aktivizm Kavramının Tanımı

Yasama organının, birtakım sınırlar içerisinde kalarak görevini ifa etmesi, anayasal hareketlerin başlangıcından bugüne dek uzanan köklü bir mirasın ürünüdür. Burada, egemenliğin üç temel kuvveti niteliğinde olan organların yetkilerini kullanırken anayasal sınırlara riayet etmeleri gerektiği, üzerinde durulması gereken önem taşıyan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin de yargı organının bir temsilcisi olarak yargısal denetim esnasında anayasa tarafından çizilen sınırları aşmaması ve yasama fonksiyonunu gasp edecek işlemlerden kaçınması gerektiği söylenebilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin yargısal denetim sırasında mutlak ve sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Yargı organı olarak Anayasa Mahkemesi, anayasal ve kanuni temele sahip yetkilerini kullanmaktadır. Ancak bu durum Anayasa Mahkemesini yasama veya yürütme organının üzerinde konumlandırmamaktadır. Her organın, anayasa başta olmak üzere pozitif hukuk düzenlemeleri ile kendisine verilen görevleri yerine getirmesi gerekmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi sırasında, yasama yetkisinin bertaraf edilmesi sonucunu doğuracak hareketlerden kaçınılmalıdır.¹

Anayasa Mahkemesi, anayasayı yorumlamakta, anayasaya belirli bir içerik kazandırarak anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmektedir. Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorum faaliyeti, özellikle yasama organı tarafından gerçekleştirilen düzenlemelerin esas yönünden denetimi söz konusu olduğunda çok daha önemli hale gelmektedir. Anayasada yer alan soyut ve genel nitelikteki birtakım kavramların Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl yorumlandığı, verilen kararların etkileri itibarıyla oldukça büyük öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesi, yapılan işin doğası itibarıyla yargısal yorum yetkisini kullanmaktadır. Ancak buradan yola çıkılarak bu yorum yetkisinin sınırsız olduğu sonucuna ulaşılamayacaktır. Bu durum, anayasada öngörülen düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere tüm organlar için bağlayıcı bir nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin de bu yorumlama faaliyetini, anayasada öngörülen sınırlar

¹ Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s. 32.

içerisinde kalarak gerçekleştirmesi gerekmektedir. Aksi durumda, olağan yargısal denetim sınırlarının dışına çıkılması söz konusu olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, denetim faaliyetini gerçekleştirdiği bazı hallerde Anayasa hükümlerinin sözel anlamına bağlı kalmaktadır. Bu durum mahkemeyi etkisiz bir organ haline getirebilmektedir. Bunun aksine bazı hallerde de Anayasa Mahkemesinin kendisini anayasa koyucunun yerine koyduğu ve denetim faaliyetlerini bu doğrultuda gerçekleştirdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin ilk duruma göre hareket etmesi, anayasanın üstünlüğünün korunması amacı doğrultusunda üstlendiği yargısal denetim görevinin yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir. İkinci durumun benimsenmesi ise Anayasa Mahkemesini hukuk uygulayıcısı olmaktan çıkararak bir nevi politika belirleyicisine dönüştürebilmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, yasama organının siyasal tercihlerini önemli ölçüde değiştirebilmekte ve aktif bir yargısal yaklaşımın içerisine girmektedir.² Yargısal aktivizm kavramı da Anayasa Mahkemesinin özellikle yasama organı karşısında benimsediği bu türden bir tutumu açıklamak için kullanılmaktadır.

Yargısal aktivizm kavramının, ABD’de, Federal Yüksek Mahkeme tarafından siyaseti direkt olarak ilgilendiren konularda verilen kararları nitelendirmek için ortaya atıldığı görülmektedir. Anayasa yargısının günümüzde yaygınlık kazanması ve devletlerin çok büyük bir kısmı tarafından benimsenmesi, yargısal aktivizm kavramının kullanımının da aynı şekilde yaygınlaşmasını sağlamıştır. Yargısal aktivizm, siyaset ve hukuk gündeminin merkezinde yer alan, üzerinde sıklıkla durulan bir konudur. Ancak söz konusu kavramın siyaset bilimi ve hukuk alanındaki diğer bazı kavramlara kıyasla yeni bir kavram olması, ne anlama geldiğinin tam olarak açıklığa kavuşturulamamasına neden olmuştur. Yargısal aktivizm kavramının tanımı ile ilgili olarak doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bu nedenle Ergül’ün yargısal aktivizm için “berraklaştırılmayan bir kavram” nitelendirmesi oldukça yerindedir.³ Yargısal aktivizmin söz konusu olduğu hallerde, Anayasa Mahkemelerinin yorumu, bir tür Anayasa yapımı faaliyetine dönüşebilmektedir.⁴ Anayasa Mahkemeleri, Hans Kelsen’in de belirttiği üzere negatif kanun koyuculuktan pozitif kanun koyuculuk

² Hakyemez (2009), s. 34.

³ Söz konusu nitelendirmenin yapıldığı çalışma için Bkz: Ozan Ergül, **Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm’**. TBB Dergisi, 104, 2013.

⁴ Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017, s. 99.

konumuna doğru bir değişim ve dönüşüm yaşamaktadır.⁵ Yargısal aktivizm ile birlikte anayasada kendisine yer bulan birtakım hükümler, sahip oldukları anlamlardan çok daha farklı bir biçimde değerlendirilebilmektedir. Bu durum ise yasama organının arzu etmediği birtakım uygulamaların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.⁶

Bazı durumlarda yargısal aktivizm kavramının özellikle siyasal ve akademik tartışmalar içerisinde hoşnut olunmayan yargı kararları için kullanılması, söz konusu kavramı çok daha manipüle edilebilir bir hale getirmektedir. Anayasa yargısında, mahkeme tarafından verilen bir kararın doğru bulunmaması, kararı veren yargıç ve mahkemeye yönelik birtakım eleştiriler getirilmesini tetikleyebilmektedir. Ancak bu eleştirilerin yargısal aktivizm kavramı üzerinden getirilmesi, isabetli değildir.⁷ Bu durum, söz konusu kavramın iinin boşaltılması anlamına gelmektedir. Young ise yargısal aktivizm kavramının deyim yerindeyse bu şekilde içi boş bir kavram haline getirilmesine karşı çıkmaktadır. Bu doğrultuda, yargısal aktivizm kavramının mahkeme kararlarının farklı yönlerine göre tanımlanması ve buna bağlı olarak kararların “aktivist” ya da “sınırlı” olarak nitelendirilmesi yargı kararlarının karakteristik özelliklerinin ortaya konulması ve özellikle hâkim ve mahkemelerin özelliklerini yansıtmaları bağlamında pek açıklayıcı bir durum yaratmamaktadır. Dolayısıyla yargısal aktivizm kavramının belirli bir tanımının bulunmadığı, belirginleştirilmesinin de oldukça güç olduğu söylenebilir. Bu durum, yargısal aktivizmin doğasından kaynaklanmaktadır. Yargısal aktivizm kavramının tanımlanması ve anlamlandırılması her ne kadar tam olarak mümkün olmasa da özellikle yanlış kullanımların belirli bir ölçüde önüne geçebilmesi için, bu tanımlama ve anlamlandırma çabalarının önemi büyüktür. Bunun için öncelikle yargısal denetimin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Aksi durumda, yargısal aktivizm “içi boş” bir kavram durumuna gelecektir.

Türk hukuk doktrini incelendiğinde, Hakyemez’e göre yargısal aktivizm, Anayasa Mahkemesinin, anayasaya uygunluk denetimi sırasında belirli bir sonuç elde etme saikiyle anayasa hükümlerini anayasanın öngörmediği veya anayasaya aykırı

⁵ Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008, s. 257.

⁶ Hakyemez (2009), s. 35.

⁷ Ergöl (2013), s. 52.

gelebilecek biçimde yorumlaması ve bu yolla yasama organının siyasi tercihlerini etkisiz hale getirmesidir.⁸

Küçük'e göre ise yargısal aktivizm hakkında kesin bir tanım yapmak güç olsa da en kapsayıcı biçimde söz konusu kavram; "Anayasa yargısı mercilerinin anayasallık denetimi kapsamında yapmış oldukları faaliyetlerde, siyasi iktidarın anayasal yetki sınırları içerisine giren yasama ya da yürütme tasarruflarını hukukilik denetimi sınırlarının dışına çıkarak yerindelik denetimine kaymak suretiyle geçersiz kılarak politika belirleyici gibi hareket etmeleri veya kendilerine muhtelif manalar yüklenebilecek genel, soyut ve muğlak nitelikteki anayasal normların muhtevasının ne olduğunu, bazen sahip oldukları siyasi, felsefi, ideolojik, dini vb. eğilimlerin de tesiriyle subjektif değerlendirmeler yoluyla, bazen de insan haklarının korunması vb. daha başka Saiklerle bizzat belirlemeleri veyahut da yorum yoluyla anayasal yetki sınırlarını zorlayarak kendilerine yeni yetki alanları açmaları" şeklinde tanımlanabilir.⁹

Atar'a göre ise, yargısal aktivizm kavramı yargıçların bakmakta oldukları davalarda kamusal politikaları şekillendirmek üzere hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşleri doğrultusunda karar vermeleri anlamına gelmektedir.¹⁰ Atar'a göre yargıçların kamusal politikaların belirlenmesinde aktif bir rol üstlenmeleri, yargının siyasal bir hüviyet kazanmasına yol açacaktır. Bu durum ise yargıçlar hükümetine yol açacağı endişesini ve bu yönde yapılan ciddi eleştirileri beraberinde getirmektedir.¹¹ Gedik ise bu kaygıları haklı bulmakla beraber yargıçların siyasal düşüncelerinden tamamen sıyrılmış, mekanik birer yapı gibi düşünülmesinin gerçeklikten uzak olduğunu belirtmektedir.¹²

Green ise yargısal aktivizm kavramını, herhangi bir denetimden yoksun olan yargı gücünün yargısal sınırların dışına çıkmak suretiyle kötüye kullanılması şeklinde tanımlamıştır.¹³ Green'in bu tanımına göre olağan yargısal sınırların dışına çıkılan her

⁸ Hakyemez (2009), s. 35.

⁹ Adnan Küçük, **Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi**. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 31, 2017, s. 265.

¹⁰ Yavuz Atar, **Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması**, Anayasa Yargısı, 25, 2008, s. 97.

¹¹ Atar (2008), s. 97.

¹² Ömer Gedik, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 108.

¹³ Craig Green, **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal, 58(5), 2009, s. 1222.

kararın yargısal gücün kötüye kullanılması olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak Korucu'ya göre yasama organının tasarruflarına karşı yargı organı tarafından yapılan her müdahalenin “gücün kötüye kullanılması” olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Yargısal sınırların aşılması başlı başına kötü niyetli bir yaklaşım olarak görülmemelidir.¹⁴ Green'in getirdiği tanımdaki önemli bir sorun da yargısal sınırlar ifadesinin belirsizliğidir. Yargısal aktivizm kavramının, hâlihazırda kapsamı belirsiz ve tartışmalı olan yargısal sınır ifadesinden yola çıkılarak tanımlanması, yargısal aktivizm kavramını açıklamak için yeterli olmamaktadır.

Palshikar ise yargısal aktivizm kavramını, “bir yargıcın mevcut yasaları etkin bir şekilde yorumlaması ve bu yasaların toplumsal iyileşme için faydalı hale getirilmesine yönelik bir yaklaşımla yapılan bir yargısal yorum” şeklinde tanımlamıştır.¹⁵ Perry ise yargısal aktivizm kavramını, çoğu zaman tam zıttı bir tutumu ifade etmek için kullanılan yargısal kendini sınırlama kavramından yola çıkarak tanımlamıştır.¹⁶ Yazara göre yargısal kendini sınırlama ile yargısal denetimin temelini yazılı anayasada açık olarak belirtilen normlarla sınırlama ifade edilmektedir. Dolayısıyla yargısal aktivizm terimi, denetimin temelini yazılı anayasadaki normların ötesine taşıma anlamına gelmektedir. Anayasanın lafzi yorumu ile sınırlı kalmayan bir Anayasa Mahkemesinin aktivist tutum sergilediği ifade edilebilir.¹⁷

Kmiec'e göre ise yargısal aktivizm kavramı, anlam itibarıyla kaygan ve zor anlaşılır bir kavramdır. Bu nedenle bir şart veya ek bir açıklama ortaya koyulmaksızın söz konusu kavram hakkında yorum yapılması mümkün olamamaktadır.¹⁸ Bu durumun, kavramın birbirleriyle uyumlu olmayan, kimi zaman da çelişkili olacak şekilde farklı tanımlamalardan kaynaklandığı söylenebilir. Young'a göre de yargısal aktivizm kavramının tanımlanması güç bir kavram olduğu söylenebilir. Bundan dolayı yargısal aktivizm kavramının, mahkemelerin normları hükümsüz kılma, yazılı metinden veya daha önce verilmiş olan içtihatlardan sapma, genel uygulanagelen

¹⁴ Serdar Korucu, **Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 53.

¹⁵ V. G. Palshikar, **Judicial Activism**, Law Review, Government Law College, 7, 2007, s. 55.

¹⁶ Yargısal kendini sınırlama kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz: s. 89.

¹⁷ Michael J. Perry, **Judicial Activism**, Harvard Journal of Law and Public Policy, 7(1), 1984, s. 69.

¹⁸ Keenan Kmiec, **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**, California Law Review, 92(5), 2004, s. 1442.

kurallardan ayrılması, önünde olmayan konular hakkında karar alma veya siyasal aktörlere yön tayin etme gibi farklı yönlerden tanımlanabilmesi mümkündür.¹⁹

Yargısal aktivizme ilişkin olarak Lino Graglia'nın getirdiği tanım ise kavramın sınırlarının belirlenmesi bakımından bir öneriyi ortaya koymaktadır. Buna göre yargısal aktivizm, “diğer devlet yetkililerinin ya da kurumların yaptığı ve anayasanın açıkça yasaklamadığı siyasal tercihlerine yargıçların müsaade etmemesidir.”²⁰ Bir başka ifadeyle, mahkemenin anayasa tarafından açık bir biçimde öngörülen çerçevenin dışına çıkması ve diğer devlet organlarının işlemlerini yasaklaması, “yargısal aktivizm” olarak isimlendirilmektedir. Graglia'nın ileri sürdüğü bu tanımlama biçimi, anayasa yargısının sınırları ile ilgili ilk olarak 1893 yılında kaleme aldığı makale ile James Bradley Thayer tarafından ortaya atılmıştır.²¹ Thayer'e göre anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organları, anayasa metni ile açık bir biçimde yasaklanan yasama organına ait işlemleri geçersiz kılmaları halinde, yürütülen faaliyetin olağan yargısal sınırlar içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda yürütülen faaliyetin hukukun gereği olduğu ifade edilebilir. Anayasa metni ile açık bir biçimde yasaklanmayan yasama işleminin geçersiz kılınması ise anayasa yargısının hukuku uygulama işlevinin ötesine geçmelerine yol açmakta, yürütülen faaliyeti bir tür hukuk yaratma faaliyetine dönüştürmektedir. Anayasada açıkça yasaklanmamış bir yasama işleminin geçersiz kılınması, bu ölçüte göre aktivist bir tutumdur.²²

Anayasaya açık aykırılık olarak nitelendirilebilecek bu ölçütün her ne kadar yargısal aktivizmin tanımı noktasında anlamlı olsa da yargısal aktivizmin gerekliliği ve iyi bir tutum olup olmadığı konusunda günümüzde anlamını yitirdiği ifade edilebilir. Anayasaya açık aykırılık ölçütüne göre hareket ederek yargısal aktivizmden kaçınan bir mahkemenin, anayasaya açık bir biçimde aykırı olmayan ancak temel hak ve özgürlükler için tehlike barındırabilecek yasama organının bir işlemini iptal

¹⁹ Ernest Young, **Judicial Activism and Conservative Politics**, University of Colorado Law Review, 73(4), 2002, s. 1141

²⁰ Lino A. Graglia, **It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism**, Harvard Journal of Law & Public Policy, 19(2), 1996, s. 296.

²¹ James Bradley Thayer, **The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law**, Harvard Law Review, 7(3), 1893, s.144. Akt: Korucu (2014), s. 63.

²² Korucu (2014), s. 63.

etmemesi gerekmektedir.²³ Ergül'e göre bu aktivizm anlayışında, olağan yargısal sınırlar içerisinde kalan bir karar ile yargısal aktivizm arasındaki farklılık, değerlendirmede bulunan kişinin anayasayı nasıl anlamlandığına göre değişiklik göstermektedir. Anayasanın açıkça yasaklamadığı konular üzerinde bir uzlaş sağlanamadığı müddetçe bu konuda anlaşmak da mümkün görünmemektedir.²⁴ Ayrıca, Kaya'ya göre anayasaların pek çok soyut kavramı içerisinde barındırması, norm denetimi esnasında anayasaya açık aykırılık bulunup bulunmadığının belirlenmesi için bir yorum yapılmasını gerekli kılmaktadır. Anayasaların yoruma açık, muğlak ve ilkesel birtakım normları içermesi, aktivizmin tespit edilerek ortaya koyulmasını çok daha zor hale getirmektedir.²⁵ Demokrasi, adalet, hak, özgürlük, eşitlik gibi birtakım ilkeler, belirli bir ahlaki yöne ve anlamsal derinliğe sahiptir. Bu ilkeler, yargısal denetim sırasında yargıçlar tarafından somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu somutlaştırma faaliyetinde ise aktivist bir sonuçla karşılaşılabilir. Özellikle Anayasa Mahkemelerinin soyut hükümleri yorumlarken politika belirleyici aktif bir tavır içerisine girmekten kaçınmaları gerekmektedir.²⁶

Bugün gelinen nokta itibarıyla, doktrinde, olağan yargısal sınırları aşan kararların aktivist birer karar olduğu noktasında herhangi bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak yargısal sınırın tam olarak başlangıç ve bitiş noktasının tespiti, bir diğer ifadeyle olağan yargısal sınırın ne olduğu konusu, yargısal aktivizme getirilen tanımları önemli ölçüde şekillendirmektedir. Nitekim yargısal aktivizmin tanımındaki esas güçlük de olağan yargısal sınırların tespitindeki güçluktur. Bu bağlamda hangi kararın hangi gerekçeyle aktivist sayılması gerektiği konusunda farklı görüşlere rastlanabilmektedir.²⁷ Yargısal sınırların tespiti konusundaki bu belirsizlik hoşnut olunmayan tüm mahkeme kararlarının “aktivist” bir karar olarak nitelendirilmesine yol açmaktadır.²⁸ Böylece yargısal aktivizm kavramının hem akademik hem de siyasi tartışmalarda, tarafların birbirlerini itham etmek için

²³ Korucu (2014), s. 61.

²⁴ Ergül (2013), s. 45.

²⁵ Semih Batur Kaya, **Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 2015, s. 386.

²⁶ Hakyemez (2009) s. 39.

²⁷ Korucu (2014), s. 51.

²⁸ Young, (2002), s. 1141.

kullandıkları küçümseyici ve olumsuz bir anlam hüviyeti kazandığı söylenebilir.²⁹ Yargısal aktivizm kavramının belirli bir tanıma sahip olmaması ve değerlendirmede bulunan kişiye göre farklı bir şekilde açıklanması, söz konusu kavram üzerinden, kararların ve bu kararları veren hâkimlerin olumsuz bir biçimde değerlendirilebilmesine yol açmaktadır. Ergül'e göre de yargısal aktivizm kavramı, bu nedenle çoğu zaman yanlış bir kullanımla, memnun olunmayan kararları ifade etmek için kullanılmaktadır.³⁰ Yargısal aktivizmin yanlış bir şekilde kullanılması, söz konusu kavramın kapsamlı bir biçimde tanımlanmasını da neredeyse imkânsız hale getirmektedir. Yargısal aktivizm için doktrinde pek çok farklı tanım getirilmiş olsa da bu tanımlar bir kararın aktivist olup olmadığının belirlenebilmesi için yeterli olamamaktadır. Bundan dolayı yargısal aktivizm kavramını, mahkemelerin denetim esnasında anayasadan kaynaklanan yetkilerini yorum yoluyla genişletmeleri ve aktif bir yargısal yaklaşım içerisine girmeleri şeklinde tanımlamak; bu tanımdan yola çıkılarak yapılacak tespiti de somut olaya ve kararı değerlendiren kişilerin siyasi ve hukuki görüşlerine göre değişiklik gösterebileceğini kabul etmek gerekmektedir.

2.2. Yargısal Aktivizm Kavramının Tarihsel Kökeni

Yargısal aktivizm kavramının ilk kez, akademik niteliği bulunmayan bir dergide yayımlanan bir makalede kullanıldığı görülmektedir. Arthur Schlesinger, 1947 yılında Fortune Dergisinde yayımlanan ve Amerika Federal Mahkemesinin durumunu analiz ettiği makalesinde yargısal aktivizm kavramını, kendilerinden beklenen kısıtlama davranışını göstermeyen yargıçları olumsuz olarak nitelendirmek için kullanmıştır.³¹ Schlesinger, hiyerarşik olarak daha üst konumda yer alan mahkemelerin daha fazla siyasal güce sahip olduklarını, bunun da yüksek mahkemelerin kendilerinden beklenen kendini sınırlama davranışından uzaklaşmalarına yol açtığını belirtmektedir.³² Yazarın

²⁹ Korucu (2014), s. 51.

³⁰ Ergül (2013), s. 49.

³¹ Doktrinde genel olarak yargısal aktivizmin ilk kullanımının olumsuz bir durumu ifade etmek için olduğu kabul edilse de aksi yöndeki görüşlere de rastlamak mümkündür. Stone, "Yargısal aktivist" teriminin 1947 yılında Arthur Schlesinger tarafından ilk kez kullanıldığında, "kötü bir anlam" taşımadığını, ancak mahkeme üyesi William J. Brennan Jr.'ın Yüksek Mahkeme'deki otuz dört yıllık görev süresini tamamladığı zamana kadar, bu terimin olumsuz bir anlam kazandığını ve yargısal yetkinin sorumsuz bir şekilde kullanımını ima etmeye başladığını ileri sürmüştür. Geoffrey R. Stone, **Selective Judicial Activism**, Texas Law Review, 89(6), 2011, s. 1423.

³² Vicente Benitez, & Fabio Enrique Pulido-Ortiz & Pablo Rivas Robledo, **Defining Judicial Activism: Judicial Activism as the (Im)proper use of Judicial Powers and the Colombian Experience of Judicial Review of Constitutional Amendments**, 2021, s. 3.

hukukçu olmaması, yayımlanan derginin de akademik bir özelliğinin bulunmaması, yargısal aktivizm kavramının ilk olarak akademik amaç doğrultusunda ele alınmamasına neden olmuştur. Ancak zamanla anayasaya uygunluk denetimi yaygınlık kazandıkça, yargısal aktivizm kavramı da önemli bir kavramsal ilerleme kaydederek akademik literatüre girmiş ve siyasal tartışmalar ile medyada kendisine yer bulmuştur.³³

Yargısal aktivizm ve bununla bağlantılı olarak yargısal kendini sınırlama kavramları Schlesinger'in makalesinin yayımlanmasından sonra pek çok akademik çalışmada yer almıştır. Bu çalışmalarda, Schlesinger'in makalesine yönelik çeşitli eleştirilerin de getirildiği görülmektedir. Bunlar arasında Craig Green tarafından yapılan eleştirilerin üzerinde durulması gerekmektedir. Green kaleme aldığı makalede, Schlesinger'in yargısal rol ile ilgili olarak kapsamlı bir teori ortaya koymadığını, "tarihteki bir âna" işaret ettiğini ifade etmektedir.³⁴ Buna ek olarak Green, makalede yargısal aktivizm kavramının sınırlarına ilişkin bir açıklamanın sunulmadığını, yargıçlar için "aktivist" veya "kendini sınırlamacı" şeklindeki nitelendirmelerin nasıl yapılacağını açıklanmadığını, bunun yerine yargıçların kişisel özellikleri üzerinde durulduğunu belirtmiştir.³⁵ Green'e göre, Schlesinger yargısal aktivizm kavramını kullanmasına rağmen bu kavramı tanımlamaktan ve farklı boyutlarıyla birlikte açıklamaktan kaçınmıştır.³⁶ Ancak bu eleştirilerin adil olmadığı söylenebilir. Yargısal aktivizmin ilk kullanıldığı dönemden bu yana aradan geçen yetmiş yılı aşkın süredir halen kapsamı ve tanımı itibarıyla net olarak ortaya koyulamadığı ifade edilebilir.

Yargısal aktivizm ve doktrinde çoğu zaman onun karşısı bir tutumu ifade etmek için kullanılan yargısal kendini sınırlama doktrinleri, ABD menşeli anayasa yargısı doktrinleri olarak ifade edilmektedir.³⁷ Her iki doktrin de ilk kez ABD'de ortaya çıkmış olması, anayasa yargısının ilk ortaya çıkışının ABD olmasıyla paralellik göstermektedir. Dar anlamda anayasa yargısı olarak nitelendirilen mahkemelerin anayasaya aykırı olan yasama ve yürütme işlemlerini geçersiz kılabilimleri, her ne

³³ Korucu (2014), s. 50.

³⁴ Green (2009), s. 1202.

³⁵ Green (2009), s. 1202

³⁶ Green (2009), s. 1203

³⁷ Ender Türk, **Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini**, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2023, s. 27.

kadar ilk olarak ABD’de ortaya çıkmış olsa da İkinci Dünya Savaşı’nın ardından Avrupa’da da yaygınlık göstermiştir. Anayasa yargısının Avrupa’da gösterdiği bu yaygınlık ile beraber anayasallık denetimi gerçekleştiren yargı organlarının da hukuk ve siyasette çok daha aktif bir rol üstlenmeye başladıkları söylenebilir.³⁸ Yaşanan bu gelişmelerin bir sonucu olarak da ABD menşeli olan “yargısal sınırlılık” ve “yargısal aktivizm” doktrinleri, dünya genelinde yerleşik hale gelen anayasa yargısı ve yükselen anayasa mahkemeleriyle birlikte, söz konusu yargı organlarının kendi demokratik devlet sistemleri içindeki konumları açıklanırken kullanılan anayasa yargısı doktrinleri haline gelmiştir.³⁹ Türk’ün de ifade ettiği gibi “ABD menşeli “yargısal sınırlılık” ve “yargısal aktivizm” doktrinlerinin, artık anayasa yargısına sahip diğer ülkelere de ihraç edilen ve hatta uluslararası yargı mekanizmaları açısından da mukayeseli biçimde incelenmeye başlanan yargısal doktrinleri olduğu söylenebilir.”⁴⁰

Yargısal aktivizm kavramı her ne kadar ilk olarak 1948 yılında Arthur Schlesinger’in makalesiyle kullanılmış olsa da “aktivist” tutum olarak ifade edilebilecek tutumun çok daha eskiye dayandığı ifade edilebilir. Anayasa yargısının ilk ortaya çıkışında dahi yargısal aktivizmin izlerine rastlamak mümkündür. Anayasa yargısının meşruiyeti de yargısal aktivizm tartışmalarında önemli bir yere sahiptir. Bu bağlamda yargısal aktivizm ve anayasa yargısı arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi, ortaya koyulması gerekmektedir.

2.3. Yargısal Aktivizm ve Anayasa Yargısı İlişkisi

2.3.1. Marbury v. Madison Davası ve Modern Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışı

Modern anlamda anayasa yargısının ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı John Marshall’ın yargısal yorumuna dayanan 1803 tarihli Marbury v. Madison kararı sonrasında aşamalı bir biçimde ilk olarak ABD’de etkinleştiği ve yerleşik hale gelmeye başladığı konusunda doktrinde önemli bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır.⁴¹ Her ne kadar söz konusu karar anayasa yargısı bağlamında bir ilk olarak nitelendirilebilse de bu davadan önce de ABD’de Anglosakson hukuku genel

³⁸ Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review*, Rowman & Littlefield Publishers, 1994. Akt: Türk (2023), s. 28.

³⁹ Türk (2023), s. 28.

⁴⁰ Türk (2023), s. 28.

⁴¹ Türk (2023), s. 69.

ilkelerine dayanılarak anayasal denetimde bulunulduğu söylenebilir.⁴² Türk’e göre Avrupa’da ve Amerika’nın kolonyal döneminde yaşanan anayasal gelişmelerin burada dayanak noktası alınabileceği ifade edilebilir.⁴³ Yine İngiltere’de görülen 1610 tarihli Dr. Bonham Davasının da anayasa yargısının “habercisi” olarak nitelendirilebileceği söylenebilir.⁴⁴ Marbury v. Madison davası ise Mahkemenin yargısal bir yorum ortaya koyması neticesinde federal kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin gerçekleştirilmesi ve anayasaya aykırılık sebebiyle federal kanunun geçersizliğine karar verilmesi bakımından önem taşımaktadır.⁴⁵ Bu anlamda söz konusu davanın anayasa yargısının tarihsel gelişiminde asla göz ardı edilemeyecek bir yere ve öneme sahip olduğu söylenebilir.

⁴² Taylan Barın, **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2016, s. 114-115.

⁴³ Türk (2023), s. 70.

⁴⁴ “1606 yılında, Cambridge Üniversitesi Tıp Fakültesi mezunu olan Dr. Thomas Bonham, Londra’da doktorluk yapması için gerekli olan lisansı almadığı gerekçesiyle “Doktorların Kraliyet Koleji” (Royal College of Physicians) tarafından para cezasına çarptırılmış ve söz konusu lisansı almadığı sürece doktorluk mesleğini ifa etmekten men edilmiştir. Dr. Bonham, söz konusu lisansı almadan mesleğini sürdürmeye devam etmiş ve bunun üzerine bir kez daha para cezasıyla cezalandırılmıştır. Dr. Bonham, doktorluk lisansını Cambridge Üniversitesi’nden aldığını ve Kolej’in kendisi üzerinde hiçbir yetkisi olmadığını ileri sürerek hem para cezalarını ödemeyi reddetmiş hem de doktorluk mesleğini sürdürmeye devam etmiştir. Kolej ise verilen kararlara karşı geldiği gerekçesiyle Dr. Bonham’ı en sonunda hapis cezasıyla cezalandırmıştır. Bunun üzerine Dr. Bonham, “haksız mahkûmiyet” ve “yargıç karşısına çıkarılmadan mahkûm edildiği” (habeas corpus) iddiasıyla Kolej’e karşı dava açmış ve kazanmıştır. Yargıç Coke, Kolej’in verdiği tüm para cezalarının yarısını kendisinde topladığı gerekçesiyle uygulamada bu yetkinin “kişinin kendi davasının yargıç olması” (nemo debet esse iudex in causa sua) anlamına geldiğini belirtmiş ve ilgili Kanun açısından anayasa hukuku tarihine geçen şu gerekçeyi yazmıştır: “Ortak hukuk, Parlamento Kanunlarını denetleyecek ve bazen onların tamamen geçersiz olduğu hükmüne varacaktır. Çünkü bir Parlamento Kanunu, ortak hak ve akla aykırı olduğunda, uygun olmadığına veya uygulanması imkânsız olduğunda, ortak hukuk onu denetleyebilecek ve böyle bir Kanunun geçersiz olduğu hükmüne varacaktır”. Yargıç Coke’un bu görüşünün doktrinde, anayasa yargısının “habercisi” olarak yorumlanması gerektiğini öne sürülmektedir.” Türk (2023) s. 74-75.

⁴⁵ “Currie, ABD’nde, Yargıç Marshall’ın davasından önce de yargı organlarında anayasaya uygunluk denetimi konusuna değinildiğini belirtmiştir. Yazar bu konuda, Yargıç Marshall’ı gerek mahkeme kararlarında yer alan daha önceki görüşlere, gerekse de Alexander Hamilton’un The Federalist Papers’da belirttiği düşüncelerine hiç yer vermemiş olmasından dolayı eleştirmiştir. Yazarın, Marbury & Madison davasından önce anayasaya uygunluk denetimine yer verildiğini iddia ettiği kararlar şunlardır: 1800 tarihli Cooper v. Telfair davasında, Yüksek Mahkeme bir federe devlet kanununun federe devletin anayasasına uygunluğunu denetlemiştir; yine 1796 tarihli Ware v. Hylton davasında da yargısal denetim konusuna girilmiştir; aynı şekilde, 1796 tarihli Hylton v. United States davasında da anayasaya uygunluk denetimi yapılmıştır. Bütün bu yargı kararlarıyla birlikte yazar, 1793 tarihli Chislom v. Georgia davasıyla ve 1798 tarihli Calder v. Bull davasına ilişkin kararlarda da, Yargıç James Iredell’in karşı oy gerekçesinde ve ayrıkçı oy açıklamasında anayasaya uygunluk denetimine ilişkin açıklamalara yer verildiğini bildirmektedir.” David P. Currie, “**The Constitution in the Supreme Court: The Powers of the Federal Courts, 1801-1835**”, The University of Chicago Law Review, 49, 1982, s.655-656. Akt: Gedik (2022), s. 54.

Modern anayasa yargısının ilk çıkış noktası olarak ifade edilebilecek olan bu karar, o dönemin hukuk ve siyaset kültürü hakkında da önemli ipuçları vermektedir.⁴⁶ ABD’de bağımsızlığın ilanından itibaren Federalistler ve Cumhuriyetçiler arasında önemli bir siyasal rekabet süregelmıştır. Bu siyasal rekabet, 1800 yılında gerçekleştirilen genel seçimlerin ardından ise zirve noktasına ulaşmış ve önemli bir hukuki krizi beraberinde getirmiştir.⁴⁷ Krizin çözülebilmesi için Federal Yüksek Mahkeme tarafından verilen Marbury v. Madison Kararı, kanunların anayasaya uygunluk denetiminin de ilk somut örneğini teşkil etmektedir.⁴⁸

Marbury v. Madison kararı, ABD’nin kuruluş yıllarında siyasal rekabetin yol açtığı olaylar üzerine verilmiştir. Marbury v. Madison kararı, birtakım eksiklikleri ve hataları da içerisinde barındırmaktadır. Nitekim kararı veren John Marshall, usul yönünden ciddi hatalar yaptığı ve dengeli bir politika izlediği gerekçesiyle eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır.⁴⁹ Marbury v. Madison kararının eleştiriyeye açık birtakım hususlar barındırmakla beraber anayasa yargısının kurumsal temellerinin oluşturulmasında oldukça başarılı bir rol üstlendiği söylenebilir. Bu kararın ardından

⁴⁶ Korucu (2014), s. 26.

⁴⁷ Korucu (2014), s. 26.

⁴⁸ “Marbury v. Madison davasına konu olan olaylar özetle şu şekilde ifade edilebilir: 1800 yılında yapılan genel seçimlerden Federalistler mağlubiyetle ayrılmışlardır. Seçim sonucunda Cumhuriyetçi Partinin adayı olan Thomas Jefferson başkan olarak seçilmiştir. Yeni seçilen başkan görevi devralmak üzereyken 1801 yılının Şubat ayında Federalistler yeni bir kanun çıkartmışlar ve böylece bazı yargı mercilerine atama yapma hakkı elde etmişlerdir. Mevcut Başkan John Adams, bu kanuna dayanarak sulh hâkimliğine 42 kişinin atamasını yapmıştır. Yapılan bu atamalardan bir bölümü ilgililere tebliğ edilmişken bir bölümü tebliğ edilememiştir. Yeni seçilen Başkan Jefferson göreve başladığında, son dakika ataması niteliğinde olan bu atama işlemlerinden bir bölümünü iptal etmiştir. Atama işlemleri tamamlanmasına rağmen, kendisine tebligat yapılmadığı için göreve başlayamayan Hâkim William Marbury ise Aralık 1801’de Federal Yüksek Mahkemeye başvurmuş ve tayine ilişkin kararların ilgili kişilere tebliğ edilmesine yönelik bir karar alınmasını talep etmiştir. Senato ve Temsilciler Meclisinde çoğunluğu elinde bulunduran Cumhuriyetçiler ise bu davaya sert bir tepki göstermişlerdir. Cumhuriyetçiler, davanın aleyhlerine sonuçlanması halinde bu kararı uygulamayacaklarını belirtmişlerdir. Yine bu sırada 1801 tarihli Kanunu 3 Mart 1802 tarihinde ilga etmişlerdir. Siyasi gerginliğin ve politik tartışmaların yoğun olduğu böyle bir ortamda toplanan Federal Yüksek Mahkeme ise davacı Marbury’nin hakkının ihlal edildiğini ve taleplerinde haklı olduğunu tespit ettikten sonra; davacının doğrudan Yüksek Mahkemeye başvurmasına imkân tanıyan 1789 tarihli Kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiş ve bu kanunu uygulamayı reddetmiştir.” Korucu (2014), s. 26.

“Yüksek Mahkeme, bir yandan Marbury’nin haklı olduğuna karar vermiş; bir yandan da talebin dayanağını oluşturan kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Özetle bu tarihi davada, davanın tarafları ve yargıcın ilişkileri iç içe geçmiş durumdadır. “Davacı, ataması usulen gerçekleşip gerçekleşmediği tartışmalı olan Bölge Mahkemesi yargıçlarından William Marbury ve diğerleri; davalı, yeni Başkan Thomas Jefferson tarafından atanan ve onun emrini yerine getirerek atama kararını Marbury’e teslim etmeyen yeni Devlet Bakanı James Madison; yargıç ise esasen dava konusunu oluşturan atama kararını teslim etmekle görevli eski Devlet Bakanı ve davanın görüleceği yer olan Amerikan Yüksek Mahkemesinin yeni Başkanı John Marshall olmuştur.” Türk (2023), s. 89.

⁴⁹ Korucu (2014), s. 26.

“stare decisis”⁵⁰ ilkesi uyarınca federal ve eyalet mahkemeleri anayasal yargı denetimi yapma yetkisini kendilerinde görmüş ve bu denetimi süreklilik haline getirmişlerdir.⁵¹

Esas olarak 1787 ABD Anayasası, mahkemelerin anayasallık denetimi yapma konusunda açık bir hükmü içerisinde barındırmamaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme Başkanı John Marshall, Marbury v. Madison davasında anayasanın üstünlüğü ilkesini temel alarak bir anayasal denetim gerçekleştirmiş anayasa yargısını da adeta meşru hale getirmiştir. Marshall anayasanın diğer bütün normlardan üstün olduğunu da karar gerekçesindeki ifadeleriyle ortaya koymuştur.⁵² Ayrıca söz konusu kararda Yargıç Marshall, bir yasanın anayasaya aykırılığının tespitini ve geçersizliğini hangi merciinin yapabileceğini ve bu konuda açık bir yetkilendirmenin gerekip gerekmediğini de açıklamıştır.⁵³

Yargıç Marshall, bu davanın gerekçesinde anayasanın bir anlam ifade edebilmesi için anayasaya uygunluk denetiminin gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir. Marshall’a göre yargı organının kanunları uygularken anayasaya

⁵⁰ Latince bir hukuk prensibi olup “bağlayıcı içtihat kuralı”, “emsal kararların takip edilmesini gerektiren görüş” anlamlarına gelmektedir.

⁵¹ Bahadır Kılınc, **Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa Kavramı ve Yargısal Denetim**, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ed.: Mehmet Turhan/ Hikmet Tülen, Ankara 2006, s. 145.

⁵² Marshall anayasanın diğer bütün normlardan üstün olduğunu şu ifadelerle gerekçelendirmiştir: “Anayasa ya alelde kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur yahut da, yasama kuvvetinin dilediği zaman değiştirebileceği, alelde kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise, yasama organının anayasaya aykırı olan tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise, yazılı Anayasalar, mahiyeti icabı sınırlandırılması imkânsız olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir. Yasama organının yetkileri muayyen ve mahduttur ve bu hudutların karıştırılmasını ve unutulmasını imkânsız kılmak içindir ki, yazılı bir anayasa yapılmıştır. Bu hudutlar sınırlandırılmak istenilen kuvvet tarafından istenildiği gibi aşılabilecekse kuvvetleri sınırlandırmanın ve bu sınırları yazılı olarak göstermenin ne manası kalır? Kanun yapan kimseler için bu sınırlara riayet mecburi olmazsa, yasak olan tasarruflarla caiz ve meşru olan tasarruflar aynı bağlayıcı kuvvete malik bulunursa, yetkileri mahdud bir hükümet ile yetkileri hudutsuz mutlak bir hükümet arasındaki fark ortadan kalkar. Şu hakikat aksi iddia edilemeyecek kadar aşikârdır: ya Anayasaya aykırı olan her teşrii tasarruf (yasama tasarrufu) murakabeye tabidir yahut da yasama organı Anayasayı alelde bir kanunla değiştirebilir.” Turan Feyzioğlu, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi (Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de)**, Güney Matbaacılık, Ankara, 1951, s. 169.

⁵³ “Kaza kuvvetinin başlıca vazife ve yetkisi hukukun ne olduğunu beyan etmektir. Bir hukuk kaidesini muayyen hadiselere tatbik eden kimseler, ister istemez bu kaideleri tefsir edeceklerdir. Birbiriyle çarpışan iki kanun karşısında kalınca, mahkeme bunlardan her birinin tatbik sahasını ayırmağa mecburdur. Bir kanun Anayasaya aykırı olursa, muayyen bir hadise hakkında kanunda da Anayasada da tatbik edilecek hüküm varsa, mahkeme ya bu davayı kanuna göre hallederek Anayasayı ihmal edecek yahut da Anayasaya göre hallederek kanunu ihmal edecektir. Bu, doğrudan doğruya kaza vazifesinin kendisidir, özüdür. Şu hâlde, mahkemeler Anayasayı nazarı itibar alacaklarsa ve Anayasa yasama uzvunun alelde tasarruflarından üstünse, kanunla Anayasanın çarpışması halinde, hadise kanuna göre değil Anayasaya göre çözülmelidir.” Feyzioğlu (1951), s. 171.

uygun olup olmadığını denetleme yetkisi kendi doğasından kaynaklanmaktadır. Anayasa ya normal yasalardan farklı birtakım özelliklere sahip olan üstün bir yasadır ya da ya da yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği diğer yasalarla aynı güçte bir işlemdir. Bunlardan ilki doğruysa yasama organının anayasaya aykırı işlemleri geçerli bir kanun olarak nitelendirilemeyecektir. İkincisinin doğru olması durumunda ise yazı anayasalar esas olarak sınırlandırılması mümkün olmayan bir gücün sınırlandırılması için milletlerin giriştiği anlamsız teşebbüslerdir.

Marshall, ABD Anayasasının ABD'deki en üstün yazılı norm olduğunu belirtmiş bu en üstün yazılı norm ifadesinin hayat bulabilmesi için de anayasanın üstünlüğü ilkesinin kabulü gerektiğini ifade etmiştir. Marshall'ın yargı organlarının anayasaya uygunluk denetimi yapmaları gerektiğini belirtirken esas aldığı temel argüman, anayasanın bütün kişi ve kurumlar için bağlayıcı nitelikte olmasıdır. Fakat Marshall için anayasanın üstünlüğünün ulaşılması gereken nihai bir amaç olmadığı, bireylerin hak ve özgürlüklerinin devlet karşısında korunmasını sağlayan bir araç olduğu söylenebilir. Bu bağlamda Marshall için anayasanın, sınırlı devlet idealinin gerçekleşebilmesi ve bireylere tanınan güvencelerin korunması amacını taşıyan üstün nitelikte bir hukuki metin olduğu söylenebilir.

Bir davada anayasaya aykırı olan bir yasa ile karşılaşılması halinde buradaki hukuki problemi çözüme kavuşturma yetkisi yargı organına aittir. Yine Marshall'ın kararda yer verdiği gerekçeler arasında dikkat çeken bir husus da hâkimlerin göreve başlamadan önce ettikleri yemin oluşturmaktadır. Marshall'a göre hâkimler, göreve başlamadan önce yemin etmektedirler ve bir hâkimin anayasaya aykırı olan bir yasanın uygulanmasını engellememesi, aynı zamanda ettikleri yemine de aykırı bir durumdur. Bu bağlamda hâkimlerin anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmeleri gerekmektedir.⁵⁴ Marshall'ın bütün bu gerekçelerinin temelinde ise; "herhangi bir davada kanun ile anayasanın çarpışması halinde anayasa esas alınarak dava sonuçlandırılmalıdır ve anayasaya aykırı normlar yargıçlar tarafından

⁵⁴ Fatih Öztürk, **Karşılaştırılmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, Beta Yayınları, 2014, s. 27.

uygulanmamalıdır. Ayrıca bunun tüm mahkemeler kanalıyla yapılması gerekir” düşüncesi yer almaktadır.⁵⁵

Marbury v. Madison davasında Marshall’ın ortaya koyduğu gerekçenin arka planı noktasında farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir. Doktrinde Marshall’ın karar gerekçesini Federalist Parti’nin karşıtlarına karşı adeta bir silah olarak kullandığı ve kurnaz bir siyasi aktör olduğu şeklinde nitelendirmelerde bulunulmuştur.⁵⁶ Bununla birlikte, doktrinde hâkim olan görüş Marshall’ın partizanlık dışında tarafsız bir politika izlediği ve Yüksek Mahkeme kararlarının gücünü artırmaya çalıştığı şeklindedir.⁵⁷ Marshall’ın karar gerekçesindeki tutarlılık bu durumun savunulmasını kolaylaştırmaktadır.

ABD’de görülen Marbury v. Madison davası, anayasa yargısının temellerinin atılmasını sağlamıştır. Bir ilk olarak nitelendirilebilecek bu dava, sonrasında ABD dışındaki ülkelerde de bu modelin yayılmasını sağlamıştır. İlk olarak ABD’de başlayan anayasaya uygunluk denetimi sonrasında Avrupa’ya da sıçramış ve Kıta Avrupası ülkelerini de etkilemiştir. Marbury v. Madison davasında verilen karardan da anlaşılabileceği üzere anayasa yargısının ortaya çıkışı, esasında bir mahkemenin içtihadı ile olmuştur. Bu yönüyle Marbury v. Madison davasında verilen karar anayasa yargısının ortaya çıkışına zemin hazırlayan bir karar niteliğindedir. ABD anayasasında anayasa uygunluk denetimi gibi bir düzenlemenin bulunmadığı da dikkate alındığında Marbury v. Madison davasında verilen kararın “aktivist bir karar” olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla anayasa yargısı ile yargısal aktivizm esasında ayrı değerlendirilmesi mümkün olmayan kavramlardır. Anayasa yargısının ortaya çıkışı bile bizatihi aktivist bir tutumun sonucudur.⁵⁸ Dolayısıyla yargısal aktivizm kavramının ilk kullanılışının yakın bir zamanda olduğu görülse de aktivist karar olarak nitelendirilebilecek kararların köklü bir geçmişe sahip olduğu, anayasa yargısının

⁵⁶ Özbudun, Marshall’ın yazdığı bu kararın önemini şu şekilde ifade etmektedir: “Mahkeme Başkanı hâkim John Marshall’ın yazdığı karar, bugün için de yargısal denetim lehinde gösterilebilecek en kuvvetli gerekçeleri ihtiva etmektedir.” Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 395.

⁵⁶ Clyde Ray, **John Marshall, Marbury v. Madison, and the Construction of Constitutional Legitimacy**, Law, Culture and the Humanities, 15(1), 2019, s. 206.

⁵⁷ Robert G. McCloskey, **The American Supreme Court**, University of Chicago Press, 2010, s.25. Akt: Ray (2019), s. 206.

⁵⁸ Jerry J. Philips, **Revisiting Marbury v. Madison**, Tennessee Law Review, 71(2), 2004, s. 311.

ortaya çıkışına zemin hazırlayan kararda bu aktivist tutumun izlerinin görülebileceği ifade edilebilir.

2.3.2. Anayasa Yargısının Hukuki ve Demokratik Meşruluğu Sorunu

Meşruiyet kavramının sosyal bilimler alanında en fazla üzerinde durulan konular arasında yer aldığı ifade edilebilir. Ancak söz konusu kavram etrafında yürütülen tartışmalara rağmen meşruiyetin kapsamı, içeriği ve unsurları hakkında genel bir uzlaşmanın varlığından söz edilememektedir. Meşruiyet, “meşru” sözcüğünün Arapça “şer” kökünden gelmesi ve “kanuna uygun” anlamını taşımasından hareketle; “kanuna uygunluk” veya “yasallık” olarak anlaşılabilmektedir.⁵⁹ Ancak meşruluk kavramının çok daha kapsayıcı bir anlama sahip olduğu, bir diğer ifadeyle kanuniliğin dar tanımına hapsedilecek kadar basit bir kavram olmadığı söylenebilir. Kanunilik ile bir olayın pozitif hukuka uygunluğu ifade edilmektedir. Meşruiyet kavramının kelime kökeni ile ilgili sözlük anlamlarından da yola çıkılarak dar anlamıyla kanuniliğe indirgenmesi, pozitivist bir bakış açısının ürünüdür. Buna ek olarak kanuniliğin de hukukilik ile aynı anlama gelecek bir biçimde kullanılması; meşruiyet, kanunilik ve hukukilik kavramlarının anlam farklılığını ortadan kaldırmakta, sorunların sebepleri ve olası çözümler konusunda biz uzlaşısı sağlanamamasına yol açmaktadır.⁶⁰

Meşruiyet sosyal bilimler alanında, “yasalara uygunluk, egemen sistemin hukuksal yapısına, kanun ve kurallarına uygunluk; yürürlükteki yasalarla çelişmemek” şeklinde tanımlanmaktadır.⁶¹ Batı dillerinde “legitimus, legitimitas, legitimacy” gibi kavramlarla ifade edilen meşruiyet, Eski Roma’da “hukuka uygun, hukuksal” anlamında, Ortaçağ’da, “eski geleneklere ve yöntemlere uygunluk” şeklinde kullanılmış; modern zamanlarda ise “siyasal erkin yönetilenlerin onayına dayanması” düşüncesini içerir şekilde anlamlandırılmıştır.⁶²

Anayasa yargısının meşruluğu da doktrinde sıklıkla tartışılan bir konudur. Özellikle Anayasa Mahkemesi üyelerinin, yargısal denetim aracılığıyla, seçilmiş kişilerin bir diğer ifadeyle halkın temsilcilerinin iradelerini etkilemelerinin demokrasi

⁵⁹ Nur Vergin, **Siyasetin Sosyolojisi-Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar**, Doğan Yayınevi, 2008, s. 28.

⁶⁰ Meltem Dikmen Caniklioğlu, **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 31.

⁶¹ Ömer Demir & Mustafa Acar, **Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Vadi Yayınları, 2005, s. 155.

⁶² Ahmet Gürbüz, **Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme)**, Beta, 1998, s. 3. Akt: Gedik (2022), s. 71.

ile bağdaşıp bağdaşmadığı ve halkın çoğunluğunun isteklerinin aksine verilen kararların meşru kabul edilip edilemeyeceği üzerinde durulması gereken önemli soru işaretleridir.

Anayasa yargısı hem hukuksal hem de siyasal düzende oldukça önemli bir yere sahiptir. Özellikle Anayasa Mahkemelerinin aldıkları kararların siyasal düzende ortaya çıkardığı sonuçlar, Mahkemeleri, yalnızca hukuksal düzlemde değerlendirmeyi güçleştirmekte, siyasal bir perspektifle de değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır. Anayasa yargısı ve anayasal denetimi gerçekleştiren Anayasa Mahkemelerinin meşru birtakım dayanaklarının bulunması şarttır. Ancak bu noktada meşruluğa objektif kriter sağlayan bir ölçütün bulunmasının oldukça güç olduğu söylenebilir.⁶³ Bu kapsamda, anayasa yargısının meşruluğu açıklanırken yürüttüğü faaliyetlerden ve anayasa yargısının ortaya çıkışındaki temel sebeplerden bağımsız bir şekilde değerlendirme yapılabilmesi ise mümkün değildir.

Anayasa yargısının meşruluğu, hukuki ve demokratik meşruluk şeklinde iki başlık altında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Anayasanın hukuki meşruluğu noktasında, Marbury v. Madison davasında Marshall'ın karar gerekçesinde kendisine yer bulan anayasaya aykırı olan kanunların iptal edilmesi gerekliliği bir diğer ifadeyle anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı temel gerekçe niteliğindedir. Burada Kelsen'in normlar hiyerarşisini anlatan normativist teorisinin etkili olduğu ifade edilebilir. Normlar hiyerarşisine göre anayasa kurallarının daha alt basamağında yer alan hukuki düzenlemelerin anayasaya aykırı olmaması gerekmektedir. Bu durum daha alt basamakta yer alan kanunların daha üst bir basamaktaki anayasa kurallarına uygun olup olmadığını denetleyen anayasa yargısının yargısal faaliyetinin de meşruluğunu ortaya koymaktadır.⁶⁴ Özetle anayasa yargısı, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini anayasal sınırlar içerisinde kalarak kullandığı sürece hukuki olarak meşruiyetini de sağlamış olmaktadır. Anayasa yargısının meşru olduğu yönündeki görüş, temelinde anayasanın üstünlüğü bir diğer ifadeyle kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesine dayanmaktadır. Fakat Gözler'e göre bu durum anayasa yargısının meşruluğuna herhangi bir açıklama getirmemektedir. Buna göre anayasanın

⁶³ Münici Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, Ankara: Bilgi Yayınları, 2007, s. 83.

⁶⁴ Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, 2004, s. 20.

üstünlüğü ilkesi kabul edilse dahi anayasa yargısının meşruluğu, bu ilkenin kim tarafından ve nasıl yaptırıma tabi tutulacağı ile ilgili bir sorundur.⁶⁵ Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı konusu kendiliğinden anlaşılmamakta, bir yorum yapılmasını gerektirmektedir.

Anayasa yorumu, verilen kararların özelliği itibariyle hayati öneme sahip bir konudur. Bir metnin ne anlama geldiğinin saptanmasında kullanılan bir araç niteliğinde olan yorum, iktidarın kullanılması, güç paylaşımı ve temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği bir metin söz konusu olduğunda çok daha önemli bir hale gelmektedir. Anayasa yargısının bulunduğu ülkelerde bu yorum yapma görevi Anayasa Mahkemeleri tarafından yerine getirilmektedir. Fakat yorumun sınırları konusunda bir netlik olmaması, zaman zaman Anayasa Mahkemelerinin meşruluğunu tartışmalı kılmaktadır. Anayasa Mahkemelerinin yaptıkları yorumların, parlamento tarafından yapılan yorumdan daha doğru olacağı ise Gözler'e göre tartışmalı bir konudur. Bu yorumlardan ikisi de doğru olabilmektedir. Bu bağlamda anayasanın yorumunun bir "bilme" işlemi değil "irade" işlemi olduğu söylenebilir. İrade alanındaki bir önermenin doğruluğunun ispatı da mümkün olamamaktadır.⁶⁶ Bu tespite göre, Anayasa Mahkemelerinin yorumlarının doğruluğu veya yanlışlığı ispat edilebilen bir "bilme" işlemi olmadığı için Mahkemenin verdiği kararlar da doğru veya yanlış olabilmektedir.⁶⁷ Bunu belirlemenin bilimsel bir yolu da bulunmamaktadır. Bu sebeple demokrasilerde irade gerektiren alanlarda hâkimlerin değil halkın temsilcilerinin karar vermeleri gerektiği belirtilmekte, anayasa yargısının yürüttüğü faaliyetin ise meşru olmadığı savunulmaktadır. Anayasanın yorumlanması problemi, Anayasa Mahkemelerinin gördüğü işlevi, vazgeçilmez bir konuma getirmektedir. Bu doğrultuda, anayasa yargısına meşruluk sağlayabilmenin de oldukça zor olduğu söylenebilir.

Anayasa yargısının demokratik anlamda meşruluğu da üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Günümüzde demokrasi, hukukla birlikte tanımlanmakta

⁶⁵ Kemal Gözler, **Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 61(3), 2006, s. 132.

⁶⁶ Gözler (2006), s. 133-134.

⁶⁷ ABD Yüksek Mahkemesine başkanlık yapmış olan Charles Evan Hughes'in 1908 yılında ifade ettiği; "Biz bir Anayasaya tabiyiz; ancak Anayasa hâkimler ne diyorsa odur." cümlesi de bu durumu ortaya koyar niteliktedir. Orrin G. Hatch, **The Constitution as the Playbook for Judicial Selection**, Harvard Journal of Law and Public Policy, 32(3), 2009, s. 1035.

ve devlet anlayışı yargı ile yenilenmekte, bu da anayasal demokrasinin bir özelliğini oluşturmaktadır.⁶⁸ Esas olarak birbirlerini tamamlar gibi gözükse de anayasa ve demokrasi kavramları gerçekte çatışma halindedir. Anayasa, devletin sınırlanmasına karşılık gelirken demokrasi ise en basit tanımıyla halkın kendi kendini yönetmesini ifade etmektedir. Waldron, anayasa yargısının, demokratik teorinin en temel ilkesi olan halkın kendi kendisini yönetmesi ile çeliştiğini ifade etmekte, bu sebeple aristokratik bir kurum olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁹ Waldron, yargı organlarının yaptığı anayasaya uygunluk denetiminin, demokratik işleyişle bağdaşmadığını belirtmekte, anayasa yargısının halk oylaması ile kabul edilmesi halinde de bu durumun değişmeyeceğini ifade etmektedir. Bu durum Waldron'a göre, bir halkın kendi oylarıyla diktatörlüğü seçmesine benzemektedir. Halk oyuyla seçilen diktatörlük nasıl demokratik kabul edilemeyecekse geniş halk desteğini arkasına alan anayasa yargısı da demokratik bir kurum olarak değerlendirilemeyecektir.⁷⁰

Anayasa yargısının benimsendiği ülkelerdeki temel problem, halkın temsilcilerinden oluşan parlamentonun çıkardığı düzenlemelerin belirli sayıda yargıç tarafından bir denetime tabi tutulması olmaktadır. Bu durum anayasa yargısının meşruiyeti problemini beraberinde getirmektedir.⁷¹ Anayasa yargısının kurumsal olarak ilk ortaya çıktığı yıllardan bu yana, anayasaya uygunluk denetiminin demokrasi ile bağdaşır bir yönünün bulunmadığı, seçilmiş kişilerin oluşturduğu parlamentonun yaptığı kanunların atanmış hâkimlerin oluşturduğu bir mahkeme tarafından geçersiz kılınmasının demokratik yönetim ilkesiyle bağdaşmasının mümkün olmadığı savunulmuştur. Anayasa yargısının demokratik meşruiyeti noktasında getirilen eleştirilen yerinde olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle ulusun temsilcilerinin iradesi ile ulus iradesinin aynı anlama gelip gelmediği sorusunun yanıtlanması gerekmektedir.⁷² Günümüzde her iki iradenin birbirinden farklı olduğu genel kabul görmektedir. Buna göre seçilmişlerin kendilerini seçenlerden ayrı kendine

⁶⁸ Korucu (2014), s. 49.

⁶⁹ Jeremy Waldron, **Precommitment and Disagreement**, Constitutionalism Philosophical Foundations, Larry Alexander (ed.) içinde, Cambridge University Press, 1998, s.280 Akt: Korucu (2014), s. 49.

⁷⁰ Waldron (1998), s. 280 Akt: Korucu (2014), s. 49.

⁷¹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**. Beta Basım Yayım, 2021, s. 217.

⁷² Ömer Anayurt, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 769.

özgü çıkarları olan profesyonel bir kimliğe haiz oldukları ve bu bağlamda kendi çıkarları ve pozisyonlarının gerekleri adına temsilcilerinden çok farklı bir tercihte bulunabilecekleri ifade edilebilir.⁷³ Buna göre halk iradesi ile temsilcilerin iradesinin özdeş görülmesi isabetli değildir.

Anayasa Mahkemelerinin yürüttükleri faaliyetin hukuki birer faaliyet olduğu ve birer yargı organı oldukları söylenebilse de verilen kararlar, siyasal alanda önemli etki ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemelerinin verdikleri kararlarla halkın temsilcilerinin iradelerine müdahale etme yetkisine sahip oldukları söylenebilir. Temsil edilenler ile temsilciler arasındaki ilişkinin atanmış birtakım kişi ve organlarca sekteye uğratılması, ilk bakışta demokrasi ile bağdaştırılabilecek bir durum olarak görülmeyebilmektedir. Buna göre siyasal iktidarın yaptığı kanunlar hatalı ve kötü birtakım sonuçlar doğursa bile halkın karşısında bunun sorumluluğunun yine o siyasal iradeye ait olması gerekmektedir.⁷⁴ Anayasa yargısına demokrasi cephesinden getirilen eleştiriler genellikle, “çoğunluk” kavramı esas alınarak yapılmaktadır. Ancak Carl Friedrich’in ifade ettiği üzere “siyasal iktidarın tümüyle çoğunluğa bırakıldığı ve çoğunluğun her şeyi yapabilme gücünün olduğu bir uygulama anayasal demokrasi değildir.”⁷⁵ Çoğunluğun iradesinin milli irade sayıldığı çoğunlukçu klasik demokrasi anlayışı günümüzde yerini, demokrasinin anayasa tarafından sınırlandırıldığı ve bir anlamda güvence altına alındığı anayasal demokrasi anlayışına bırakmıştır.⁷⁶ Anayasaya uygunluk denetiminin de demokrasinin tarihsel süreç içerisinde kat ettiği ilerlemede bir aşama olarak görülmesi, bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Demokrasi kavramının sadece iktidarın düzenli aralıklar yapılan seçim vasıtasıyla el değiştirmesi şeklinde yüzeysel bir

⁷³ Anayurt (2022), s. 770.

⁷⁴ Bu hususu Gözler şu şekilde ifade etmektedir: “Yasama organının yaptığı bu kanun, ülkenin yararına da, zararına da olabilir. Bu kanunun uygulanmasından doğacak yarar da, zarar da yasama organına ait olur. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde iyi bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlamento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından ödüllendirilir. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde kötü bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlamento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından cezalandırılır” Gözler (2006), s. 134.

⁷⁵ Akt: Anayurt (2022), s. 776

⁷⁶ “Ran Hirschl’e göre, II. Dünya Savaşı sonrasında devletler ile toplum arasında yeni bir sosyal sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme, devletin ve halkların çoğunlukçu demokrasi anlayışından çoğulcu demokrasi anlayışına bilinçli olarak geçişini ifade etmektedir. Dolayısıyla artık demokrasi çoğunluğun gücü ve yönetimi değil çoğunluk dışında kalanların da korunduğu anayasal düzenleri ifade eder.” Ran Hirschl, **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**, Harvard University Press, 2004, s. 32-33. Akt: Anayurt (2022), s. 771

değerlendirmeye tabi tutulması, isabetli olmayacaktır. Çoğunlukçu sandık demokrasisi çerçevesinde yapılan değerlendirmeler, anayasa yargısının demokrasiye aykırı bir kurum olduğu sonucuna ulaşılmasını sağlayacaktır. Ancak demokrasi bunun yanında, iktidarın anayasada çizilen yetki sınırları içerisinde kullanılmasıyla da ilgili bir kavramdır. Bu bağlamda temel hakların kullanılmasını ve korunmasını sağlayan her mekanizmanın, demokrasinin gelişimine katkı sunacağı söylenebilir.⁷⁷ Anayasa yargısı ve Anayasa Mahkemeleri de temel hakların kullanılmasını ve korunmasını sağlayan bir mekanizma olarak demokrasinin gelişimine katkıda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemeleri, demokratik sistemler içerisinde çoğunlukçu demokrasi anlayışı yerine çoğulcu demokrasi anlayışının⁷⁸ benimsenmesinde de önemli rol üstlenmektedirler. Muhalefetin de anayasa yargısı aracılığıyla siyasal iktidarın tercihlerinin hukuksallaştığı sürece katkı sunabildiği görülmektedir. Özetle Anayasa Mahkemeleri, çoğulcu demokratik düzenin korunmasında güçlü bir güvence olarak ifade edilebilir. Anayasa yargısının meşruluğunun sağlanabilmesi için parlamento üyelerinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi üyelerinin de halk oylaması ile iş başına gelmeleri gerektiğini savunanlara karşın bu durumun, yargı organının siyasallaşması tehlikesini doğurabileceği söylenebilir. Yine anayasaya uygunluk denetiminin siyasal organlar tarafından yapılması da başarı olabilecek bir seçenek olarak görülmemektedir. Bu gibi bir durumda denetimi yapan organ ile denetime tabi organın aynı siyasi tabana yaslanması tehlikesi ile karşılaşılabilir.

Günümüzde Anayasaya uygunluk denetiminin tarafsız ve bağımsız yargı organları aracılığıyla gerçekleştirilmesi, yasama organının işlemlerinin etkili bir şekilde denetlenebilmesi noktasında en iyi yöntem olarak görülmektedir. Yargı organları tarafından yapılan denetim ise demokratik ilkelere uygunluk bakımından eleştirilere tabi tutulmaktadır. Kimi yazarlarca, yargı organlarının demokratik meşruluktan yoksun oldukları belirtilmekte ve yasama işlemlerinin geçersizliği sonucunu doğuran yargı kararlarının tamamı demokrasiye aykırı bir durum olarak

⁷⁷ Teziç (2021), s. 218.

⁷⁸ Çoğunlukçu demokrasi anlayışı bir diğer ifadeyle mutlak demokrasi anlayışına göre, çoğunluğun yönetme hakkı mutlak ve bu hak, azınlık hakları, kuvvetler ayrılığı, kanunların yargısal denetimi gibi kavram, kurum ve düşüncelerle sınırlandırılmamalıdır. Bu anlayışa karşılık çoğulcu demokrasi anlayışı, toplumun çoğunluk tarafından yönetileceği fikrini reddetmemekle birlikte azınlığın temel haklarını, çoğunluğun yönetiminin sınırı olarak belirlemektedir.

görülmektedir. Kimi yazarlar ise anayasanın çok daha geniş bir toplumsal uzlaşmayı temsil ettiğini ileri sürerek yasama işlemlerini geçersiz kılan tüm yargı kararlarının demokrasiyle bağdaştığını belirtmektedir.⁷⁹ Anayasa yargısının meşruiyeti noktasında ileri sürülen bu görüşlerden herhangi birisinin benimsenmesi ise yargısal aktivizm kavramına olan bakış açısını önemli ölçüde şekillendirecektir. Anayasa yargısının demokrasiye tamamen aykırı olduğu görüşünün benimsenmesi halinde yargı organlarınca alınan geçersizlik kararlarının tamamı, aktivist olarak değerlendirilecektir. Anayasa yargısının demokrasiyle tam olarak uyumlu olduğu görüşünün benimsenmesi ise yasama işlemlerini geçersiz kılan yargı kararlarının en azından bir bölümünün olağan yargısal sınırlar içerisinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.⁸⁰ Dolayısıyla anayasa yargısının meşruiyeti ile yargısal aktivizm arasında anlamlı bir ilişki bulunmaktadır.

Anayasa yargısının kimi zaman verilen kararların çoğunluğun iradesine açık bir biçimde aykırılık taşıması sebebiyle demokratik işleyişi etkisizleştirdiği söylenebilir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, anayasa yargısına getirilen demokratik meşruiyet itirazları tamamen isabetsiz değildir. Fakat anayasa yargısının çoğunluğun baskıcı eğilimleri karşısında bir fren mekanizması olduğunun ve bu yönüyle demokrasiye olan katkısının unutulmaması gerekmektedir.⁸¹ Demokrasi, yalnızca yöneticilerin seçimle belirlendiği, çoğunluğun iradesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Demokrasi aynı zamanda yönetilenlerin yönetenler üzerindeki etkin ve sürekli denetimini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemeleri de bu noktada demokratik anayasal düzenin güvenceleri olmaktadır. Bir demokraside çoğunluğun baskıcı eğilimlerinin frenlenmesi, gerçek bir ihtiyaçtır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik en büyük tehdit de çoğunluk desteğine sahip olan siyasal iktidarlardan gelmektedir.⁸² Yasama organı, faaliyetlerini kendi adına değil temsil ettiği halk adına yürütmektedir. Bundan dolayı halkın hem yasanın yürürlüğe girmesinden önce hem de uygulanması esnasında yasama organının kendi haklarına saygı gösterip göstermediğini denetleme gibi bir imkânının bulunması gerekmektedir. Yasama organı üzerinde bir denetimin söz konusu olması, yürütülen

⁷⁹ Korucu (2014), s. 5.

⁸⁰ Korucu (2014), s. 5.

⁸¹ Korucu (2014), s. 242.

⁸² Erdoğan (2017), s. 90.

faaliyetlerde erdemli davranılmasını gerektirecektir.⁸³ Üstelik bu denetimin kaynağını anayasadan alan bir yargı yetkisi olduğu düşünüldüğünde, meşruluk yönünden getirilen eleştiriler, önemli ölçüde anlamını yitirmektedir. Anayasa yargısı, yalnızca hukuki problemlerin çözüldüğü merci olarak değerlendirilmemelidir. Anayasa yargısı ve Anayasa Mahkemelerinin üyelerinin de tıpkı yasama ve yürütme organı gibi demokratik kaynaklarının bulunduğu ve meşruiyete sahip oldukları söylenebilir. Bu demokratik kaynağın yalnızca “sandıktan çıkan karar” şeklinde algılanmaması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi üyeleri, demokrasiye uygun bir biçimde oluşan devlet organları aracılığıyla göreve getirilmektedirler. Bu sayede anayasa yargıçıları meşruiyetlerini direkt olarak, “bütün devlet yetkilerinin kaynağı halktır” ilkesinden almaktadırlar.⁸⁴ Anayasa Mahkemelerinin faaliyetleri de geniş anlamda demokrasi kavramını destekleyecek, etkin kılacak niteliktedir. Bu bağlamda anayasa yargısının meşru kabul edilmemesi yönündeki bir yaklaşım, isabetli olmayacaktır.

Günümüzde anayasa yargısının meşruluğu, ilk ortaya çıktığı günden çok daha farklı bir şekilde algılanmakta olup anayasa yargısının meşruiyete sahip olmadığı yönündeki görüşler önemli ölçüde etkisini yitirmiştir. Artık anayasallık denetiminin yalnızca anayasanın üstünlüğünü sağlamanın tek hukuki yolu olmaktan çıktığı ve siyasal sistemlerin temelini oluşturan bir hak ve özgürlükler koruyucusu konumuna geldiği söylenebilir. Anayasa yargısının oluşumuna açıklık getiren en güçlü meşruluk kaynağı ise temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır.⁸⁵ Hakyemez’e göre Anayasa Mahkemelerinin de görevlerini yerine getirirken bu meşruiyet kaynağını dikkate almaları ve bununla çelişecek bir biçimde devlet ve otorite eksenli karar vermekten kaçınmaları gerekmektedir.⁸⁶ Bugün hemen hemen bütün anayasalarda temel hak ve özgürlüklere yer verilmiş durumdadır. Bu durum, temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi bulunan Anayasa Mahkemelerini de etkin bir konuma getirmiştir. Anayasa Mahkemelerinin temel hak ve özgürlükleri koruma noktasında sahip olduğu imkânlar ve bunların kullanılış biçimi, hukukla kavranan demokrasi hatta hukukla kavranan

⁸³ İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, İmge Kitabevi, 2007, s. 187.

⁸⁴ Karl Doebling, **Genel Devlet Kuramı**, İstanbul: İnkılap Yayınları, 2018, s. 237.

⁸⁵ Nihan Yancı Özalp, **Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018, s. 21.

⁸⁶ Hakyemez (2009), s. 16.

politika anlayışlarına giden yolu açmıştır.⁸⁷ Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin yasama ve yürütme organının işlemleri karşısında korunması, anayasa yargısının günümüzdeki en önemli meşruiyet temeli olarak kabul edilmelidir.

Anayasa yargısı sayesinde devletin demokratik ilkeleri ve kurumları korunabilmektedir. Bir siyasal rejimin daha az veya daha çok demokratik oluşu, o siyasal rejim içerisinde yer alan kurumların işlevlerini de farklılaştırmaktadır. Demokrasinin derecesine göre bir ülkede kurumların farklı roller üstlenebildikleri görülmektedir. Demokrasinin sınırlı yorumlandığı hallerde anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemelerin yalnızca hak ve özgürlükleri korumakla yetinmemesi aynı zamanda geliştirilmesi için de bir çaba sarf etmeleri gerekmektedir. Temel haklara sınırlı ve kuşkulu yaklaşan bir anayasa metni karşısında, anayasanın üstünlüğünü hukukun üstünlüğü anlamında değerlendirebilmek için yargının genişletici yorumuna ihtiyaç duyulmaktadır.⁸⁸ Anayasaya uygunluk denetimi, çoğunlukçu demokrasi ilkesi etrafında şekillenen siyasal kurumların olası taşkınlarının önüne geçebilecek en etkin mekanizma olarak değerlendirilebilir.⁸⁹ Anayasa yargısı, doktrinde kimi yazarlarca ifade edildiği gibi ulus egemenliğinin karşısında konumlanan bir kurum değildir. Anayasa Mahkemesi, yürüttüğü hukuki denetim faaliyetini, içerisinden çıktığı ulus adına gerçekleştirmektedir. Ulusal egemenlik, ancak gücün hukuki denetim sayesinde sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerin korunması ile gerçek değerine kavuşabilecektir. Anayasa Mahkemesinin temel görevleri olan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve gücün sınırlandırılması, ulusal egemenliği sağlayacak birer faaliyet olarak görülmelidir. Anayasa Mahkemesinin yürüttüğü bu faaliyetler göz ardı edilerek yalnızca “seçim” ve “sandık” gibi kavramlardan yola çıkılarak meşruiyet bakımından yüzeysel bir değerlendirme yapılması isabetli olmayacaktır. Siyasal sorumluluğun ancak belirli sürelerde yapılacak seçimlerde gündeme gelebileceği göz önünde bulundurulduğunda, halkın iradesinin yalnızca sandığa ve temsilcilerin ahlak ve vicdanlarına terk edilmesi de doğru bir yaklaşım değildir.⁹⁰ Bu bağlamda temsilcilerin iradesinin gerçekten halk iradesi olup olmadığının yine temsilciler

⁸⁷ Ozan Ergül, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s. 118.

⁸⁸ Yancı Özalp (2018), s. 43.

⁸⁹ Kaboğlu (2007), s. 190.

⁹⁰ Anayurt (2022), s. 771.

tarafından yetkilendirilmiş ve çerçevesi anayasada çizilmiş olan güçlerce denetlenmesinin demokratik teoriyle uyumlu olduğu söylenebilir.⁹¹

2.3.3. Anayasa Yargısının Diğer Yargılama Faaliyetlerinden Farkı

İktidarın çeşitli organlar arasında paylaştırılması ve bu organların hukuk yoluyla sınırlandırılmış olması, keyfiliğin önüne geçilmesi ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından önem taşımaktadır. Hukuk devleti ilkesini benimseyen çağdaş devletlerde, söz konusu ilkenin korunması ve bireyler için işlevsel bir hal alabilmesi için çeşitli kurum ve araçlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bağlamda ilk akla gelen kurum da yargı organı olmaktadır. Yargı organı içerisinde ise anayasa yargısı burada ön plana çıkmaktadır. Dar anlamda anayasa yargısı, yasaların anayasaya uygun olup olmadığının yargısal yolla denetlenmesini ifade etmektedir. Geniş anlamda anayasa yargısı ise yalnızca yasaların anayasaya uygunluğu ile sınırlı kalmamakta, her türlü yargısal nitelik taşıyan anayasa uygunluk denetimini ifade etmektedir. Türkiye’de anayasa yargısı genellikle dar anlamda kabul edilmesine karşın Anayasa Mahkemesinin yürüttüğü farklı faaliyetlerin bulunduğu, siyasi partiler hakkında kapatma kararı verme, siyasi partilerin mali denetimini gerçekleştirme ve yüce divan sıfatıyla karar verme gibi farklı görevlerinin bulunduğu ifade edilebilir. İlk dönemlerde sınırlı sayıdaki hukuk devletinde mevcut olan anayasa yargısı kurumu, bugün demokratik olarak nitelendirilen hemen hemen bütün devletlerde kendisine yer bulmuş durumdadır.

Anayasa yargısı, demokrasi anlayışını liberal demokrasi olarak nitelendiren ve insan haklarına önem verildiği ifade edilen ülkelerde varlığını sürdürmekte, liberal demokrasi ile insan hakkı kavramının içselleştirilerek benimsendiği ülkelerde ise etkin bir rol üstlenmektedir. Nitekim bu ülkelerde insan hakkının içselleştirilerek benimsenmesinde anayasa yargısının sahip olduğu önem de yadsınamaz niteliktedir. Anayasa yargısının özellikle değişen demokrasi anlayışı ile bağlantılı bir kavram olduğu söylenebilir. Demokrasinin çoğunluğun iradesi yerine, çoğunluğun saldırgan tutumlarına engel olan, azınlık haklarını koruyan ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan bir kavram olarak değerlendirilmesi ve bu demokrasi anlayışının

⁹¹ Anayurt (2022), s. 771.

benimsenmesi ancak anayasa yargısının etkin olduğu bir ÷lkede mümkündür. Anayasa yargısının, bu gibi kavramlarda başlayan değışimin bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilir. İdeal bir düzende temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmeyeceğı ve yasama organı tarafından yapılan işlemlerin de anayasaya aykırı olmayacağı söylenebilir. Bu durumda anayasa yargısına herhangi bir ihtiyaç duyulmayacağı da açıktır. İdeal bir devlet düzeninden uzaklaştıkça anayasa yargısına duyulan ihtiyaç da artmaktadır. Bu bağlamda anayasa yargısı, insan hakları ile birlikte liberal demokrasinin halen içselleştirilememiş olduğu ÷lkelerde, bu ilkelerin içselleştirildiğı ÷lkelere kıyasla çok daha büyük bir öneme sahiptir.

Anayasalar hem hukuksal hem de siyasal birer belgedir. Anayasaların siyasal yönü, devletin kuruluşu ile devlet organlarının görev ve yetkilerini düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Hukuksal yönü ise anayasaların normlar hiyerarşisi bağlamından en üst hukuki norm olmalarından doğmaktadır. Anayasalar sayesinde iktidar oluşturulmuş, yetkilendirilmiş ve bölünmüştür. Ayrıca yine anayasalar sayesinde temel hak ve özgürlüklere güvence sağlanmıştır.⁹² Hukuki ve siyasi bir yöne sahip olan anayasal normlar esas alınarak gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi faaliyeti ile yasama ve yürütme faaliyetleri kapsamında siyasal güce sahip organların yaptıkları işlemler yaptırımı tabi tutulabilmekte bu da yargısal aktivizme müsait bir zemin teşkil etmektedir.⁹³ Bu durum Anayasa Mahkemelerinin klasik bir yargı organı mı, siyasi bir organ mı, yoksa siyasi yönü de mevcut olan kendine özgü özellikleri olan bir yargı organı mı olduğı sorusunun cevaplandırılmasını gerektirmektedir.⁹⁴

Anayasa Mahkemelerinin vermiş oldukları kararların içerdiği ve doğurduğu sonuçlar itibariyle diğer yargı mercilerinden oldukça farklı bir fonksiyona sahip oldukları ifade edilebilir. Bu durum özellikle Anayasa Mahkemesinin kararlarının siyasal nitelikteki etki ve sonuçları bakımından kendisini göstermektedir.⁹⁵ Anayasa Mahkemelerinin her ne kadar kuruluş ve işleyiş olarak bir yargı organı olsa da verdikleri kararların sonuçlarının diğer klasik yargı organlarının işlevinin çok ötesine geçebilmeleri, kimi kararlarla siyaseti değıştirecek ölçüde etkili olabilmeleri,

⁹² Ergöl (2007), s. 74.

⁹³ Küçük (2017), s. 81.

⁹⁴ Küçük (2017), s. 81.

⁹⁵ Küçük (2017), s. 44-45.

mahkemeleri çok daha önemli hale getirmektedir.⁹⁶ Doebling'e göre, bir anayasa yargısına sadece hukuksal sorunların çözümünü bırakmak mümkün değildir. Bu mahkemenin yargıçları siyasal nitelikli bir karar almak zorunda kalırsa o an için 'dar anlamı ile bir mahkeme değil, siyasal bir devlet organı oluştururlar.⁹⁷ Hakyemez'e göre de; "bir yargı organı olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi kararlarının, niteliği gereği siyasal boyutu da mevcuttur."⁹⁸

Anayasa Mahkemesinin diğer yargılama faaliyetlerinden ayıran önemli bir husus da "yorum" kavramına ilişkindir. Günümüzde, anayasa yargısı dışında kalan adli yargı ve idari yargı gibi yargı kollarında da mahkemelerin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak adına hukuk kurallarını yorumladıklarını, somut olaya uygulanabilir duruma getirmek için bir tür somutlaştırma işlemi yaptıkları görülmektedir. Ancak bu mahkemelerin yaptıkları yorumlar ve verdikleri kararlar, yargısal aktivizm bağlamında değerlendirilmemekte, bu konuda bir eleştiri getirilmemektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin yorumu ile diğer mahkemelerin yorumu arasında bir farkın bulunduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi dışında kalan mahkemelerin yorum yaparak kanun değiştirme konusunda sahip oldukları güç ve imkân, Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu imkân karşısında oldukça sınırlıdır. Bu durum ilkesel anlamda olduğu kadar uygulama açısından da geçerlidir.⁹⁹ Anayasa mahkemeleri, yaptıkları yorum neticesinde halkın iradesinin birer yansıması olarak görülen yasaları etkisiz hale getirebilmekte ve böylece hukuk sisteminde önemli değişikliklere imza atabilmektedirler.¹⁰⁰ Böylece, anayasaya uygunluk denetiminin siyasal alanda pek çok sonuç doğurduğu söylenebilir.¹⁰¹

Anayasa yargısı ile diğer yargılama kolları arasındaki önemli bir farklılık da yorumlanan metne ilişkindir. Anayasa Mahkemeleri tarafından, normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan anayasalar yorumlanmaktadır. Bu sebeple yorum neticesinde

⁹⁶ Doebling (2018), s. 236.

⁹⁷ Doebling (2018), s. 237.

⁹⁸ Hakyemez (2009), s. 45-46.

⁹⁹ Aziz Yiğit, **Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloğu ve Yargısal Aktivizm**, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013, s. 51.

¹⁰⁰ Yiğit (2013), s. 51.

¹⁰¹ Doebling'e göre de; "Tek bir olayı hukuku kullanarak çözen bir mahkeme de hukuk yaratır ama bunun siyasal bir yönü yoktur; fakat anayasa mahkemesi verdiği kararlar hukuk yaratır ve bu karar siyasal bir nitelikte olabilir." Doebling (2018), s. 233-234.

ortaya çıkan kararların bütün bireyleri ve hukuk sistemi içerisinde yer alan bütün düzenlemeleri etkilediği söylenebilir.¹⁰² Ayrıca anayasa yargısında yorumlanan anayasa metninin diğer pozitif hukuk düzenlemelerine göre çok daha soyut ve geniş düzenlemeler oldukları görülmektedir. Bu durum ise Anayasa Mahkemesi yargıçlarının yaptıkları yorum neticesinde diğer yargıçlara göre daha fazla yasa koyucu nitelikte olmalarına yol açmaktadır. Anayasa Mahkemesi yargıçları, anayasada yer alan genel ve soyut niteliğe haiz kurallardan ve ilkesel birtakım düzenlemelerden yola çıkarak söz konusu hükümleri kendi değer yargıları çerçevesinde anlamlandırabilme olanağına sahiptirler. Bunun sonucunda Anayasa Mahkemesi yargıçlarının kendi yorumlarıyla somutlaştırdıkları anayasaya aykırı gördükleri kanunları iptal edebilmeleri mümkündür.¹⁰³ Anayasa Mahkemesinin belirtilen özel durumu, diğer yargı organlarına göre çok daha ayrıcalıklı bir konuma sahip olmasına yol açmanın yanında bireysel özgürlükler bakımından önemli bir tehlikeyi de içerisinde barındırmaktadır.¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesinin yorum faaliyetinin özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, yargısal aktivizm tartışmalarının daha iyi anlaşılabilmesi için “yorum” kavramı üzerinde durulması gerekmektedir.

2.3.4. Anayasa Mahkemesinin Yorum Yetkisi ve Yorum Yöntemleri

Türkçe sözlükte “bir yazının veya bir sözün, anlaşılması güç yönlerini açıklayarak aydınlığa kavuşturma”¹⁰⁵, olarak tanımlanan yorum kavramı, hukukta, bir belgenin açıklanması ve belirlenmesini ifade etmektedir. Doktrinde yorum kavramı farklı yazarlarca farklı şekillerde tanımlanmıştır.¹⁰⁶ Yorum kavramının bir hukuk metnini hukuk ve dilbilim yönünden incelenmesi, anlamlandırılması anlamına geldiği söylenebilir.¹⁰⁷ Herhangi bir hukuk kuralını somut olaya uygulamak isteyen bir

¹⁰² Mehmet Tefik Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 240.

¹⁰³ Yiğit (2013), s. 52.

¹⁰⁴ Nitekim Gözler de bu durumun sakıncalarını şu sözlerle ortaya koymuştur. “(...) anayasa, anayasa mahkemesinin yorumları sonucu belirsiz bir şey haline gelmektedir. Böyle bir sistemde anayasanın ne olduğunu, belirli bir konuda anayasanın ne dediğini kimse bilmemektedir”. Çünkü anayasanın ne dediği sorusunun cevabı sadece ve sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin kafasının içinde saklıdır.” Gözler (2006), s. 161.

¹⁰⁵ Bkz: sozluk.gov.tr. E.T: 11/08/2023

¹⁰⁶ Türk hukuk doktrininin yorum anlayışını resmetmeyi ve bu resmi, argümantasyon teorisyenlerinin görüşleri açısından değerlendirmeyi amaçlayan bir çalışma için Bkz: Ertuğrul Uzun, **Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi**, HFSA 25. Kitap, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V, İstanbul, 13-17 Eylül 2010 bildirileri, s. 72-96.

¹⁰⁷ Yancı Özalp (2018), s. 103.

yargıcın ilk olarak söz konusu kuralı anlamlandırması gerekmektedir. Bu anlamlandırma ise ancak yapılacak yorum ile mümkündür. Bu yönüyle yorum için yargıcın temel faaliyeti nitelendirmesinin yapılabilmesi mümkündür.¹⁰⁸ En sade şekilde kaleme alınmış bir metinde dahi yoruma açık bir yön bulunmaktadır.¹⁰⁹ Nitekim Gözler'e göre "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 denmektedir."¹¹⁰

Günümüzde bir hukuk normunun uygulanmasının, onun yorumlanmasından ayrı bir şekilde düşünülebilmesi mümkün olmamaktadır.¹¹¹ Bu nedenle Müller, norm metninin yorumu yerine normun somutlaştırılmasını önermektedir. Müller'e göre bir hukuk normu yalnızca birden fazla anlama sahip olduğu ya da açık bir şekilde düzenlenmediği için değil bir olaya uygulanmak zorunda olduğu için yorumlanmaya muhtaçtır. Hukuk normunun ve bu normla düzenlenmesi gereken hukuksal olayın birbirinden ayrı değerlendirilebilmesi mümkün değildir.¹¹² Yorumun yargısal denetimin doğal bir uzantısı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda her karar aynı zamanda bir yorum ögesini de içerisinde barındırmaktadır.¹¹³ Ancak burada yorum faaliyetinde gizli kalmış tek bir anlama ulaşma çabasının bulunmadığı, farklı ve yarışan anlamlar değerlendirilerek bunlardan birisinin tercih edildiği ifade edilebilir.¹¹⁴

¹⁰⁸ Semih Batur Kaya, **Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2011, s. 66.

¹⁰⁹ Troper, yorumlamanın, anlamının açık olduğu söylenen metinleri de kapsayacak şekilde, bütün metinler için gerekli bir işlem olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: "Bu konuda baskın olan öğretinin aksine; yorumlamanın anlamının sadece kapalı metinlerin uygulanmasıyla olmadığı noktasının altının çizilmesi gerekir. Yorumlanmaktan kurtulmuş olan açık bir metin mevcut değildir." Yiğit (2013), s. 45.

¹¹⁰ Kemal Gözler, **Yorum İlkeleri**, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.9.2012 <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf> E.T: 14/08/2023, s. 17.

¹¹¹ Örneğin, "Dworkin'e göre, hukukun uygulanması, genel olarak yorumla ilgili bir çalışmadır." Sururi Aktaş, **Hukukta Yorum Çabaları**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 2011, s. 2.

¹¹² Yancı Özalp (2018), s. 103.

¹¹³ Gedik (2022), s. 16.

¹¹⁴ Oder'e göre hukuk kurallarının yorumuna ihtiyaç duyulmasının en temel nedenleri şunlardır: "- Hukuk normlarındaki sözcüklerin anlamlarının ilgili normda çoğu kez tanımlanmamış olması. - Aynı normda aynı sözcüğün farklı anlamlarda kullanılması. - Aynı sözcüğün farklı normlarda farklı anlamlarda kullanılması ve olaya her iki normunda uygulanma olasılığı. - Sözcüklerin anlamlarının zaman içinde değişmesi. - Normun koruduğu hukuksal değer değişim göstermesi. - Normun yapılış nedenindeki etkenlerin zaman içinde değişmesi ya da ortadan kalkması." Bertil Emrah Oder, **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınevi, 2010, s. 5.

Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama organı için bağlayıcı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda yasama organının bir kuralı anlamlandırma şekli ile Anayasa Mahkemesinin anlamlandırma şekli arasında bir çelişkinin yer alması halinde Anayasa Mahkemesinin yorumu ile ulaşılan sonuç geçerli kabul edilecektir.¹¹⁵ Burada Anayasa Mahkemesinin daha etkili bir yorumlama ayrıcalığına sahip olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla kamu iktidarını kullanan yasama organı, bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesinin yorumladığı anayasa ile bağlı olmaktadır.¹¹⁶ Anayasa normlarının genel olarak doğrudan uygulanabilir nitelikte olmamaları, soyut birtakım düzenlemeleri içermeleri, diğer normlara göre yorumu çok daha önemli hale getirmektedir. Bu durumun aynı zamanda bir zorluğu da işaret ettiği söylenebilir.¹¹⁷ Anayasa yargısının hukuk ve siyasetin kesiştiği bir noktada görev yapması, verilen kararların siyasal alanda önemli sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda anayasa yargısı için “siyasal yargı” ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir.¹¹⁸ Ancak Anayasa Mahkemelerinin yasama ve yürütme organları gibi siyasal alanın merkezinde konumlanan ve siyasal birtakım endişelere sahip birer organ olmadıkları söylenebilir.¹¹⁹ Anayasa yargıçlarının hak ve özgürlükleri koruma işlevleri göz önünde bulundurulduğunda, diğer yargıçlara kıyasla çok daha önemli bir hukuk yaratıcılığı rolü üstlendikleri ifade edilebilir.¹²⁰ Hakyemez de buna paralel bir biçimde Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendilerini, anayasanın ilke ve kurallarını yorumlarken mümkün olan yorumlar arasında bir tercihte bulunmaya zorlayan bir “inşa” sürecine sokarak karar verdiklerini belirtmiştir.¹²¹ Bu bağlamda anayasa yargısında yorumun ve yorum yöntemlerinin büyük bir önem taşıdığı söylenebilir. Anayasal kuralın anlamının kesin olmayışı ve dilin belirsizliği, yorumcunun takdirini de beraberinde getirmektedir.¹²² Hakyemez’e göre anayasa yargıcı, yorum esnasında önyargı ve ideolojisini bir kenara bırakmalı ve kuralın yorumlanması neticesinde ortaya çıkan değişik anlamlardan en uygun anlamı seçmelidir.¹²³ Farber ve Sherry’e göre ise

¹¹⁵ Hakyemez (2009), s. 24

¹¹⁶ Hakyemez (2009), s. 24.

¹¹⁷ Yancı Özalp (2018), s. 105.

¹¹⁸ Yancı Özalp (2018), s. 102.

¹¹⁹ Hakyemez (2009), s. 26.

¹²⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s.245.

¹²¹ Hakyemez (2009), s. 25.

¹²² Yancı Özalp (2018), s. 103.

¹²³ Hakyemez (2009), s. 26.

çoğunluk kuralı ve azınlık hakları arasındaki dengeyi sağlamak, çoğunluk kuralı ve azınlık tiranlığı arasındaki çizginin nerede çizileceğini saptamak, özgürlük ile eşitlik, siyasal iktidarın gücü ile hesap verilebilirlik arasındaki en uygun dengeyi korumak, yargıcın yorumdaki maharetine bağlıdır.¹²⁴

Anayasal yorum yetkisinin oldukça dikkatli bir biçimde kullanılması gerektiği söylenebilir. Yargıcın yorum yetkisini gereği gibi kullanmaması sonucunda aktivizm ve kendini sınırlama odaklı eleştiriler gündeme gelebileceği gibi Anayasa Mahkemesinin kararları ve Mahkemenin bizatihi kendisi meşruluğu tartışılır bir öge haline gelmektedir.¹²⁵ Dolayısıyla anayasa yargıcının anayasaya uygunluk denetiminde uygulayacağı anayasal yorum metodolojisi, denetimin meşruluğunu doğrudan etkileyici bir role sahiptir.¹²⁶ Sağlam’a göre anayasal yorum neticesinde keyfiliğin önüne geçilebilmesi, birbirleriyle bağlantılı olan ve bir bütünlük içerisinde uygulanması gereken klasik yorum yöntemleriyle sağlanabilecektir.¹²⁷ Yorum metotlarını; normun yazılış biçimine göre yorum (lafzi yorum), içinde yer aldığı bütüne göre yorum (sistemik yorum), hazırlık çalışmalarına göre yorum (tarihi yorum), amacına göre yorum (teleolojik yorum) olarak sıralayan Çağlar’a göre de bu metotlar, biri diğerini reddetmek yerine, karşılıklı olarak birbirlerini tamamlayan metotlardır.¹²⁸ Ancak anayasa normlarının farklı yapısı itibarıyla belirtilen klasik yorum yöntemleri dışında özel birtakım yorum ilke ve araçlarına da gereksinim

¹²⁴ Daniel Farber & Suzanna Sherry, **Judgment Calls**, Oxford University Press, 2009, s. 23. Akt: Yancı Özalp (2018), s. 103.

¹²⁵ Yancı Özalp (2018), s. 104.

¹²⁶ Gülsoy (2007), s. 209.

¹²⁷ Fazıl Sağlam, **2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Üzerine Sürdürülen Yorum Tartışmalarının Hukuksal Analizi**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aydın Aybay’a Armağan, 6(2), 2007, s. 229.

¹²⁸ Bakır Çağlar, **Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 5, 1984, s. 187. “Söz konusu bu geleneksel yorum kuralları, bağımsız yöntemler olarak ayrıştırılmaz. Bu kurallar somutlaştırma sürecinde yalnızca birbirlerini destekler ve tamamlar biçimde ortaya çıkmaz, daha başlangıçta nesnel olarak iç içe geçmiş durumdadır. Ayrıca, analogia (kıyas), argumentum a fortiori (evleviyet, öncelik), argumentum a contrario (aksi ile kanıt), argumentum ad absurdum (saçmalık argümanı), argumentum a completudine (bütünlük argümanı), argumentum a cohaerentia (tutarlılık argümanı) gibi yorumda kullanılan mantık kuralları da birbirinin içine geçmiş sözel, tarihsel, sistemik ve teleolojik yorum yöntemlerinin kapsamı içindedir.” Şerife Ilgın Yıldızturan, **Anayasa Mahkemesi’nin Yorumlu Ret Kararları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 18.

duyulmaktadır.¹²⁹ Söz konusu yorum ilkelerinin ve anayasa yargısına özel yorum ilkelerinin üzerinde durulması gerekmektedir.

2.3.4.1. Lafzi yorum

Kanun koyucunun bir hukuk metni ile ne söylemek istediğini anlamak için öncelikle o hukuk metninin lafzına bakılması gerekmektedir. Kanunun lafzına bakılarak anlamının saptanmaya çalışıldığı bu yorum yönteminin yorumun ilk ve aynı zamanda en temel aşaması olduğu söylenebilir.¹³⁰ Bu bağlamda her kanun yorumunda bir şekilde lafzi yorumun etkili olduğu görülmektedir. Lafzi yorumda kanun maddesinde yer alan kelimelerin ne anlama geldiğine, cümle içerisindeki konumuna ve noktalama işaretlerine bakılmakta böylece kanunun anlamının ne olduğu belirlenmeye çalışılmaktadır.¹³¹ Gözler'e göre lafzi yorum yönteminde sözcüklerin sözlük anlamı, dilbilgisi kuralları hatta kimi zaman virgül gibi noktalama işaretlerinin yeri bile önem ifade etmektedir.¹³² Oder'e göre de lafzi yorumun iki unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlardan ilki sözcüklerin sahip olduğu anlamlara odaklanırken diğer unsurun odak noktası noktalama işaretlerini de kapsayan gramatik yapıdır.¹³³ Bu bağlamda lafzi yorum yönteminin hukuk meninin anlamını, dil kullanımı ve gramatik kurallar ışığında tespit etme faaliyeti şeklinde tanımlanabilmesi mümkündür.¹³⁴

Lafzi yorum yönteminde, yazılı metin aracılığıyla metin yazarının gerçek iradesinin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Nitekim Honig'e göre de lafzi yorum, metin yazarının düşüncelerini anlamayı ve açıklamayı hedefleyen bir yöntemdir.¹³⁵ Bir kanun maddesinin ne anlama geldiğinin belirlenebilmesi için öncelikle o metinde yer alan kelimelere bakılması gerekmektedir. Dolayısıyla lafzi yorum yönteminin kaçınılmaz bir yöntem olduğu, diğer yorum yöntemlerinde de belirli ölçüde lafzi yorumun bulunduğu ifade edilebilir. Lafzi yorum yöntemini diğer yorum yöntemlerinden farklılaştıran husus ise “kanunun sözlerinden hareketle yorum yapması değil, kanunun sözleri ile bağlı kalınması ve onun dışına çıkılmamasını

¹²⁹ Yancı Özalp (2018), s. 106.

¹³⁰ Mithat Sancar, **Temel Hakların Yorumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1995, s. 44.

¹³¹ Oder (2010), s. 33.

¹³² Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014, s. 265.

¹³³ Oder (2010), s. 34.

¹³⁴ Yüksel Metin, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım, 2008, s. 5.

¹³⁵ Richard Honig, **Hukuk Başlangıcı ve Tarihi**, İkinci Basım, Burhaneddin Matbaası, 1935, s. 222
Akt: Gedik (2022), s. 33.

istemesi noktasında toplanmaktadır.”¹³⁶ Bununla beraber bir kanunun yayımlanmak için pek çok farklı aşamadan geçtiği hususu göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca lafzi yorum yöntemine başvurulmasının, kanun koyucunun düşüncelerinin ve amacının saptanmasında yeterli bir ölçüt olarak değerlendirilemeyeceği söylenebilir. Bu bağlamda, bir hukuk metninin yorumlanmasında sözcüklerin tek başlarına sahip oldukları anlamların yanında diğer normlarla olan bağlantılarının da araştırılması gerekmektedir.¹³⁷ Böylece Oder’in de belirttiği üzere lafzi yorum yönteminden diğer yorum yöntemlerine doğru ilerleyen bir “yorum döngüsünden” söz edilebilir.¹³⁸ Oder’in bu yorum döngüsü benzetmesinden yola çıkılarak klasik yorum yöntemlerinin birbirleriyle bağlantılı olduğunu ifade etmek mümkündür.

Lafzi yoruma temel olarak iki noktada eleştiri getirilmektedir. İlk olarak lafzi yorumda kanun koyucunun gerçek amacının ne olduğunun araştırılmadığı söylenebilir.¹³⁹ Bu yorum yönteminde, metnin kanun koyucunun iradesini tam olarak yansıttığı, bunun için en uygun kelimelerin seçildiği kabul edilmektedir. Lafzi yoruma getirilen bir başka eleştiri ise sözcüklerin anlamlarının zaman içerisinde değişiklik gösterebilme ihtimalidir. Yine lafzi yorumda önem taşıyan imla kuralları da zaman içerisinde değişebilmektedir.¹⁴⁰ Bu gibi ihtimaller göz ardı edilerek lafzi yorumun sıkı sıkıya benimsenmesi, isabetsiz birtakım sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Dolayısıyla bazı kuralların anlamına salt lafzi yorum yöntemine başvurularak ulaşılamayacağı söylenebilir.¹⁴¹ Bu noktada, diğer klasik yorum yöntemlerine ihtiyaç duyulmaktadır.

2.3.4.2. Sistematik yorum

Bir hukuki metnin yalnızca lafzi anlamına bağlı kalınması, kimi zaman yanlış birtakım sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle hukuki düzenlemenin ne anlama geldiğinin doğru bir biçimde saptanabilmesi için diğer hukuki düzenlemelere de bakılması gerekmektedir. “Kanunun bir maddesinin anlamının, kanunun içinde

¹³⁶ Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023, s. 166.

¹³⁷ Oder (2010), s. 36.

¹³⁸ Oder (2010), s. 36.

¹³⁹ Aktaş (2011), s. 8.

¹⁴⁰ Gözler (2014), s. 267.

¹⁴¹ Yancı Özalp (2018), s. 108.

bulunduğu bölüme, diğer maddeler ve kanunlar karşısındaki durumuna, kanunun sistematigine, kanunun planı içindeki konumuna bakılarak tespit etme faaliyeti, sistematik yorum anlamına gelmektedir.”¹⁴² Buna göre sistematik yorum yönteminde, kanun maddesinin kanunda hangi bölümde yer aldığı ve kanunun kenar başlıklarının önemli bir yerinin bulunduğu söylenebilir.¹⁴³

Sistematik yorumda kanun maddelerinin tek tek ele alınarak yorum yapılmadığı, tüm maddelerin yorum için bir bütün olarak değerlendirildiği görülmektedir. Sistematik yorumun temelinde yer alan düşünce, hukuk sisteminde her normun birbiriyle ilişkili olduğu ve bir bütünü oluşturan birer parça olmasıdır. Tutarlı bir bütünü oluşturan bu normların hepsi bir arada değerlendirilerek bir normun anlamının tespiti yoluna gidilmelidir.¹⁴⁴ Sistematik yorumun benimsediği hukuk anlayışında hukuk kurallarının üst üste konulan birer yığın değil birbirleriyle ilişkili, hukuk düzenini oluşturan düzenli bir yapı olduğu söylenebilir.¹⁴⁵ Bu gerekçe açısından hukuk normlarını sistematik bir yapı haline getiren birlik, bütünlük ve tutarlılık ilkeleridir.¹⁴⁶ Sistematik yorumda yorumlanacak hükmün parçası olduğu kanun veya anayasa bir bütün olarak algılanmaktadır. Sistematik yorum, normun düzenlendiği fıkranın diğer fıkralarla birlikte maddenin bütünlüğü çerçevesinde yorumlanmasından başlayarak bir maddenin aynı metin içinde yer alan başka bir veya birkaç madde ile yorumlanması ve en ileri boyutta da anayasanın bütünlüğü çerçevesinde anayasanın getirdiği temel sistem ve ilkelere uygun olarak yorumlanmasını kapsamaktadır.¹⁴⁷

Sistematik yorumun tanımı konusunda yer alan farklı görüşler, konunun dar ve geniş anlamda değerlendirilebilmesini gerekli kılmaktadır. Sistematik yorum dar anlamda ve geniş anlamda sistematik yorum şeklinde iki başlık altında değerlendirilebilir. Dar anlamda sistematik yorum, bir hukuk normunun, ait olduğu hukuk sistemindeki diğer kurallarla tutarlı olabilecek bir şekilde yorumlanması

¹⁴² Ertuğrul Uzun, **Akıl Tutkunu Hukuk**, XII Levha Yayınları, 2010, s. 190-191.

¹⁴³ Gözler (2014), s. 269.

¹⁴⁴ Aktaş (2011), s. 23.

¹⁴⁵ Yasemin Işıktaç & Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, 2023, s. 198.

¹⁴⁶ Savigny, hukuk sisteminin tutarlı bütünlüğünü şu sözlerle izah etmektedir: “Sistematik eleman, bütün kurumların ve bütün hukuk kurallarının büyük bir bütüne bağlandıkları doğal bağla ilgilidir. Bu bağlantı, tarihsel eleman gibi, aynı şekilde yasa koyucunun nazarında da vardır. Biz, bu yazılı hukukun, hangi bağlarla hukuk sistemine bağlı olduğunu ve pratik olarak hukuk sistemine nasıl girdiğini kendimiz için açıklığa kavuşturduğumuz zaman, ancak yasa koyucunun düşüncesini tamamen anlayabiliriz.” Akt: Aktaş (2011), s. 23.

¹⁴⁷ Yancı Özalp (2018), s. 109.

anlamına gelmektedir. Sistematik yorumun dar anlamı, aynı zamanda normlar hiyerarşisi düşüncesi ile de paralellik göstermektedir.¹⁴⁸ Geniş anlamda sistematik yorum ise bir hukuk normunun, ait olduğu hukuk sistemine hâkim olan genel felsefeyle uyumlu olabilecek bir biçimde yorumlanması olarak ifade edilebilir. Buradaki genel felsefe ise ancak anayasanın bütünü okunarak anlaşılacak bir husustur.¹⁴⁹ Yorum için önem taşıyan kimi kavramlar anayasada kendisine yer bulmakla birlikte bu kavramların tanımlarına hukuk sisteminde rastlanılamaması halinde ise evrensel hukuk biliminden faydalanılması gerekmektedir.¹⁵⁰ Özetle geniş anlamda sistematik yorumda, dar anlamda sistematik yorumda farklı olarak “değerlerin” etkili olduğu hukuk sisteminin temelini oluşturan felsefeye başvurulacağı söylenebilir.

2.3.4.3. Tarihsel yorum

Tarihsel yorum yönteminde ilk olarak kanunun yapıldığı esnada kanun koyucunun iradesinin ne olduğu tespit edilmeye çalışılmaktadır. Doktrinde tarihsel yorum için “sübjektif amaca göre yorum” kavramı da kullanılmaktadır.¹⁵¹ Tarihsel yorum yöntemiyle temel olarak kanun koyucunun gerçek iradesini keşfetmek amaçlanmaktadır.¹⁵² Bu amaç doğrultusunda kanunun yapıldığı esnadaki tarihsel dokümanlardan yararlanılmaktadır. Dolayısıyla kanun metni ile ilgili yapılan hazırlık çalışmalardan, meclis görüşme tutanaklarından ve kanun gerekçelerinden faydalandığı söylenebilir.¹⁵³ Fakat tarihsel yorum için sadece belgelerin dikkate alınması gerektiği, kanunun ortaya çıktığı dönemdeki ve yayımının ardından yapılan açıklamaların kullanılmaması gerektiği söylenebilir.¹⁵⁴

Tarihsel yorum yöntemi, kanun koyucunun düzenleme yapmaktaki amacının ne olduğunun açık bir biçimde anlaşılabilirdiği hallerde oldukça faydalı sonuçlar verebilecek niteliktedir. Söz konusu yorum yönteminde, kanun metninin uygulandığı zamandaki anlamı yerine kanun koyucu tarafından oluşturulduğu dönemdeki anlamına

¹⁴⁸ Aktaş (2011), s. 26.

¹⁴⁹ Aktaş (2011), s. 26.

¹⁵⁰ Aktaş (2011), s. 26.

¹⁵¹ Kemal Oğuzman & Nami Barlas, **Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)**, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 68.

¹⁵² Oğuzman & Barlas (2014), s. 68.

¹⁵³ Gözler (2023), s. 167-168.

¹⁵⁴ Metin (2008), s. 20.

odaklanılmakta, kanun koyucunun normu koyduğu dönemdeki “muhtemel iradesi”, bir diğer ifadeyle subjektif iradesi araştırılmaktadır.¹⁵⁵ Bu bağlamda tarihsel yorum yönteminde yargı organın kararının meşruluğunun yalnızca kanun koyucunun iradesine dayandırıldığı ifade edilebilir.¹⁵⁶

Tarihsel yorum yöntemine yönelik başlıca getirilen eleştiri, kanun koyucunun gerçek iradesinin tespitindeki güçlülüdür.¹⁵⁷ Bu eleştiriden yola çıkılarak tarihsel yorum yönteminin yeni tarihli yasalar için nispeten daha geçerli sonuçlar elde edilmesini sağlayacağı, eski tarihli yasaların yorumlanmasında ise uygun bir araç olmadığı ifade edilebilir. Yasaların yapıldığı esnadaki toplumsal gereksinimler ile uygulandığı dönemdeki gereksinimler zamanla değişiklik gösterebilmektedir. Bu sebeple kanun koyucunun iradesini açıkladığı dönemdeki gereksinimlerden yola çıkılarak kanun hükmünün yorumlanması uygun sonuçlar doğurmayabilecektir. Buna en olarak ilan edilen kanun metni bir kenara bırakılarak kanun koyucunun açık bir şekilde ilan edilmemiş iradesinin esas alınması da hukuk güvenliği açısından tehlikeli birtakım sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.¹⁵⁸ Ayrıca doktrinde tarihsel yorum yönteminin hukuk metinlerinin geçmişin dar kalıplarına sıkıştırılmasına yol açtığı ifade edilmekte, toplumun dinamik yapısına uygun olmadığı belirtilmektedir.¹⁵⁹ Bu sebeple tarihsel yorum yönteminin, diğer yorum yöntemlerinin “onaylanması ve tamamlanması” noktasında yardımcı bir yorum yöntemi olarak faydalı olabileceği söylenebilir.¹⁶⁰

2.3.4.4. Amaçsal yorum

Amaçsal yorum yöntemi, doktrinde teolojik yorum olarak da ifade edilen bir yorum yöntemidir.¹⁶¹ Türk hukuk sistemi içerisinde de gerek Türk Medeni Kanununda ve gerekse Anayasada amaçsal yorum dile getirilmiştir.¹⁶² Amaçsal yorumda hukuk kuralının amacı ve egemen olan düşünce araştırılmaktadır.¹⁶³ Bu yorum yönteminde

¹⁵⁵ Gözler (2023), s. 168.

¹⁵⁶ Frank Michelman, **Law's Republic**, The Yale Law Journal, 97(8), 1988, s. 1496. Akt: Gedik (2022), s. 36.

¹⁵⁷ Oğuzman & Barlas (2014), s. 68.

¹⁵⁸ Oğuzman & Barlas (2014), s. 68.

¹⁵⁹ Emin Memiş, **Anayasaya Uygun Yorum**, Filiz Kitabevi, 2007, s. 10.

¹⁶⁰ Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, s. 32.

¹⁶¹ Teolojik yorum kavramsallaştırmasına örnek için, Bkz: Yancı Özalp (2018), s. 111.

¹⁶² Türk Medeni Kanunu'nun 1'inci maddesinde kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanacağı ve Anayasanın 13'üncü maddesinde de temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların, Anayasanın “sözüne ve ruhuna” aykırı olamayacağı belirtilmektedir.

¹⁶³ Gören (2020), s. 32.

temel olarak hukuk kurallarının uygulandığı zamanın gereklerine uygun bir biçimde yorumlanması gerektiği düşüncesi yer almaktadır.¹⁶⁴ Bir normun yürürlüğe girmesinin ardından onu hazırlayan kişi ve grupların görüşlerinden ve düşüncelerinden ayrılarak bağımsız bir nitelik kazandığı söylenebilir.¹⁶⁵ Bu bağlamda bağımsız nitelikteki bu hukuk kuralının uygulandığı zamanın gereklerine uygun bir şekilde yorumlanması gerektiği, amaçsal yorum yönteminin savunduğu nokta olmaktadır.

Kanun koyucu tarafından bir düzenleme yapılırken bir amaca ulaşma düşüncesinin etkili olduğu söylenebilir.¹⁶⁶ Bir kuralın amacı araştırılırken o kuralın uygulanacağı toplumun özellikleri, yapısı, değer yargıları, somut olayın özelliği ve gerekçeler göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır.¹⁶⁷ Bu nedenle hukuki metnin ve bu metnin ortaya çıkmasını sağlayan hazırlık malzemelerinin yorumlamada faydalı unsurlar oldukları söylenebilir.¹⁶⁸ Ancak yalnızca bu belirtilenlerle yorum yapılması, hukuki düzenlemenin amacının belirlenmesi için yeterli olmayabilmektedir. Hukukun yaşayan bir düzen olması ve her dönemin ihtiyaçlarına cevap vermek zorunda olması, içerisinde bulunan koşulların göz ardı edilmemesini gerektirmektedir. Bu bağlamda yasanın amacının yorumda faydalanılması gereken bir husus olduğu ifade edilebilir.¹⁶⁹

Amaçsal yorum konusunda temel olarak iki farklı yaklaşımın bulunduğu ifade edilebilir. Bu yaklaşımlar, “öznel amaçsal yorum” ve “nesnel amaçsal yorum” olarak sıralanabilir.¹⁷⁰ Öznel amaçsal yorumda hukuk kuralının amacının tespitinde önem taşıyan husus kanun koyucunun iradesi olmaktadır. Bu yönüyle tarihsel yorum yöntemiyle bir benzerliğin bulunduğu ifade edilebilir. Kanun koyucunun somut düzenleme ile ilgili düşünceleri araştırılmakta bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır. Nesnel amaçsal yorumda ise normun amacının belirlenmesinde, öznel amaçsal yorumdan farklı olarak normun içerisinde bulunduğu hukuk düzeni ve toplumsal

¹⁶⁴ Metin (2008), s. 24.

¹⁶⁵ Metin (2008), s. 24.

¹⁶⁶ Sancar (1995), s. 49.

¹⁶⁷ Asım Kaya, **Amaçsal Yorum**, Ankara Barosu Dergisi, 4, 2014, s. 368.

¹⁶⁸ Kanun metni ile ilgili hazırlık çalışmaları, kanun gerekçeleri ve meclis görüşme tutanakları bu hazırlık malzemelerine örnek olarak sıralanabilir.

¹⁶⁹ Gözler (2023), s. 171.

¹⁷⁰ Metin (2008), s. 24.

değerler etkili olmaktadır.¹⁷¹ Dolayısıyla nesnel amaçsal yorum yönteminde kanun koyucunun düzenlemeyi ihdas ederken ne amaçladığı araştırılmamakta hukukun genel kavramlarından yola çıkılarak bir anlamlandırma yapılmaya çalışılmaktadır. Bugün öğretilde hâkim olan amaçsal yorum tekniğinin nesnel amaçsal yorum yöntemi olduğu söylenebilir. Oder'e göre amaçsal yorumda kullanılan nesnel ölçütler, "eşyanın doğası" gibi bir konunun niteliğinden kaynaklanan gerekler şeklinde formüleleştirilebilecek mantık kuralları şeklinde olabileceği gibi hukuksal birtakım ölçütler de olabilir. Örneğin genel olarak adaletin gereklerine uygunluk, toplumun üzerinde uzlaştığı adalet anlayışına uygunluk, toplumsal etiğe uygunluk veya genel hukuk ilkeleri gibi. Ayrıca anayasal olarak pozitifleşmiş ilkeler de amaçsal yorumda kullanılan ölçütler arasında yer almaktadır.¹⁷² Yancı Özalp'e göre ise bu nesnel ölçütlerden bazıları yoruma nesnellik katmak yerine aynı zamanda yargıcın kişisel tercihlerini yasa koyucunun yerine koymasına neden olabilecek niteliktedir. Adaletin gerekleri, toplumun üzerinde anlaştığı adalet anlayışı, toplumsal etik gibi ölçütler bu sefer yargıcın öznel iradesini yansıtan yorumlara yol açabilir. Ancak anayasal kural ve ilkeler ile genel hukuk ilkeleri yorumda ölçüt olarak kullanıldığında, yargıcın öznelliği diğer ölçütlere oranla sınırlanmış olur.¹⁷³ Oder'e göre ise gerekçelendirme aşamasının tutarlı bir bütünlüğe sahip olması ve normda kullanılan genel hukuk ilkelerinin anayasanın metninden sözel, sistematik ve teolojik kanıtlarla çıkarılması suretiyle yorumun pozitif bir dayanağa oturtulması gerekmektedir.¹⁷⁴

Amaca göre yorumun daraltıcı ve genişletici biçimde yapılabilmesi mümkündür. Kanun koyucunun iradesinin kanundaki ifadelerin geniş bir şekilde yorumlanması yönünde olması halinde genişletici yoruma başvurulabileceği söylenebilir. Bunun zıttı bir biçimde özellikle yasaklayıcı kurallar ve istisnai nitelikteki hükümler ise dar bir biçimde yorumlanacaktır. Amaçsal yorumda, belirtilen hususlar da dikkate alınarak kanun hükmünün zamanla uygulanmasında adaletsiz bir duruma yol açması halinde bu adaletsiz durumu ortadan kaldıracak bir biçimde kanun yorumunun benimsenebileceği söylenebilir. Bu durum ise amaçsal yorumun, lafzi, tarihsel ve sistematik yorum yöntemlerine kıyasla daha çok açık uçlu bir yaklaşım

¹⁷¹ Metin (2008), s. 24.

¹⁷² Oder (2010), s. 104.

¹⁷³ Yancı Özalp (2018), s. 112.

¹⁷⁴ Oder (2010), s. 106-107.

getirdiği şekilde yorumlanmaktadır.¹⁷⁵ Ancak bu durum, toplumun sürekli değişen dinamik yapısı için uygun yorumlar yapılmasını mümkün hale getirmektedir.¹⁷⁶

2.3.4.5. Anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan özel yorum ilkeleri

Anayasanın normal yasalardan farklı birtakım özellikleri ihtiva ettiği söylenebilir. Bu durum anayasa yargısındaki yorumun da sui generis bir yapıya bürünmesine neden olmaktadır. Anayasanın yorumu, diğer yasaların yorumundan ve diğer hukuk dallarında geçerli olan yorumlardan tamamen bağımsız bir şekilde değerlendirilemeyecektir. Ancak bu iki yorumun eşdeğer görülmesi de isabetli değildir. Anayasaya göre normlar hiyerarşisinde daha alt basamakta yer alan yasalar ile özel ve nispeten dar bir alanda yer alan bir konu düzenlenmektedir. Bu durum yorumda bir farklılaşmayı da beraberinde getirmektedir. Anayasada genel ve soyut nitelikte birtakım hükümlere yer verilmesi, yapılacak yorumu güçleştirmekte ve hassas bir davranış gösterilmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu bağlamda anayasanın yorumunun, yasaların yorumu kadar saf hukuki metodoloji ile gerçekleştirilemeyeceği söylenebilir.¹⁷⁷ Anayasanın yorumunda tarih, felsefe, sosyoloji ve siyaset bilimi başta olmak üzere pek çok farklı bilim dalının etkisi bulunmaktadır.¹⁷⁸

Anayasanın yorumunun kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Yorum, ancak anlatımın açık olduğu halde başvurulmasına gerek olmayan bir araçtır. Ancak anayasa hükümlerinin doğası gereği söz konusu açıklığın mevcut olmadığı ifade edilebilir. Anayasanın kendiliğinden anlaşılabilen, açık ve saf bir hukuki metin olmaması yorumlamayı zorunlu hale getirmektedir.¹⁷⁹ Anayasanın yorumlanmasındaki zorunluluk, farklı birtakım yorum yöntemlerinin geliştirilmesine yol açmıştır. Bu bağlamda anayasa hukukuna özgü, klasik yorum yöntemlerinden farklı birtakım yorum yöntemlerinin bulunduğu söylenebilir.¹⁸⁰ Söz konusu ilkeleri doktrinde sistematik yorum yöntemi altında değerlendiren yazarlar olduğu gibi bu ilkelerin ayrı

¹⁷⁵ Yancı Özalp (2018), s. 113.

¹⁷⁶ Aliefendioğlu da amaçsal yorumun, toplumun dinamik yapısı için en uygun yorum yöntemi olduğunu ifade etmiştir. Bkz: Aliefendioğlu (1996), s. 173.

¹⁷⁷ Ömer Keskinsoy & Semih Batur Kaya, **Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2021, s. 67.

¹⁷⁸ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 67.

¹⁷⁹ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 77.

¹⁸⁰ Yancı Özalp (2018), s. 113.

olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan isimler de bulunmaktadır.¹⁸¹

Anayasa hukukuna özgü yorum ilkelerinin esas olarak sistematik yorum yöntemiyle ilişkili olduğu görülmektedir. Fakat bu yorum ilkelerinin anayasa hukukunun tarihsel süreç içerisinde kat ettiği ilerlemenin bir ürünü olarak ortaya çıktıkları belirtilmelidir. Gedik’e göre de “insan hakları öğretisi, bir yandan hukuk kurallarının, insan onurunu zedeleyecek ve haklarını yok sayacak bir tarzda yorumlanmasını engellerken, diğer yandan toplumun ihtiyaçlarıyla ortaya çıkan yeni hakların yorum yoluyla koruma altına alınmasını sağlamaktadır. Baş döndürücü bir hızla ortaya çıkan bilimsel ve teknolojik gelişmelerin neden olduğu sorunlar da yeni insan hakları çeşitlerinin sadece yasama yoluyla korunmasını güçleştirmektedir. Bu hızlı değişim, anayasa yargısına özgü yorum ilkelerinden yararlanmayı da gerektirmektedir.”¹⁸² Anayasa hukukuna özgü yorum yöntemlerini diğer klasik yöntemlerden farklılaştıran en önemli husus, bu yöntemin insan haklarıyla kurduğu yakın ilişkidir.¹⁸³ Doktrinde, insan hakları öğretisinin pek çok farklı alanda olduğu gibi yorum yöntemleri konusunda da devrimci bir bakış açısıyla klasik yorum yöntemlerinin sorgulanmasını zorunlu kıldığı ifade edilmektedir.¹⁸⁴ Bu bağlamda “temel haklar lehine yorum ilkesi”, “anayasaya uygun yorum”, “anayasanın bütünlüğü”, “pratik uyum ilkesi” ve “fonksiyonel doğruluk ilkesi” gibi anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan özel yorum ilkelerine değinmek faydalı olacaktır.

2.3.4.5.1. Temel haklar lehine yorum ilkesi

Temel haklar lehine yorum ilkesi,¹⁸⁵ anayasa ile güvence altına alınan temel haklar ile ilgili düzenlemelerin yorumlanmasında, temel hakkı daha güçlü hale getirecek bir şekilde yorum yapılması anlamına gelmektedir.¹⁸⁶ Temel haklar lehine yorum ilkesinin teorik çerçevesinin Dworkin’in görüşlerine dayandırılabilceği

¹⁸¹ Gedik’e göre; “Kuşkusuz bu ilkelerin sistematik yorum yöntemiyle olan yakın ilişkisi gözden uzak tutulmaz. Ancak, bu yorum ilkelerinin, anayasa hukukunun gelişmeci özelliğinin bir ürünü olarak, klasik yorum yöntemlerinin geliştirilmesi sonucunda oluştuğu göz önünde bulundurulursa, günümüzde sistematik yorum yönteminin çıkış noktasından çok ileride olduğu ve ayrı bir incelemeyi gerektirdiği de ortadadır.” Gedik (2022), s. 143-144.

¹⁸² Gedik (2022), s. 363.

¹⁸³ Gedik (2022), s. 144.

¹⁸⁴ Gedik (2022), s. 144.

¹⁸⁵ in dubio pro libertate

¹⁸⁶ Metin (2008), s. 80

söylenir.¹⁸⁷ Buna göre söz konusu yorum ilkesi, anayasanın ahlaki bir şekilde okunuşunu ifade etmektedir. Anayasanın ahlaksal okunuşu ise anayasada kendisine yer bulan genel ve soyut nitelikteki hükümlerin ahlaksal ilkeler bağlamında yorumlanması anlamına gelmektedir.¹⁸⁸ Temel haklar lehine yorum ilkesi için doktrinde, “özgürlük karinesi” ve “özgürlükçü yorum ilkesi” ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir.¹⁸⁹ Özgürlükçü yorum ilkesi ifadesinin kullanılmasındaki temel sebep ise temel haklar lehine yorum ile hak ve özgürlüklerin ön plana çıkarılması, onların etkisinin güçlendirilmeye çalışılmasıdır.¹⁹⁰ Bu durumda, anayasa ile güvence altına alınmış olan bir temel hak ve özgürlüğün en elverişli biçimde kullanılması gerektiği söylenebilir. Bunun için ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamaların olabildiğinde dar bir şekilde yorumlanması ve yorum vasıtasıyla yeni kısıtlamalar getirilmemesi gerektiği ifade edilebilir.¹⁹¹ Buna ek olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceler ise geniş bir şekilde yorumlanmalıdır. Temel haklar lehine yorum sayesinde Anayasa Mahkemelerinin anayasa metninde bir değişikliğe ihtiyaç duyulmaksızın anayasayı bir şekilde dönüştürme imkânına sahip oldukları ve yapılacak yorum ile anayasanın özgür ve çoğulcu bir toplumun ihtiyaçlarına hitap eder hale geldiği söylenebilir.¹⁹² Yancı Özalp’e göre ise temel haklar lehine yorum ilkesi, Anayasada yer alan temel haklarla ilgili normların hakkın etkisini ve güvence alanını güçlendirecek biçimde yorumlanmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle temel haklar lehine yorum ilkesi, sistematik yorumun yanında teolojik yorumun da bir uzantısı olarak değerlendirilebilir.¹⁹³

2.3.4.5.2. Anayasaya uygun yorum ilkesi

Anayasaya uygun yorum ilkesi de anayasa yargısına özgü yorum yöntemleri arasında yer almaktadır. Memiş’e göre anayasaya uygun yorum ilkesi, “anayasa yargısında, anayasaya aykırılık savıyla iptali istenmiş bir kanun hükmünün iptal edilmesinden kaçınılarak, anayasaya aykırı olmayacak veya bağdaşacak biçimde

¹⁸⁷ Mehmet Turhan, **Ronald Dworkin’e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu**, Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Der. Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Naturel Yayınları, 2009, s. 39.

¹⁸⁸ Turhan (2009), s. 39.

¹⁸⁹ Sancar (1995), s. 324.

¹⁹⁰ Metin (2008), s. 80.

¹⁹¹ Metin (2008), s. 80.

¹⁹² Gedik (2022), s. 144.

¹⁹³ Yancı Özalp (2018), s. 113.

uygulanmasını sağlamak için yapılan yorum” şeklinde tanımlanabilir.¹⁹⁴ Gedik’e göre de Anayasaya uygun yorum ilkesi, Anayasa Mahkemesinin normun hangi yorumunun Anayasa ile bağdaşacağını tespit etme işlevini ifade etmektedir.¹⁹⁵ Bu tür yorumlayıcı kararların dünya genelinde oldukça yaygınlık gösterdiği söylenebilir.¹⁹⁶

Anayasaya uygun yorum ilkesini doktrinde sistematik yorumun özel bir şekli olarak değerlendiren kimi isimlere rastlamak mümkündür.¹⁹⁷ Buna göre sistematik yorumun özel bir şekli olan bu ilke, anayasanın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisinin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁸ Ayrıca anayasaya uygun yorum yönteminin klasik yorum yöntemlerinden önce uygulanmak durumunda olduğu, onun görevinin anayasa yargısının kabul edildiği sistemlerde anayasanın üstünlüğünü sağlamak olduğu ifade edilmektedir.¹⁹⁹ Nitekim Çağlar’a göre; “Anayasaya uygun yorum ilkesi, hukuk düzeninin birliği, anayasanın üstünlüğü ve kurallar hiyerarşisinin bir sonucudur.” Yazara göre, bu ilkenin normları muhafaza edici bir etkisi bulunmakla birlikte, iptalle anayasaya uygun bulma arasında yer aldığı ölçüde, anayasa yargıcının karar iktidarını dolaylı olarak genişletir.”²⁰⁰

Anayasaya uygun yorum yönteminde Anayasa Mahkemesi, denetlediği normun kapsamını belirlemekte ve iptal talebini reddetmekte ancak normun hangi yorum ile anayasaya uygun olacağını da belirtmektedir.²⁰¹ Buna göre anayasaya uygun yorumun, normun birden fazla anlama gelecek şekilde yorum yapılmasına elverişli olduğu hallerde gündeme gelebileceği söylenebilir.²⁰² Fakat burada, norma yüklenebilecek anlamların hiçbirinin anayasa ile örtüşmemesi haline anayasaya aykırılığın açık

¹⁹⁴ Memiş (2007), s. 64.

¹⁹⁵ Gedik (2022), s. 146.

¹⁹⁶ ABD’de “interpretation in harmony with the constitution”, Kanada’da “reading down and reading in”, Fransa’da “sous reserve”, Almanya’da “verfassugkonforme auslegung”, Polonya ve Macaristan’da “anayasanın uyum şartı başvurusu” ve “anayasaya uygun yorum koşulu” şeklinde isimlendirilmiştir. Gedik (2022), s. 147.

¹⁹⁷ Çağlar (1984), s. 191-192.

¹⁹⁸ Metin (2008), s. 189.

¹⁹⁹ Bu yorum yöntemi ilk kez 1821 tarihinde Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kullanılmıştır. Kara Avrupası’nda ise bu yorum yöntemi öncelikle İsviçre, Avusturya ve Almanya’da tartışılmıştır. Öncülüğü İsviçre Federal Mahkemesi yapmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi’ni Avusturya Federal Mahkemesi ve sonra Federal Alman Anayasa Mahkemesi takip etmiştir. Oder (2010), s. 121.

²⁰⁰ Çağlar (1984), s. 191-192.

²⁰¹ Anayasa Mahkemesi, bunu bir kararında “Bir yasa hükmünün değişik yorumlara açık bulunması halinde Anayasayla bağdaşan ihtimale öncelik tanıma” olarak tanımlamakta ve bu tekniğin anayasaya uygunluk denetiminde yerleşik bir yorum yöntemi olduğunu belirtmektedir.” Söz konusu karar için Bkz: E.1986/24, K.1987/8, 31.03.1987 tarihli karar.

²⁰² Metin (2008), s. 74.

olduğu ve iptal kararına hükmedilmesi gerektiği belirtilmelidir. Diğer taraftan norm birden fazla anlama sahip olmakla birlikte bu anlamlardan bazıları anayasaya aykırı, bazıları ise anayasaya uygun düşüyorsa, bu ilke gereği ilgili normun anayasaya uygun yorumuna öncelik verilmesi ve anayasaya uygun düşen yorumun geçerli sayılarak normun varlığının korunması gerekir.²⁰³ Anayasanın, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer almasının bir sonucu olarak kendisine aykırı hukuki düzenlemelerin geçersiz kılınması, anayasaya uygun yorumun temelini oluşturmaktadır.²⁰⁴ Oder'in de belirttiği gibi yalnızca anayasaya uygun yorum yönteminin çoğulcu ve özgürlükçü değerler çerçevesinde yoruma olanak tanımadığı ifade edilebilir.²⁰⁵ Özgürlükçü bir yorumun yapılabilmesi için bu değerlerin anayasada güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda yorumda esas alınan anayasanın çoğulculuğun gerçekleşmesine imkân tanıyan birtakım fren ve denge mekanizmalarına sahip olması büyük önem ifade etmektedir.²⁰⁶ Anayasaya uygun yorum ilkesinin hak ve özgürlükler için daraltıcı bir şekilde de etki ve sonuç doğuracağı ifade edilebilir. Bir diğer ifadeyle hak ve özgürlükler için kısıtlama getiren bir kural bir yönüyle anayasaya uygun görüldüğü için hukuk düzeni içerisinde varlığını korumayı sürdürebilmektedir. Bu noktada anayasaya uygun yorum ilkesinin özgürlükler lehine etki doğuracak bir biçimde yorumlanması halinde faydalı sonuçların ortaya çıkabileceği belirtilmelidir. Aksi bir durumda çoğulculuk düşüncesi büyük ölçüde zarar görecektir.²⁰⁷ Netice itibarıyla anayasaya uygun yorum ilkesi, Anayasa Mahkemesinin normun hangi yorumunun anayasayla bağdaşacağını tespit etmesi noktasında önemli bir rol üstlenmektedir.

2.3.4.5.3. Anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesi

Anayasal yoruma özgü ilkelerden biri diğeri de anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesi olarak isimlendirilebilir. Bu ilkeye göre bir anayasa normunun diğer anayasa normlarıyla uyum içerisinde yorumlanması gerekmektedir. Bu ilkenin anayasayı maddi anlamda bir bütün olarak değerlendirdiği ifade edilebilir. Doktrinde, anayasada yer alan her normun sahip olduğu anlamın yanında anayasanın bütünü

²⁰³ Gedik (2022), s. 148.

²⁰⁴ Metin (2008), s. 74.

²⁰⁵ Oder (2010), s. 125.

²⁰⁶ Oder (2010), s. 125.

²⁰⁷ Oder (2010), s. 125.

de bir anlama sahip olduğu bu anlamın ise anayasadaki normların tekil anlamlarının açıklanmasında faydalı bir işlev göreceği belirtilmektedir.²⁰⁸ Bunun yanında, anayasanın bütünselliği ilkesi ile yorumda mantıksal anlamda bir tutarlılığın sağlandığı savunulmaktadır.²⁰⁹ Bu bağlamda Anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesi, sistematik yorumun bir parçası olarak değerlendirilebilir.²¹⁰

Anayasanın bir bütün olarak yorumlanması ilkesi esas olarak anayasanın uygulanmasında istikrarın ve tutarlılığın sağlanabilmesi için arzu edilen bir durumu ifade etmektedir. Anayasadaki her hüküm birbirleriyle bağlantılı ve karşılıklı bir anlam ilişkisine sahiptir. Bu nedenle söz konusu hükümlerin yalnız başına değil bütüncül bir bakış açısıyla değerlendirilmesi getirmektedir.²¹¹ Anayasa hükümleri arasındaki bağlantı da anayasanın bir bütün olarak yorumlanmasını destekleyici niteliktedir. Birbirleriyle bağlantılı hükümlerin bu durum tamamen göz ardı edilerek tek başına değerlendirilmesi, yorum faaliyetinin amacının dışına çıkılmasına neden olacaktır.²¹² Ancak Gedik’e göre bu ilkeden hareketle anayasa normları arasında bir değerler hiyerarşisi oluşturulabilmesi mümkün değildir.²¹³ Normların hukuki değerı esas olarak aynıdır.²¹⁴ Hukuk devleti, demokrasi, kuvvetler ayrılığı ve insan hakları gibi kavramlar ise genel çerçeve çizmekle birlikte anayasadaki hemen hemen her normun yorumunda yol gösterici niteliktedir.²¹⁵

Metin’e göre modern anlamda anayasanın maddi bütünlüğünün insan onuruna yöneldiği söylenebilir. Bu durum ise temel hak ve özgürlükler rejimini yakından ilgilendirmektedir. Anayasanın hiçbir hükmünün insan onuruna aykırı bir biçimde yorumlanamayacağı söylenebilir.²¹⁶ Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da bu yorum yöntemine başvurulduğu ifade edilebilir.²¹⁷

²⁰⁸ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 82

²⁰⁹ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 82.

²¹⁰ Yancı Özalp (2018), s. 113.

²¹¹ Metin (2008), s. 75.

²¹² Gedik (2022), s. 151.

²¹³ Gedik (2022), s. 152.

²¹⁴ Metin (2008), s. 77.

²¹⁵ Hilal Yazıcı, **Anayasa Mahkemesi’nin Değişen Rolü: Hegemonyacı Koruma Tezinden Hak ve Özgürlüklerin Korunması Tezine**, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018, s. 44.

²¹⁶ Metin (2008), s. 77.

²¹⁷ Türk Anayasa Mahkemesinin emekli üyelerinden Tülay Tuğcu ve Fazıl Sağlam da bir karara karşı yazdıkları karşıoy yazısında aynen şunu ifade etmişlerdir: “Anayasa hükümlerinin anayasanın

2.3.4.5.4. Pratik uyuşum ilkesi

Anayasa yargısına özel yorum ilkelerinden bir diğeri de pratik uyuşum ilkesi olarak ifade edilebilir. Bu ilke için doktrinde, “uygun denge ilkesi” ifadesinin de kullanıldığı görölmektedir.²¹⁸ Almanya doktrininde ilk olarak Hesse tarafından ileri sürölen bu ilkenin Federal Alman Anayasa Mahkemesince geliştirildiğı söylenebilir.²¹⁹ İlk olarak Almanya Anayasa Hukuku öğretisinde ortaya çıkan bu ilke, zamanla diğeri Kıta Avrupası ölkeleri tarafından da dikkate alınmaya başlanmıştır.²²⁰ Bir temel hakkın, bir başka temel hak veya anayasa ile korunan bir başka hukuki değeri çatışması durumunda uygulama alanı bulan pratik uyuşum ilkesinin temel gayesi, çatışma durumunda hem temel hakkın hem de anayasanın koruduğı hukuki değerin, varlığını ve etkilerini “optimal” bir seviyede koruma altına almaktır.²²¹ Pratik uyuşum ilkesi ile birlikte anayasa normları arasında bir hiyerarşi ilişkisi oluşturulmadan bir çözüm ortaya koyulmaktadır. Bu nedenle bu ilke uyarınca ortaya çıkabilecek olası bir çatışma halinde, “çıkarlar” veya “değerler” arasında bir değeriendirmeye gidilerek bir norma üstünlük tanınmamakta, temel hakların her ikisinin de aynı anda etkisini göstermesi sağlanmaya çalışılmaktadır.²²² Burada bir

bütünlüğü ilkesi gözönünde tutularak yorumlanması zorunludur.” Bkz: AYM, E. 2002/143, K. 2004/46, sayılı, 31/03/2004 tarihli kararı.

Keza Anayasa Mahkemesi bir diğeri kararında bütünsellik ilkesini şu şekilde vurgulamaktadır: “Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyetini demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında Anayasada öngörölen demokrasinin klasik ve çağdaş batı demokrasisi biçiminde anlaşılması gerektiğı kabul edilmektedir. Bu nedenle demokrasinin kavramsal ve kurumsal niteliğı, Anayasanın tüm somut kurallarının bütünsel yorumu ve bu bütünlüğün demokratik anayasacılık tarihi içinde özgülendiğı amaç ve felsefe ışığında yorumlanarak anlaşılması gerekir.” Bkz: AYM, E. 2008/1, K. 2008/2 sayılı, 30/07/2008 tarihli kararı.

Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, bir başka kararında anayasa hükümlerini bir arada ve hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlamak gerektiğine kanaat etmiştir: “Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa’da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasa’nın bütünselliğı ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa’nın 22. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiğı açıktır.” Bkz: AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, 19/12/2013, §35.

²¹⁸ Yıldıztturan (2011), s. 27.

²¹⁹ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 86.

²²⁰ “Fransa Anayasa Konseyi, 18.01.1995 tarihli kararında bu ilkeyi kullanmıştır. Tıpkı Fransa gibi Portekiz de bu ilkeyi benimseyen ölkeler arasındadır. Portekiz, bu ilkeyi gerek öğretide ve gerekse de yargı içtihatlarında Almanya hukukunda ifade edildiğı şekliyle kullanmaktadır.” Gedik (2022), s. 154.

²²¹ Metin (2008), s. 76.

²²² Metin (2008), s. 76.

özgürlüğün diğer bir özgürlüğü bertaraf etmesi söz konusu değildir.²²³

Pratik uyuşum ilkesinin anayasanın bütünlüğü ilkesi ile sıkı bir ilişkide olduğu görülmektedir. Bu husus Keskinsoy ve Kaya tarafından da “pratik uyuşum sayesinde bir ilkeler manzumesi olan anayasanın bütünselliği korunmaktadır” cümleleriyle ifade edilmiştir.²²⁴ Pratik uyuşum ilkesinde, çatışma halinde olan ilke ile normlar arasında eşit şekilde sınırlar çizilmemekte, optimal düzeyde hakların korunması sağlanmaya çalışılmakta ve hassas bir denge gözetilmektedir. Bir diğer ifadeyle haklar arasında eşit bir etkinin sağlanması amaçlanmamaktadır. Anayasa normları arasında oluşturulan bu hassas dengenin, özellikle haklar arasında da ölçülü bir dengenin ortaya çıkmasını sağladığı ifade edilebilir.²²⁵ Pratik uyuşum ilkesine, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da rastlamak mümkündür.²²⁶ Doktrinde, pratik uyuşum ilkesinin Türkiye’de de hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında önemli bir fonksiyona sahip olabileceği belirtilmektedir.²²⁷ Fakat pratik uyuşum ilkesinin hak ve özgürlükler için her zaman olumlu neticelere yol açmayabileceği söylenebilir.²²⁸

2.3.4.5.5. Fonksiyonel doğruluk ilkesi

Anayasa yargısına özgü bir başka ilke de “fonksiyonel doğruluk” ilkesidir. Fonksiyonel doğruluk ilkesine göre Anayasa Mahkemesinin, anayasada yer alan fonksiyonlarını ve yetki dağılımlarını mümkün olduğunca muhafaza edebilecek bir şekilde yorum yapması gerekmektedir.²²⁹ Doktrinde, fonksiyonel doğruluk ilkesinin kuvvetler ayrılığı ve normlar hiyerarşisinin bir tür garantörlüğünü üstlendiği, bu ilke ile anayasada yer alan görev paylaşımının belirli birtakım sınırlar içerisinde kalmasının sağlandığı ifade edilmektedir.²³⁰ Gedik’e göre; “fonksiyonel doğruluk ilkesi, yorum yapma yetkisine sahip olan kimseye, bu yetkisini kullanırken

²²³ Yıldızlıturan (2011), s. 28.

²²⁴ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 86.

²²⁵ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 86.

²²⁶ Türk Anayasa Mahkemesi de bu ilkeyi bir kararında kullanmıştır: “Anayasa hükümlerinin anayasanın bütünlüğü (Die Einheit der Verfassung) ilkesi göz önünde tutularak yorumlanması zorunludur. Anayasa hükümlerinden birinin diğeri ile çatışır gözükmesi halinde bunlardan her birine optimal etkililik sağlayarak, yani birini diğere feda etmeden bir sonuca varmak, pratik uyuşum (Praktische Konkordans) ilkesinin bir gereğidir. Oysa çoğunluğun kararında yukarıda anılan anayasa kuralları, ceza siyasetinin rasyonelliği ilkesine feda edilmiş olmaktadır.” AYM, E.2002/143 ve K.2004/46 sayılı, 31/03/2004 tarihli kararı.

²²⁷ Yazıcı (2018), s. 45.

²²⁸ Yazıcı (2018), s. 45.

²²⁹ Gören (2020), s. 33.

²³⁰ Gedik (2022), s. 154.

Anayasa’da yer verildiği biçimiyle, görev paylaşımına sadık kalmasını ve bu paylaşıma uygun hareket etmesini gerektirmektedir.”²³¹

Doktrinde, “anayasal organların yetkisiz olması asıl, yetkili olmalarının istisna olması”²³² ve “sayılmış yetkilerin dar, kalan yetkilerin geniş yorumlanması”²³³ fonksiyonel doğruluk ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir.²³⁴ Yancı Özalp’e göre ise fonksiyonel doğruluk ilkesinin özellikle 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında Cumhurbaşkanı ile TBMM arasındaki yetki paylaşımı sorununu çözerken önem taşıyacağı söylenebilir.²³⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenleme yapılabilecek konular hakkında vermiş olduğu kararlarda fonksiyonel doğruluk ilkesinden izlere rastlamak mümkündür. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında, yürütme yetkisine ilişkin alan kavramını dar bir şekilde yorumlamış, gerçekleştirilecek düzenlemenin yargı yetkisinin kullanılmasını etkileyecek olması durumunda düzenlenen konu yürütme yetkisine ilişkin olsa bile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.²³⁶ Candan’a göre Anayasa Mahkemesinin bu içtihadının, düzenlenmesi yasama yetkisini etkileyecek yürütme yetkisine ilişkin konulara yaygınlaştırması da mümkündür.²³⁷

2.3.4.5.6. İstisnaların dar yorumlanması ilkesi

İstisnaların dar yorumlanması ilkesi esas olarak tamamen anayasa hukukuna özgü bir yorum yöntemi olarak değerlendirilmemektedir. Doktrinde, istisnaların dar

²³¹ Gedik (2022), s. 154.

²³² Bu ilke fonksiyonel doğruluk ilkesine yardımcı olabilecek ve kamu hukukunda organların yetki haritasını belirleyici hale getiren bir ilkedir. Buna göre anayasal organların kendiliğinden kaynaklanan yetkilerinin söz konusu olmadığı; yalnızca onları kuran iradenin vereceği yetkiler çerçevesinde bir yetki sahasına sahip oldukları söylenebilir.

²³³ Eğer bir anayasal kuruma sınırlı bir yetki verilmişse bu yetkilerin dar; sayılmış yetki verilmeyen, yani kalan yetkileri haiz kurumun yetkileri ise geniş yorumlanır.

²³⁴ Keskinsoy & Kaya (2021), s. 86.

²³⁵ Yancı Özalp (2018), s. 114.

²³⁶ “Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kural dikkate alındığında yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edilmesini içerdiği anlaşılmaktadır.” AYM, E.2018/119, K.2020/25 sayılı, 11/6/2020 tarihli kararı, §21.

²³⁷ <https://turgutcandan.com/2020/12/01/cumhurbaskanligi-kararnameleri-ve-hukuki-niteligi/> E.T: 14/08/2023.

yorumlanması ilkesinin özellikle medeni hukuk, ticaret hukuku ve iş hukuku gibi diğer hukuk dallarında da geniş bir uygulama alanı bulan hukukun genel ilkeleri kapsamında yerleşmiş bir kural olarak değerlendirildiği söylenebilir.²³⁸ Temelleri Roma Hukuku'na kadar uzanan²³⁹ bu ilkenin anayasal yorum yöntemleri bakımından önemi ise insan hakları öğretisiyle olan bağlıdır.²⁴⁰

Şahin'e göre insan hak ve özgürlüklerinin diğer her türlü mülahazaya öncelenebilecek bir olgu olduğu söylenebilir.²⁴¹ Özgür bir toplumda açık bir şekilde yasak kılınmayan her şeyin yapılmasının serbest olduğu genel bir kural olarak kabul edilebilir. Bu durumun tersine çevrilmesi bir diğer ifadeyle yapılmasına açık bir şekilde müsaade edilmeyen her şeyin yasak olması halinde ise totaliter sistemlere benzer bir şekilde özgürlükten söz edilemeyen bir durumun ortaya çıkacağı ifade edilebilir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere yönelik getirilen sınırlamaların çoğalarak asıl kuralı ve özgürlüğü etkisiz hale getirmemesi gerektiği belirtilmelidir.²⁴² İnsan hakları doktrini açısından da anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin kullanımının asıl getirilen sınırlamaların ise istisna olduğu görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirilen kuralların istisnai hükümler olması ise bu hükümlerin dar bir biçimde yorumlanmasını gerektirmektedir.

2.4. Yargısal Aktivizm Kavramının Benzer Kavramlarla Olan İlişkisi

2.4.1. Yargısal Aktivizm ve Jüristokrasi

Jüristokrasi kavramı, bir devletin veya yönetim sisteminin, kanunları yapma ve uygulama yetkisini, yargıçlara verdiği bir yönetim şeklini ifade etmektedir. Bu kavramın, Yunanca hakem anlamına gelen “jüri” ve hükümet anlamına gelen “krasi” kelimelerinin birleşiminden oluştuğu görülmektedir. Jüristokrasi kavramı ile siyasal iktidarın seçimle göreve gelen siyasi kadrolarda değil hesap verme gibi bir özelliği

²³⁸ Gedik (2022), s. 155.

²³⁹ “Latince “singularia non sunt extenda” olarak ifade edilen ve genellikle “istisnalar geniş yorumlanamaz” şeklinde Türkçeye çevrilen ve Türk hukukunda genellikle “istisnalar dar yorumlanır” şeklinde kullanılan bu kuralın çok eski olduğu ve tarihsel açıdan Roma hukukundan kaynaklandığı görülmektedir. Her ne kadar Digestada açıkça bu kural, bu şekliyle düzenlenmemiş ise de, Digestada mevcut bazı düzenlemelerden dolayı olarak bu kurala ulaşılabildiğini görüyoruz.” Aynur Yongalık, **İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(1), 2011, s. 3.

²⁴⁰ Gedik (2022), s. 155.

²⁴¹ Adil Şahin, **Burjuvazi ve Bürokrasi Kısıcında Özgürlük Versus İktidar**, Trabzon: Celepler Matbaacılık, 2018, s. 47.

²⁴² Yazıcı (2018), s. 49.

bulunmayan yargıçlarda olduğu bir sistem ifade edilmektedir.²⁴³ Temel olarak yargının merkezi bir konumda yer aldığı jüristokraside, yasa yapma yetkisi yargı organlarına ait olmaktadır. Bu bağlamda yasaların hazırlanmasından ve uygulanmasından büyük ölçüde yargı mensuplarının sorumlu oldukları söylenebilir.

Jüristokrasinin günümüzde benimsenen bir yönetim şekli olmadığı söylenebilir. Günümüzde pek çok modern devlette yasama, yürütme ve yargı organları arasında bir denge ve kuvvetler ayrılığı prensibi bulunmaktadır. Bu bağlamda her bir organın birbirini denetlediği ve böylece bir denge sağlandığı ifade edilebilir. Jüristokrasi kavramına yüklenen anlama bakıldığında ise belirtilen orijinal anlamdan soyutlanarak bir kullanım olduğu görülmektedir.²⁴⁴ Jüristokrasi kavramıyla eleştirilen ve endişe duyulan husus yasama, yürütme ve yargı organları arasında kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca bulunması gereken dengenin yargı organı tarafından çiğnenmesidir. Bu durum jüristokrasi kavramının yargısal aktivizm kavramıyla aynı anlama gelecek biçimde kullanılmasına yol açmakta, yargısal aktivizmin jüristokrasiye yol açabileceği belirtilmektedir. Ancak yargısal aktivizm ve jüristokrasi kavramlarının farklı kavramlar olduğu söylenebilir.

Yargısal aktivizm kavramı, mahkemelerin denetim esnasında anayasadan kaynaklanan yetkilerini yorum yoluyla genişletmeleri ve aktif bir yargısal tutumla denetim sınırlarının aşılması şeklinde tanımlanabilir. Jüristokrasi kavramı ise kanunların hazırlanması ve uygulanmasında yargı organlarının önemli bir rol üstlendiği bir yönetim biçimidir. Jüristokrasinin yasama yetkisinin yargı organlarına verildiği bir sistem olarak tanımlanabilmesi mümkündür. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin, yapısı itibarıyla siyasal bir yön taşıdığı söylenebilir. Parlamantonun siyasal birtakım uğraşlar sonucunda ortaya çıkardığı hukuki düzenlemeler, yargı organı tarafından iptal edilebilmektedir.²⁴⁵ Ancak buna rağmen yargı organı tarafından yapılan denetimin hukukun dışında kalan kriterlere

²⁴³ “Jüristokrasi” kavramı, Türkiye’de anayasa yargısını merkez-çevre ilişkileri teorisini esas alan açıklama girişimlerinde “merkez” ile bağlantılı olarak “yargıçlar iktidarı” veya “yargı iktidarı/hükümeti, yargı devleti”, “yargıçların siyasete karışması” anlamında kullanılmıştır. Hakyemez (2009), s. 431-432.

²⁴⁴ Mustafa Mert Alpbaz, **Kemalist Otoriterlik Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 74(3), 2019, s. 907.

²⁴⁵ Erdoğan (2017), s. 90.

göre yapılan bir denetim değil hukuksal yöntemlerle yapılan bir denetim olduğu söylenebilir. Bu bağlamda kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin ve bu denetim esnasında yapılacak yargısal yorumların bir tür jüristokrasiye yol açacağı endişesi isabetsizdir. Nitekim kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen yargı organlarının herhangi bir başvuru olmadan resen denetim yapabilmeleri mümkün değildir. Kaldı ki kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen yargı organlarının icrai yetkilerinin bulunmadığı da söylenebilir.

Yine yargısal aktivizmde genellikle toplumsal bir değişimin sağlanması veya adaletin sağlanması amacı ön planda yer almaktadır. Aktivist olarak nitelendirilebilecek yargı organları, sosyal veya siyasal değişimi hızlandırmak veya hukukun adaleti tam olarak sağlayamadığı durumlarda düzeltici kararlar vermek için harekete geçebilmektedirler. Aktivist yargı organları, toplumsal meselelere, insan haklarına veya anayasal hükümlere dayanarak politika yapma eğilimi gösterebilmektedirler. Jüristokraside ise yasaların tarafsız bir şekilde uygulanması ve hukukun üstünlüğünü hedeflenmekte olup bu amaca ulaşmada yargıçların iradelerine üstünlük tanınmaktadır. Jüristokraside yasaların hazırlanması ve uygulanmasında yargı organlarının güçlü bir rol oynamasına odaklanılmaktadır. Yine jüristokraside, yargı organlarının bağımsızlığı ve uzmanlığının ön planda olduğu söylenebilir. Özetlemek gerekirse, yargısal aktivizm kavramı yargısal yorum ve yargı organının sahip olduğu yetki sınırları ile ilgili bir kavramken jüristokrasi ise yasaların hazırlanması ve uygulanmasında yargı organlarının güçlü bir rol oynadığı bir yönetim biçimini ifade etmektedir.

2.4.2. Yargısal Aktivizm ve Militan Demokrasi Anlayışı

Militan demokrasi kavramı, iki dünya savaşı arası dönemde, demokrasilerde yaşanan yıkımın ardından ortaya çıkan yeni demokrasi anlayışını ifade etmek için kullanılan, siyaset bilimi ve anayasa hukuku doktrininde kabul görmüş bir kavramdır. Söz konusu kavramın ilk olarak 1937 yılında, Batı Avrupa’da, totaliter akımların yıkıcı etkilerinin etkisini gösterdiği dönemde, siyaset bilimci Karl Loewenstein tarafından kullanıldığı görülmektedir. Loewenstein “Militan Demokrasi ve Temel Haklar” isimli makalesinde faşizmin özgürlükler için bir tehdit unsuru olduğunu, bu nedenle de demokrasiye aykırı bir durum olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu türden partilere demokratik yaşam içerisinde yer verilmemesi gerektiğini detaylı bir biçimde ele

almıştır.²⁴⁶ Loewenstein, demokrasi düşmanlarına karşı aktif, mücadeleci bir konumda bulunulması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre demokrasinin mevcut ilkeleriyle düşmanlarını yenebileceğine dair inanç, demokrasinin yıkımına yol açmaktadır. Loewenstein bu demokrasi yaklaşımını nitelendirmek için köken itibarıyla askeri bir kavram olan ve savaşan, mücadele eden gibi anlamlara gelen “militan” kavramını kullanmayı tercih etmiştir.²⁴⁷

Doktrinde, Loewenstein’in ortaya koyduğu bu demokrasi anlayışını ifade etmek için köken itibarıyla askeri bir kavram olan “militan” ifadesini, o dönem demokrasi düşmanları tarafından oluşturulan tahribata bizzat şahit olduğu için kullandığı ileri sürülmektedir.²⁴⁸ Loewenstein, demokrasinin militan olması gerektiğini düşünerek militan demokrasi kavramını kullanmış olsa da militan demokrasi anlayışının doğuşu ve gelişiminde ayrı bir yere sahip olan Almanya’da ve Almanca literatürde militan demokrasi kavramı yerine pek çok alternatif kavram kullanılmıştır.²⁴⁹ Almanca ve İngilizce literatürde militan demokrasi anlayışını ifade etmek için “militan” kavramının yerine kullanılan alternatif kavramlar “militan” ifadesine göre daha az saldırgan ve agresif bir nitelik taşımaktadır. Bunun temelinde ise anayasal demokrasiyi korumak adına temel haklara ve demokratik kurumlara sürekli, orantısız ve yersiz müdahalelerde bulunulmaması düşüncesinin yer aldığı ifade edilebilir.²⁵⁰

Türk hukuk ve siyaset bilimi literatürü incelendiğinde militan demokrasi anlayışını ifade etmek üzere özellikle iki kavramın ön plana çıktığı görülmektedir. İlk

²⁴⁶ Mehmet Güneş, **Vesayetçi Demokrasi**, Savaş Yayınevi, 2013, Ankara, s. 163.

²⁴⁷ Bkz: sozluk.gov.tr. E.T: 11/08/2023.

²⁴⁸ Kürşat Akça, **Militan Demokrasi Anlayışı Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği**, Adalet Yayınevi, 2022, s. 28.

²⁴⁹ “Bu alternatif kavramların başında militan demokrasi anlayışının teorisyenlerinden olan Karl Mannheim’ın İngilizce yazdığı bir eserin Almanca çevirisinde geçen “streitbare demokratie” (mücadeleci demokrasi) kavramı gelmektedir. Bu kavram “militant democracy” kavramının karşılığı olarak bugün Alman hukuk teori ve uygulamasında genel kabul görmüştür. Almanca’da “streitbare demokratie” (mücadeleci demokrasi) ifadesinin yanında militan demokrasi anlayışını ifade etmek üzere wachsame demokratie (tetikte demokrasi), abwehrbereite demokratie (karşı koymaya hazır demokrasi), wehrhafte demokratie (müstahkem demokrasi), wertgebundene demokratie (değerlere bağlı demokrasi) ve az tercih edilse de İngilizce aslına uygun olarak militante demokratie (militan demokrasi) gibi farklı alternatifler kullanılmaktadır. Diğer taraftan İngilizce literatürde de militan demokrasi kavramı yerine self-defending democracy (kendini savunan demokrasi), fighting democracy (mücadeleci demokrasi), defensive democracy (savunmacı demokrasi), capable of defending itself (kendini savunabilen demokrasi) gibi alternatif kavramların kullanıldığı görülmektedir.” Akça (2022), s. 28-31.

²⁵⁰ Akça (2022), s. 31.

ve yaygın olan, İngilizce “militant democracy” ifadesinin aynıyla benimsenerek “militan demokrasi” olarak kullanılmasıdır.²⁵¹ Diğer taraftan Türkçe literatürde, Almanca “streitbare demokratie” ifadesinin karşılığı olarak “mücadeleci demokrasi” kavramının da kullanıldığı görülmektedir.²⁵² Mücadeleci demokrasi kavramının benimsenmesinde ise “militan” ifadesinin uyandırdığı olumsuz çağrışım ve bunun demokrasiyle uyumsuzluğu gerekçe olarak gösterilmiştir.²⁵³ Ancak belirtmek gerekir ki militan kavramı yerine tercih edilen mücadele kavramı da “zorlu çaba, savaş” gibi anlamlara gelmekte olup²⁵⁴ söz konusu yaklaşım çerçevesinde demokrasi kavramıyla çok uyumlu gözükmemektedir.

Militan demokrasi anlayışının, Birinci Dünya Savaşı sonrası liberal demokrasilerin çöküşüne giden sürecin sonunda ortaya çıktığı görülmektedir. Söz konusu süreç genel hatlarıyla değerlendirildiğinde militan demokrasi anlayışının ortaya çıkışına zemin hazırlayan iki sebep dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki genel olarak başta İtalya ve Almanya olmak üzere liberal demokrasilerin bünyesinde ortaya çıkan diktatörlükler ve demokrasilerin bu diktatörlüklere karşı savunmasız kalmasıdır. Bir diğer sebep ise özel olarak Birinci Dünya Savaşı sonrası Almanya’da Weimar Anayasasıyla benimsenen ve demokrasi düşmanları da dâhil olmak üzere her türlü görüşe eşit mesafede yaklaşılmasını öngören demokrasi anlayışıdır. Bu belirtilen sebepler, mevcut demokrasi anlayışında bir sorgulamaya gidilmesine yol açmış ve yeni bir demokrasi arayışına girişilmiştir. Bu arayış sonucunda çözüm olarak militan demokrasi anlayışının ortaya çıktığı görülmektedir.²⁵⁵

Militan demokrasi anlayışı, günümüzde genel olarak kabul gören bir anlayış haline gelmiştir. Artık demokrasilerin militan olmasının gerekli olup olmadığı sorusu

²⁵¹ Militan demokrasi kavramının kullanıldığı çeşitli Türkçe çalışmalar için Bkz: Yusuf Şevki Hakyemez, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınevi, 2000; Adnan Küçük, **Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar**, Asil Yayın Dağıtım, 2005.

²⁵² Literatürde, “nöbette demokrasi”, “müdahaleci demokrasi”, “değerlere bağlı demokrasi”, “savaşan demokrasi”, “tetikte demokrasi” gibi nitelendirmelere de rastlamak mümkündür. Anayurt (2022), s. 620.

Militan demokrasi kavramı, Loewenstein’den günümüze kalıplaşmış, evrensel bir terim haline gelmiştir. Bu sebeple Türkçe yayınlanan akademik çalışmaların ekseriyetinde olduğu gibi, bu çalışmada da kavram birliği oluşturmak açısından evrensel ve yaygın kullanımına sadık kalınarak “militan demokrasi” ifadesi tercih edilmiştir.

²⁵³ Akça (2022), s. 32.

²⁵⁴ TDK sözlüğünde mücadele kavramı; “Birbirlerine isteklerini kabul ettirmek için iki taraf arasında yapılan zorlu çaba, savaş.” olarak tanımlanmaktadır. Bkz: sozluk.gov.tr

²⁵⁵ Akça (2022), s. 33.

doktrini meşgul etmemektedir. Doktrinde genel kabul gören görüş, demokrasi düşmanlarının demokrasinin kendilerine sunduğu imkânları kötüye kullanabilecekleri, demokrasinin ise bu duruma karşı tolerans göstermemesi gerektiği şeklindedir. İlk olarak Karl Loewenstein tarafından ortaya atılan militan demokrasi kavramı, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemede bir demokrasi anlayışı olarak kendisine yer bulmuştur. Ancak söz konusu düzenlemelerde militan demokrasi anlayışını ifade eden bir tanıma rastlayabilmek mümkün değildir. Bu düzenlemeler, günümüzde militan demokrasi anlayışının bir göstergesi olarak nitelendirilebilecek araçları ihtiva etmektedir. Dolayısıyla militan demokrasi anlayışına ilişkin tanımların doktrinde aranması gerekmektedir. Ancak doktrinde de sosyal bilimlerde alanındaki diğer pek çok kavram gibi militan demokrasi kavramının üzerinde uzlaşma sağlanan bir tanımının bulunmadığı görülmektedir. Militan demokrasi anlayışının sahip olduğu anayasal ve siyasi kimlik, her ülkede “demokrasi düşmanı” olarak nitelendirilebilecek gruplarla olan mücadelenin sui generis bir yapıda olmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda her ülkenin demokrasi tehdidinin farklı olduğu, bu durumun her ülkenin kendi iç dinamikleriyle ilgili olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla bütün bu belirtilen hususlar, militan demokrasi kavramını kapsam ve unsurlarıyla net ve sağlıklı bir biçimde tanımlamayı güçleştirmektedir.²⁵⁶ Nitekim kavramı ilk olarak ortaya koyan Loewenstein da militan demokrasi için herhangi bir tanım getirmiş değildir. Loewenstein, makalesinde militan demokrasi kavramının sahip olduğu anlama yoğunlaşmıştır.²⁵⁷

Bununla birlikte günümüz anayasa hukuku ve siyaset bilimi doktrininde militan demokrasi anlayışını tanımlayan yazarlar bulunmaktadır. Bugün kabul gören tanımlardan biri olan Sajo ve Uitz'e göre militan demokrasi, “temel hakları ve siyasi temsili kullanarak diğerlerinin dışlanması için siyasi güce erişim sağlamak amacıyla onu yok etmeye çalışan demokrasi düşmanlarına karşı olağanüstü önleyici aksiyonlar öngören bir anayasal öz savunma örneğidir.”²⁵⁸ Müller'e göre ise militan demokrasi; “demokrasiyi demokratik yollarla yıkmayı amaçlayanların demokratik rejimi

²⁵⁶ Akça (2022), s. 89.

²⁵⁷ Akça (2022), s. 89.

²⁵⁸ Andras Sajo & Renata Uitz, **The Constitution of Freedom - An Introduction to Legal Constitutionalism**, Oxford University Press, 2017, s. 433. Akt: Akça (2022), s. 90.

yıkmasını önlemek için önleyici, ilk bakışta liberal olmayan tedbirler almaya istekli bir demokratik rejim fikridir.”²⁵⁹

Türk Anayasa hukuku doktrinde Hakyemez de militan demokrasi anlayışını tanımlamıştır. Yazara göre militan demokrasi anlayışı; “faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm ve benzeri özgürlükçü demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında, kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, klasik (liberal) demokrasinin 1930'lardan sonra siyasal ve toplumsal koşulların ortaya çıkardığı farklı bir yorumu” olarak tanımlanabilir.²⁶⁰ Teziç ise militan demokrasi anlayışını kısaca, demokratik düzenin kendisini koruması olarak tanımlamıştır.²⁶¹

Doktrinin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Türkiye’de Refah Partisi’nin kapatılması kararı üzerine yapılan başvuru neticesinde verdiği 13 Şubat 2003 tarihli kararında militan demokrasi anlayışını, “kendisini yok etmeye çalışan tüm siyasi hareketlere karşı kendini savunan demokratik sistem” şeklinde muğlak ve oldukça geniş yorumlanabilecek bir ifade kullanarak tanımlamıştır.²⁶² Tanımda siyasi hareketlerden ne anlaşılması gerektiği ve demokrasinin kendisini nasıl savunacağı konusunda herhangi bir bilgi yer almamaktadır.²⁶³

Militan demokrasi kavramı etrafında gelişen tartışmalar, İkinci Dünya Savaşının ardından kimi demokratik ülkelerde, çeşitli düşünce açıklamalarına ve bunların beraberinde getirdiği örgütlenmelere karşı sınırlamalar getirilmesine yol açmıştır. Sınırlamaların getirildiği ülkelerin başında ise, “Nazi” tecrübesine sahip olan Almanya yer almaktadır. Almanya’da yaşanan acı tecrübeler sebebiyle totaliter nitelikteki siyasal partilerin demokratik sistemi yıkmaya yönelik yıkıcı faaliyetlerine

²⁵⁹ Werner Müller, **Militant Democracy**, in The Oxford of Comparative Constitutional Law, eds. Michel Rosenfeld and Andras Sajó, Oxford University Press, 2012, s. 1253. Akt: Akça (2022), s. 91-92.

²⁶⁰ Hakyemez (2000), s. 33-34.

²⁶¹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yayım, 2021, s. 397.

²⁶² AİHM, Refah Partisi ve diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31.07.2001, §62.

²⁶³ Akça (2022), s. 89.

izin verilmemiş ve bu konuda Anayasa Mahkemesi yetkili kılınmıştır.²⁶⁴ Almanya ve bir diğer acı tecrübelerle sahip olan İtalya’da faaliyete geçen Anayasa Mahkemeleri sonraki süreçte pek çok ülkede anayasa yargısının oluşumuna öncülük etmiştir. Türkiye’de de 1961 Anayasasının ardından kurulan Anayasa Mahkemesinde Almanya ve İtalya Anayasa Mahkemelerinin tecrübelerinden faydalandığı ifade edilebilir.²⁶⁵ Anayasa Mahkemeleri, toplumun belirli bir bölümünün, hatta çoğu zaman çoğunluğun görüşüne sahip olan yasama ve yürütme organları karşısında demokratik kuralların işlerlik kazanması ve hukuk devleti anlayışının egemen kılınması gibi önemli görevler üstlenmektedirler. Anayasa Mahkemeleri bunun yanında siyasi partiler aracılığıyla gündeme gelebilecek antidemokratik akımlar karşısında da önemli bir güvence niteliğindedir.²⁶⁶

Özetle militan demokrasi anlayışının iki büyük dünya savaşı arasında, demokrasinin kendilerine tanıdığı imkân ile göreve gelen ve yetki sahibi olan otoriter ve totaliter nitelikli siyasi partilerin bütün bir siyasi muhalefeti etkisiz hale getirerek yıkıcı sonuçlara yol açmalarına bir tepki durumu olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Militan demokrasi anlayışı, aynı zamanda Karl Popper’in açık toplumun problemlerinden biri olarak ifade ettiği “demokrasi paradoksu” adı verilen duruma da çözüm getirmeyi amaçlamaktadır.²⁶⁷ Militan demokrasi anlayışının günümüzde beraberinde getirdiği temel formül ise siyasi partilere ilişkin birtakım sınırlamalara

²⁶⁴ Militan demokrasi anlayışı ilk kez 1949 Federal Alman Anayasası 21’inci maddesinin 2’nci fıkrasında hukuksal karşılığını bulmuştur. “Federal Alman Anayasası’nın 21’inci maddesi: “Amaçları ve mensuplarının davranışlarıyla özgürlükçü demokratik temel düzeni ihlal etmeye veya ortadan kaldırmaya veya Federal Alman Cumhuriyetini varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partiler” (İ) “anayasaya aykırı” olarak nitelemekte ve bu tür partileri kapatma yetkisini Anayasa Mahkemesine vermektedir.” Fazıl Sağlam, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de Kapatılan Partilere İlişkin Kararının Partiler Hukukuna Etkisi**, Anayasa Yargısı, 19, 1999, s. 202.

²⁶⁵ Mehmet Turhan, **Anayasal Devlet**, Naturel Yayıncılık, 2004, s. 106.

²⁶⁶ Turhan (2004), s. 107.

²⁶⁷ “Popper’in çoğunluk hükümleri paradoksu olarak da ifade ettiği bu paradoksa göre demokrasilerde çoğunluğun bir tiranı başa getirme ihtimali vardır. Bu sebeple yazar, demokrasinin çoğunluğun egemenliği gibi bulanık bir kavrama indirgenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Popper’in ileri sürdüğü tolerans ve demokrasi paradoksu genel bir tespit niteliğindedir. Yazar demokrasi düşmanları kimdir, demokrasi düşmanlarıyla nasıl mücadele edilmelidir gibi sorulara cevap vermemiştir. Dolayısıyla yazarın düşünceleri militan demokrasi anlayışı açısından oldukça yetersiz kalmaktadır. Buna rağmen Popper’in, bir taraftan tolerans paradoksu ile her türlü ideolojiye tarafsız kalan değer göreceli demokrasi anlayışının kendi içerisindeki tutarsızlığını ifade etmek diğer taraftan da demokrasi paradoksu ile demokrasinin salt usuli ve şekli bir yönetim biçimi olmadığını savunmak suretiyle militan demokrasi anlayışının teorik temellerine katkıda bulunduğu kabul edilebilir.” Akt: Akça (2022), s. 78.

gidilmesidir. Siyasal partiler demokrasi için vazgeçilemez bir öneme sahiplerdir. Ancak siyasi partilerin zaman zaman demokrasi için bir tehdit ögesi haline geldikleri de ifade edilebilir.²⁶⁸ Anayasal ve yasal düzenlemelerle birlikte militan demokrasi anlayışının etkisi, siyasi partilerin sınırlandırılması hatta kapatılmasının demokrasinin temel ilkelerine uygun düşer hale getirilmesidir. Ancak bu durum siyasi partiler için esas olan özgürlüğün ortadan kaldırıldığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Siyasi partilerin sınırlandırılmasına hukuk devleti ilkesine riayet edilmesi ve demokratik kurallar çerçevesinde hareket edilmesi son derece büyük öneme sahiptir.

Militan demokrasi anlayışı, Türkiye’de de siyasi partiler hakkında verilen kapatma kararları yönünden uzun yıllardır siyaset ve hukukun merkezinde yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında vermiş olduğu kararlar, Türkiye’de, militan demokrasi anlayışının ortaya çıktığı yer olarak kabul edilen Almanya’dan farklı olarak yalnızca marjinal birtakım partilerle sınırlı kalmamış, parlamentoda temsil edilen hatta iktidarda yer alan partilere karşı da uygulanmıştır.²⁶⁹ Bu durum Anayasa Mahkemesinin “aktivizm” sebebiyle gündeme gelmesine yol açmaktadır. Bu bağlamda militan demokrasi anlayışı ile yargısal aktivizm arasında yakın bir ilişkinin bulunduğu, kimi zaman Anayasa Mahkemesinin verdiği bir karar ile militan demokrasi anlayışına uygun hareket ettiği ancak aynı zamanda aktivist bir tutum da sergilediği ifade edilebilir.

Militan demokrasi anlayışında, tamamen demokratik yol ve yöntemler dâhilinde olsa bile bazı düşüncelerin savunulması ve bu düşünceler etrafından siyasal örgütlenmelerin sağlanması mümkün gözükmemektedir. Söz konusu düşüncelerin demokratik yol ve yöntemlerle iktidara gelmesi, militan demokrasi anlayışı gereğince engellenmesi gereken bir durumdur. Hakyemez’e göre; “Türkiye örneğinde militan demokrasi anlayışının anayasalarda partileri pek çok konuda kısıtlayacak şekilde ele alındığı ve AYM tarafından bu düzenlemelerin katı bir şekilde uygulandığı

²⁶⁸ Demokrasinin hayatta kalması, bir manada siyasi partilerin üstlendikleri rollerine ve bu rolleri siyasi arenada sahnelerken gösterdikleri performanslarına bağlıdır. Georges Vedel’in söylediği gibi “Demokrasi siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, fakat siyasal partiler yüzünden ölebilir de...”Akt: Mehmet Dağ, **Türkiye’de ve İngiltere’de Siyasal Partilerin Ortaya Çıkışı**, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 2012, 4(2), s. 42.

²⁶⁹ Yusuf Şevki Hakyemez, **İkibinli Yıllarda Militan Demokrasi Anlayışının Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri**, Liberal Düşünce Dergisi, 22, 2001, s. 85.

gözlemlenmektedir.”²⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında verdiği temelli kapatma kararları, Türkiye’de hem siyaset hem de hukuk alanında uzun süredir gündemde yer almaktadır. Bu sorunun halen güncelliğini koruduğu ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesinin kurulduğu günden bugüne kadar açılan siyasi partilerin kapatılması davalarında genellikle kapatma yönünde karar aldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin kurulduğu günden bugüne kadar verdiği temelli kapatma kararları incelendiğinde üç temel gerekçenin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu gerekçeler; “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” “laiklik” ve “demokratik devlet ilkelerine aykırılık” şeklinde sıralanabilir. Doktrinde Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını militan demokrasi anlayışı içerisinde verdiği ifade edilirken²⁷¹ bu kararların dava konusunun gerekleri aşması gerekçesiyle aktivist birer nitelik taşıdığı da belirtilmektedir.²⁷² Ancak bu durum yargısal aktivizm ve militan demokrasi anlayışının aynı durumu ifade ettiği anlamına gelmemektedir.²⁷³ Militan demokrasi anlayışı anayasal ve yasal düzenlemeler aracılığıyla etkisini gösterebileceği gibi anayasal denetim gerçekleştiren hâkimlerin yargısal yorum neticesinde verdikleri kararlarda da etkisini gösterebilecektir. Bir anayasal veya yasal düzenleme söz konusu olduğunda yargısal aktivizm kavramı ve bu kavram ekseninde yaşanan tartışmalar gündeme gelmezken hâkimlerin yargısal yorumları, yargısal aktivizmi gündeme getirmektedir. Bu nedenle militan demokrasi anlayışının bir sonucu olan anayasal ve yasal düzenlemelerde aktivist tutumun izlerini görebilmek mümkün değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin militan demokrasi anlayışı içerisinde hareket ettiği kimi siyasi parti kapatma kararlarında, yargısal yorum sebebiyle aynı zamanda aktivist bir tutumun izlerini görebilmek mümkündür. Bu durum Türk Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu parti kapatma kararlarında da net bir biçimde görülebilmektedir.²⁷⁴

²⁷⁰ Hakyemez (2001), s. 85.

²⁷¹ Akça (2022), s. 232.

²⁷² Korucu (2014), s. 73.

²⁷³ Her iki kavram da yakın dönem olarak nitelendirilebilecek bir dönemde bir makale ile gündeme gelmiş, o dönemden bu yana siyaset bilimi ve anayasa hukuku doktrininde kendisine yer bulmaktadır. Ancak buna rağmen mezkûr kavramların tanımı ve kapsamı konusunda bir uzlaşıdan, fikir birliğinden söz edilebilmesi mümkün değildir.

²⁷⁴ Konuyla ilgili detaylı değerlendirme için Bkz: s. 153.

2.4.3. Yargısal Aktivizm ve Yerindelik Denetimi

Yerindelik denetimi, genel olarak idari işlemlerin denetimi bağlamında idari yargı ile ilgili bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Ancak yerindelik denetimi kavramının anayasa yargısı için de önem ifade ettiği söylenebilir.²⁷⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında da “yerindelik denetimi” ifadesine rastlanılabilmesi mümkündür.²⁷⁶ Yerindelik denetimi kavramının anlamının ve kapsamının anlaşılabilmesi için öncelikle “takdir yetkisi” kavramı üzerinde durulması, söz konusu kavramın somutlaştırılması gerekmektedir. Takdir yetkisi kavramının idare hukuku alanında, hukukun diğer alanlarına kıyasla daha fazla kullanıldığı görülmektedir. Takdir yetkisi ile ilgili doktrinde yer alan tanımlar incelendiğinde de “idare” ve “idarenin işlemleri” ekseninde tanımlamaların bulunduğu ifade edilebilir. Genel olarak, idarenin nerede, ne zaman, nasıl bir işlem tesis edeceğinin hukuk kuralları ile baştan emredici bir şekilde belirlenmediği hallerde, takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir.²⁷⁷ Bu bağlamda takdir yetkisi, “idareye işlemin sebebini, konusunu, yerini ve zamanını belirlemek, farklı çözümlerden birini seçmek, işlem yapmak ya da yapmamak konusunda verilen hareket serbestisi” olarak tanımlanabilir.²⁷⁸ Doktrinde yer alan bir diğer tanıma göre ise takdir yetkisi, “dış çerçevesi mevzuatta çizilmiş ancak içi bir takım imkânsızlıklarla doldurulamamış bir idari usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp

²⁷⁵ “Yerindelik denetimi” kavramı doktrinde genel olarak idari yargı alanındaki çalışmalarda ele alınmaktadır. Ancak konu sınırlı da olsa anayasa hukuku ve anayasa yargısı bağlamında değerlendirilmiştir. Yerindelik denetiminin anayasa hukuku bağlamında değerlendirildiği örnek çalışma için Bkz: Yusuf Şevki Hakyemez, **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, 2007, 23(1), s. 525-568,

²⁷⁶ Her ne kadar anayasa yargısı özelinde kullanımına fazla rastlanılamıyor olsa da yerindelik denetimi kavramına çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarında rastlanılabilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi, 1995 yılında verdiği bir kararda, kendisinin kanunun yerindeliğini tartışmak yerine sadece kanunun Anayasaya aykırılığını denetlemekle görevli olduğunu; kanunların Anayasaya aykırı olmadıkları sürece, en uygun çözümü getirmediüklerini ileri sürerek bunların iptal edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, açıkça yasama organının takdir yetkisi içerisindeki siyasal tercihlerine, Anayasaya aykırılık taşımadıkları sürece, ülke koşulları için uygun olmadıkları gerekçesiyle dokunulamayacağını, böylece yerindelik denetimine kayılmasının söz konusu olmayacağını vurgulamıştır. AYM, E. 1994/82, K.1995/9 sayılı, 15/02/1995 tarihli kararı.

²⁷⁷ Şeref Gözübüyük & Turgut Tan, **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, 6. baskı, Turhan Kitabevi, 2013, s. 506.

²⁷⁸ Turan Yıldırım & Melikşah Yasin & Nur Kaman & Halit Eyüp Özdemir & Gül Üstün & Özge Okay Tekinsoy, **İdare Hukuku**, On İki Levha, 2013, s. 699.

kullanılamamasını belirleme yetkisidir.”²⁷⁹ En kısa tanımla değerlendirme, kıymetini belirleme,²⁸⁰ serbest bir şekilde karar alma, hareket etme²⁸¹ yetkisi olarak tanımlanabilecek takdir yetkisinin bir hak sahipliğinin beraberinde getirdiği genel bir yetenek olduğu ifade edilebilir. Bir diğer ifadeyle takdir yetkisi, bir yetki türünden ziyade yetkilerin kullanım şeklini ifade eden bir kavramdır.²⁸²

İdare hukuku bağlamında idarenin sahip olduğu takdir yetkisi gibi yasama organının da yasama yetkisinin ilköelliği²⁸³ uyarınca, bir konuyu, herhangi bir metinde yetki verilmeksizin direkt olarak düzenleme altına alabilmesi mümkündür. Yasama organının da bu anlamda bir takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilebilir. Yasama fonksiyon kapsamında yer alan işlemler, genel hatlarıyla belirli koşulların varlığı halinde belirli hukuki sonuçlara neden olabilecek biçimde bir sınırlamaya tabi tutulmamışlardır. Bazı hallerde anayasada yasama organına bir işlem tesisi için emir verilmiş olabilir. Ancak genel olarak yasama organının anayasaya aykırı olmamak üzere dilediği hukuki sonuca ulaşma konusunda geniş bir hareket imkânı tanınmıştır. Yasama organının da bu geniş hareket imkânı kapsamında siyasi, ekonomik vb. değerlendirmelerine göre sahip olduğu yetkilerini kullanabilmesi mümkündür. Bir işlemin sebebinin, konusunun ve amacının yasama organının takdir yetkisi kapsamında olup olmadığı ilk olarak yasama organının kendisi tarafından belirlenmektedir. Denetime tabi olan işlemler açısından ise yasama organının sahip olduğu takdir yetkisi hakkında son söz Anayasanın da 148’inci ve 85’inci maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesinin bu denetim konusunda oldukça güçlü enstrümanlara sahip olduğu ifade edilebilir. Çoğunlukla soyut ve belirsiz nitelikteki anayasa hükümlerine dayanarak TBMM’nin takdir yetkisinin bir ürünü olarak ortaya çıkan düzenlemenin iptal edilebilmesi mümkündür.²⁸⁴ Anayasa Mahkemesinin burada sahip olduğu güç karşısındaki en önemli denge mekanizması ise yerindelik denetimi yasağı olarak ifade edilebilir.

²⁷⁹ Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha, 2014, s. 26.

²⁸⁰ <http://sozluk.gov.tr>. E.T: 11/08/2023.

²⁸¹ Kaya (2014), s. 18.

²⁸² Kaya (2014), s. 18.

²⁸³ Doktrinde, “yasama yetkisinin ilköelliği” kavramı yerine “yasama yetkisinin asillliği” kavramı da kullanılmaktadır.

²⁸⁴ Hakyemez (2007), s. 536.

Yerindelik, yasama organının aldığı kararların, ürettiği hizmetin gereksinimlere uygun olup olmaması şeklinde açıklanabilir.²⁸⁵ Yerindelik denetimi ise kamu hizmetinin gereksinimlere uygunluğunun denetimidir. Buna göre yerindelik denetiminin, takdir yetkisinin denetimine ilişkin yapılan ayırımı hukuka uygunluk denetiminin dışında kalan durumları ifade ettiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin, TBMM'nin işlemler için belirlediği sebebi, işlemlerle yöneldiği hukukî sonucu ve taşıdığı amacı var olan hukukî kriterlere göre değerlendirerek bunun takdir yetkisinin hukuka uygun kullanımı olduğu kanaatine ulaşırsa bu işlemler hakkında iptal kararı veremeyeceği söylenebilir. Aksi bir durumda verilecek iptal kararı yerindelik denetimi anlamına gelecek, TBMM'nin de takdir yetkisinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Burada Anayasa Mahkemesi üyelerine büyük bir sorumluluk düştüğü ifade edilebilir.²⁸⁶

Anayasada yer alan hükümler incelendiğinde genel olarak açık düzenlemelerin bulunmadığı, bir belirsizliğin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi de burada zor bir görevi yerine getirmektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar ile hukukun sınırları içerisinde kalması gerekse de kimi zaman yerindelik denetimine yol açabilecek kararların verildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu şekilde yerindelik denetimine kaymasında, 1982 Anayasasının başlangıç bölümündekine benzer bir biçimde siyasal niteliği ağır, muğlak, soyut birtakım ilke ve kuralların denetime esas norm olarak anayasa metninde kendisine yer bulmasının etkili olduğu savunulabilir.

Yerindelik denetimi yasağı ile Anayasa Mahkemesinin, TBMM'nin siyasî, idarî, malî ve sair konulardaki tercih ve takdirlerini belirli bir şekilde kullanmaya zorlaması engellenmekte, bu yolla Mahkemenin günlük politik tartışmalarda taraf olmaması temin edilmeye çalışılmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi sayılabilecek kararlar vermesi yargısal aktivizm ya da hâkimler hükümeti tartışmalarına da neden olabilmektedir.²⁸⁷ Bu durum yerindelik denetimi ve yargısal

²⁸⁵ Onur Karahanoğulları, **İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi**, Mülkiye Dergisi, 35(270), 2011, s. 58.

²⁸⁶ Hakyemez (2007), s. 541.

²⁸⁷ Hüseyin Aksu, **Teoriden Pratiğe Anayasa Mahkemesi ve Siyaset**, Ekin, 2022, s. 72.

aktivizm kavramlarının çoğu zaman birbirlerinin yerine, aynı anlama gelecek biçimde kullanılmasına neden olmaktadır.

Genel olarak Anayasa Mahkemesinin “aktif” bir yargısal tutum içerisinde bulunduğu kararları ifade etmek için kullanılan yargısal aktivizm kavramı, yerindelik denetiminden çok daha kapsamlı bir durumu ifade etmektedir. Yargısal aktivizmin bu yönüyle yerindelik denetimini de kapsayan bir yapıda olduğu ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi olarak nitelendirilebilecek kararları aynı zamanda aktivist bir tutumun varlığını da ortaya koymaktadır. Ancak her aktivist kararda bir yerindelik denetiminin varlığından söz edilebilmesi mümkün değildir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin kendisine Anayasada açıkça tanınmayan bir yetkiyi kullanması durumunda yerindelik denetimin söz edilememektedir.

Yerindelik denetimi yasağı, Anayasa Mahkemesinin özellikle sosyal ve ekonomik hak ve ödevler bağlamında yaptığı denetimlerde etkisini göstermektedir.²⁸⁸ Anayasada ekonomik ve sosyal hayat ile ilgili bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak bu durum siyasal iktidarların farklı ekonomik politikalar izleyebilmelerini engeller nitelikte değildir. Küçük’e göre Anayasa Mahkemesinin de burada siyasal iktidarların ekonomik yaşam, sosyal ve kültürel yaşam, mali politikalar gibi konulardaki tutumunda, anayasaya açık aykırılık taşımaması durumunda müdahalede bulunmaktan kaçınması gerekmektedir.²⁸⁹ Bu durum yerindelik denetimi tartışmalarının önüne geçilmesini sağlayacaktır. Bu bağlamda yerindelik denetimi kavramının, anayasa hukukunda benzer durumları ifade etmek için kullanılan yargısal aktivizm kavramından daha dar bir kapsama sahip olduğu ifade edilebilir. Anayasa hukukunda daha geniş bir anlama sahip olan yargısal aktivizm kavramının kullanılması, yerindelik denetimi kavramının daha çok idare hukuku alanı ile sınırlı bir şekilde kullanılmasına da yol açmaktadır. Bu bağlamda yerindelik denetiminin mevcut olduğu bir Anayasa Mahkemesi kararı değerlendirilirken çoğu zaman eleştiriler “yargısal aktivizm” kavramı esas alınarak yapılmakta, Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi yaptığı değil aktivist bir tutum içerisinde olduğu ifade edilmektedir. Anayasanın 125’inci maddesinin de bu durum üzerinde etkisinin

²⁸⁸ Hakyemez (2009), s. 139.

²⁸⁹ Küçük (2017), s. 288.

olduğu ifade edilebilir.²⁹⁰ İlgili anayasal hüküm uyarınca yerindelik denetiminin yasağının yalnızca idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğu ile sınırlı olduğu anlaşılabilmektedir. İdari yargı için yerindelik denetimi yasağı Anayasada açıkça düzenlenmesine karşılık Anayasa Mahkemesi için anayasallık denetiminin sınırları konusundaki tek hüküm Anayasanın 153'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan hükümdür.²⁹¹ Bu hüküm yasama organının takdir yetkisi ve Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi yapması yasağını tam olarak karşılamamaktadır. Ancak kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak doktrinde ve uygulamada Anayasa Mahkemesinin yasama organının takdir yetkisine müdahale etmemesi gerektiği bu durumun yerindelik denetimine yol açacağı ifade edilmektedir.²⁹² Yerindelik denetimi yasağının her ne kadar idari yargıdakine benzer bir biçimde açık bir biçimde Anayasada yer almıyor olsa da kuvvetler ayrılığı ilkesi ve hukuki denetimin sınırlarının doğal bir sonucu olarak anayasa yargısı için de geçerli olacağı, ifade edilebilir. Özetle yerindelik denetimi, kimi zaman yargısal aktivizm ile örtüşen bir görünüme sahip olsa da yargısal aktivizmden çok daha sınırlı bir durumu ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Anayasa yargısında da idari yargıdakine benzer bir biçimde kullanımına rastlanan bu kavramın olumsuz bir anlam taşıdığı söylenebilir.

2.4.4. Yargısal Aktivizm ve Hâkimin Hukuk Yaratması

Yaşanan teknolojik gelişmeler ve toplumsal yaşamda meydana gelen değişimler, hukuk kurallarının ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlığa çözüm getirmesini güçleştirmektedir. Bu nedenle mevcut ve ilerleyen dönemde ortaya çıkabilecek her türlü hukuki ilişki tahmin edilerek hukuki düzenlemelerin yapılması mümkün olamamaktadır. Bu durum ise “kanun boşluğu” ve “hukuk boşluğu” kavramlarını gündeme getirmektedir. Dural/Sarı'ya göre “kanun boşluğu, kanunda hüküm bulunmaması, hukuk boşluğu ise hem kanunda hem de örf ve âdet hukukunda hüküm olmaması” olarak tanımlanabilir.²⁹³ Buna göre hâkimin hukuk yaratması, kanun

²⁹⁰ Söz konusu hüküm: “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz.”

²⁹¹ Söz konusu hüküm: “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.”

²⁹² Yancı Özalp (2018), s. 262.

²⁹³ Mustafa Dural & Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri)**, Filiz Kitabevi, 2011, s. 132.

boşluğunda değil hukuk boşluğu adı verilen boşluk türünün mevcudiyeti halinde gündeme gelmektedir.²⁹⁴ Doktrinde kimi isimler ise hukuk boşluğu kavramına karşı çıkmaktadırlar.²⁹⁵ Aktaş’a göre boşluk, pozitif hukukun eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle hukuk boşluğu kavramı terminolojik anlamda reddedilmesi gereken bir kavramdır. Hukukta boşluk olması halinde hukuki ihtilafların bir bölümünün çözümsüz olması gerekirdi. Ancak günümüzde hukuk sistemlerinde herhangi bir hukuki ihtilafların çözümsüz bırakılabilmesi mümkün olmamaktadır.²⁹⁶

Hukuk kurallarının her türlü uyuşmazlığa çözüm getirecek nitelikte olmaması, kanunlarda boşluk olmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Fakat mevcut bir hukuki boşluk sebebiyle hâkimin bir problemi çözümsüz bırakması, hukuken kabul edilebilir nitelikte değildir. Bu nedenle hâkimin hukuk boşluğunu gidermesi gerekmektedir. Bu noktada ise “hâkimin hukuk yaratması” kavramı gündeme gelmektedir. Hâkimin hukuk yaratması, hukuk boşluğunun varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Buna göre hâkimin hukuk yaratması kavramının, bir hukuk boşluğu durumunda hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek hakkaniyeti de göz önünde bulundurup bir kural koyması ve var olan uyuşmazlığı bu kural aracılığıyla çözüme kavuşturması şeklinde tanımlanabilmesi mümkündür.²⁹⁷

Türk hukuk sisteminde hâkimin hukuk yaratmasının hukuki gerekçesini Anayasa ve Türk Medeni Kanunu oluşturmaktadır. Anayasanın 36’ncı maddesi uyarınca hâkimlerin önlerine gelen davaları çözüme kavuşturmaları zorunluluğu bulunmaktadır.²⁹⁸ Hâkimin hukuk yaratması ise bir tür görev ve yetki olarak Türk Medeni Kanunu’nda düzenleme altına alınmıştır. Hâkimin hukuk yaratması, kanun boşluğu halinde gündeme gelmekte olup daha çok özel hukuk alanında mümkün olmaktadır.²⁹⁹ Kıta Avrupası hukuk sisteminde kamu hukuku alanında hâkimin hukuk yaratmasının genel olarak kabul görmediği ifade edilebilir. Özellikle kanunilik ilkesinin egemen olduğu ceza hukuku ve vergi hukuku gibi alanlarda hâkimin hukuk

²⁹⁴ Dural & Sarı (2011), s. 132.

²⁹⁵ Sururi Aktaş, **Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14(1-2), s. 10.

²⁹⁶ Aktaş (2010), s. 17.

²⁹⁷ Yılmaz Aslan & Doğan Şenyüz, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 74.

²⁹⁸ Söz konusu hüküm: “Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.”

²⁹⁹ Aslan & Şenyüz (2017), s. 74.

yaratmasından söz edilemeyeceği belirtilmektedir.³⁰⁰ Ancak doktrinde, hâkimin hukuk yaratmasının, her ne kadar özel hukuk alanında etkili bir kavram olsa da durumun gereklerine uygun düşmesi halinde kamu hukuku alanında da uygulanabileceğini savunan kimi yazarlara rastlamak mümkündür.³⁰¹ Örneğin Aral’a göre, “kanun boşluklarının doldurulması konusunda, Türk Ceza Kanunu’ndaki suçta ve cezada kanunilik ilkesi gibi özel bir sınırlama olmadığı müddetçe diğer hukuk dallarında da hâkimin hukuk yaratması yol gösterici niteliktedir.”³⁰² Bu görüş uyarınca kamu hukukunda, ceza hukuku ve vergi hukuku gibi kanuniliğin zorunlu olduğu alanlar ile bir konunun tüketici bir biçimde ele alındığı ve aksiyle kanıt yönteminin uygulanabildiği alanlar dışında hâkimin hukuk yaratmasına başvurulabilmesi mümkündür. Edis de bireyler açısından yeni yükümlülükler getirmemek şartıyla kamu hukukunda boşluk doldurmaya olumlu bir şekilde yaklaşmaktadır. Yazar, özellikle idare hukuku alanında boşluk doldurmaya karşı çıkmamaktadır. Buna karşılık anayasa yargısında boşluk doldurmanın mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Bu durumun temel gerekçesi ise Anayasada yer alan Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verirken kanun koyucu gibi hareket edemeyeceğine ilişkin yükümlülüğü getiren düzenlemedir.³⁰³

Hâkimin yargısal etkinliklerinden biri olarak ifade edilebilecek olan hâkimin hukuk yaratması, hâkimin takdir yetkisinden ve hukuk kurallarını yorumlamasından farklıdır. Hâkimin yaptığı yorum, hukuki metnin ne anlama geldiğini tespit etme faaliyeti olarak ifade edilebilir. Hâkimin takdir yetkisi ise kanun koyucu tarafından hâkime belirli sınırlar içerisinde kullanması için tanınan bir yetkidir. Yorum faaliyetinde hâkim, klasik yorum yöntemi olarak ifade edilen yorum yöntemlerinden yararlanmakta, olaya uygulayacağı hukuk kuralının lafzından, kanunun

³⁰⁰ Türk Ceza Kanunu’nun 2’nci maddesi; “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” şeklindedir. Benzer şekilde vergi hukuku alanında kanunilik ilkesinin geçerliliği 1982 Anayasasının m.73/3 hükmünden kaynaklanmaktadır. Maddeye göre “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.”

³⁰¹ İlyas Doğan, **Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma**, Astana Yayınları, 2023, s. 273.

³⁰² Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, 2021, s. 197.

³⁰³ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları. No:41, 1993, s.119-120. Akt: Doğan (2023), s. 330.

sistematikinden, tarihinden ya da koyuluş amacından yola çıkarak hukuk kuralının anlamını tespit etmeye çalışmaktadır. Hukuk yaratmada ise hâkim var olan bir hukuk boşluğu sebebiyle yeni bir kural ihdas etmektedir. Hukuk yaratma ile hâkimin takdir yetkisi arasındaki en temel farklılık ise takdir yetkisinin kanun koyucu tarafından hâkime tanınan bir içeriğe sahip olması ve hükmün genel hatlarıyla düzenleme altına alınmış olmasıdır. Buna göre hükümdeki detaylar kanun koyucu tarafından hâkime bırakılmıştır. Hukuk yaratma faaliyetinde ise hâkim kanun koyucunun yerine geçerek bir hukuk kuralı yaratmaktadır.

Hâkimin hukuk yaratması, takdir yetkisi ve yorum kavramı gibi yargısal aktivizm kavramı ile de karıştırılabilecek nitelikte bir kavramdır. Buna göre bu iki kavram arasındaki farkların da ortaya koyulması gerekmektedir. Hâkimin hukuk yaratması, kanun boşluğunun söz konusu hallerde hâkimin kanun koyucu gibi davranarak genel bir kural koymasını ve uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle hâkimin hukuk yaratmasının yargısal aktivizme kıyasla çok daha net ve belirgin bir anlamının bulunduğu ifade edilebilir. Yargısal aktivizm kavramı, siyaset ve hukukun kesiştiği bir alanda görev yapan bir alanda görev yapan anayasa yargısına özgü bir kavramken hâkimin hukuk yaratmasının daha çok özel hukuk alanına özgü bir kavram olduğu, kamu hukuku alanında kullanımının ise tartışmalı olduğu görülmektedir. Söz konusu kavramlar arasındaki önemli bir farklılık da kavramların geçmişine ilişkindir. Yargısal aktivizm kavramı, ilk kez 1947 yılında yayımlanan bir makale ile kullanılmış olsa da anayasa yargısının ortaya çıkışından itibaren söz konusu kavrama ilişkin izlere rastlamak mümkündür. Hâkimin hukuk yaratması ise anayasa yargısı ve yargısal aktivizme kıyasla çok daha köklü bir geçmişe sahiptir.

Hâkimin diğer resmi görevlilerden farklı olarak hukukun ve adaletin de kaynağı olduğu anlayışı, yaratıcı hâkim tasavvurunu ortaya çıkarmıştır. Yaratıcı hâkim tasavvuru yalnızca boşluk olması halinde hâkimin hukuk yaratmasından daha kapsamlı bir durumu ifade etmekte olup hâkimlerin mevcut hukuku uygularken bile kanunun ruhunun somut olayda adaleti gerçekleştirecek biçimde vuku bulmalarını sağlamalarını ifade etmektedir. Yaratıcı hâkim tasavvurunu hukukun gelişim tarihinde görebilmek mümkündür. Hem Roma hukukunda hem de İngiltere’de pozitif hukuku tamamlayacak biçimde hâkimin hukuk yaratmasının söz konusu olduğu

anlaşılmaktadır.³⁰⁴ Roma’da Pretorun yarattığı makam hukukunun, *ius civile*’yi; İngiltere’de ise şansölyenin yarattığı hakkaniyet hukukunun, *common law*’u tamamlayabildiği söylenebilir.³⁰⁵ Ancak hâkimin hukuk yaratmasının veya yaratıcı hâkim tasavvurunun keyfilik anlamına gelmediği ifade edilmelidir. Hâkimin hukuk yaratırken, biçimsel ve maddi birtakım sınırlamalara tabi olması gerekmektedir. Biçimsel sınırlama olarak İsviçre ve Türk Medeni Kanunu’nun öngördüğü “yasa koyucu gibi hareket etme” ölçütü gösterilebilir; maddi sınırlama olarak da hukukun genel ilkeleri ve insan hakları doktrini gösterilebilir.³⁰⁶ Bu bağlamda bu biçimsel ve maddi sınırlamalar içerisinde hâkimin hukuk yaratmasının kapsamı yargısal aktivizme kıyasla çok daha köklü bir geçmişe sahip olduğu ve çok daha belirgin bir kavram olduğu söylenebilir.

2.5. Yargısal Aktivizm Kavramına Yüklenen Değer

Yargısal aktivizm kavramı, anayasa yargısı ile birlikte, hukuk ve siyasetin kesiştiği alanda yer almaktadır. Aktivist tutumları sebebiyle Anayasa Mahkemeleri siyasallaşabilmekte bu da antidemokratik birtakım sonuçları beraberinde getirmektedir. Doktrinde, halkın temsilcileri tarafından alınması gereken kararların, atanmış hâkimler tarafından alınmasının demokrasi kavramıyla açıklanamayacağı ileri sürülmektedir. Bu bağlamda yargısal aktivizm neticesinde demokratik toplum düzeninde önemli hasarların oluşabileceği söylenebilir. Anayasa Mahkemelerinin siyasallaşmaları, tarafsızlıklarını yitirmelerine yol açmaktadır. Yargısal aktivizm sonucunda, bu tutumu benimseyen Yüksek Mahkemeler, toplum nezdinde önemli bir itibar kaybına uğrayabilmektedirler.³⁰⁷ Yaşanan güven ve itibar kaybı neticesinde, Yüksek Mahkemelere yönelik siyasal baskıların arttığı söylenebilir. Yine öngörülebilirlik problemi de Yüksek Mahkemelerin aktivist bir tutum benimsemelerinin yol açabileceği sorunlardandır. Yüksek Mahkemelerinin aktivist bir tutum benimseyerek içtihat değişikliğine gitmeleri ve benzer konularda farklı kararlar vermeleri, öngörülebilirlik bakımından önemli bir problemdir.³⁰⁸

³⁰⁴ Tuba Dilşat Karataş, *Teoride ve Farklı Hukuk Sistemlerinde Hâkimin Hukuk Yaratması*, Adalet Yayınevi, 2023, s. 131.

³⁰⁵ Karataş (2023), s. 131.

³⁰⁶ Karataş (2023), s. 131.

³⁰⁷ Erdoğan (2017), s. 100.

³⁰⁸ Korucu (2014), s. 113.

Yargısal aktivizm kavramı ile ilgili yapılacak nitelendirmeler, siyaset ve yargı kurumları arasındaki ilişki ile ilgili geliştirilen yaklaşımlarla yakından ilişkilidir. Siyaset ve hukukun kesiştiği alanda yer alan anayasal denetim sayesinde yasama organının iradesi olan kanunlar, yargı organı tarafından hükümsüz kılınabilmektedir. Bu durum da çeşitli gerilim ve krizleri beraberinde getirmektedir. İçerisinde bulunduğu sorunlu alan nedeniyle bir belirsizliği içerse de yargısal aktivizm kavramının yargısal sınırların ihlaline ilişkin bir kavram olduğu söylenebilir. Yargısal aktivizmin meşruiyeti sorunu önem taşısa da yargısal aktivizme yol açan sebepler ve aktivizmin olması gerekip gerekmediği, eğer gerekiyorsa hangi yönde olması gerektiği esas üzerinde durulması gereken konudur.

Yargısal aktivizm kavramının genel olarak olumsuz bir durumu açıklamak için kullanıldığı görülmektedir. Ancak bu kavramın kimi hallerde olumlu bir durumu ifade edebileceğini belirten çeşitli görüşler de bulunmaktadır. Doktrinde kimi yazarlar yargısal aktivizmin, anayasanın esas ruhunu ortaya çıkaracağını ve bu yolla anayasal hükümlerin çok daha sağlam bir şekilde korunabileceğini belirtmektedirler. Barnett de bu doğrultuda yargısal aktivizmin her zaman olumsuz değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.³⁰⁹ Barnett'e göre anayasaya aykırı bir nitelik taşıyan kanunların iptal edilmesi gerekmektedir. Bu durum yargısal aktivizm olarak nitelendirilemeyecektir. Yargısal aktivizmi basit bir biçimde yasaların geçersiz kılınması şeklinde tanımlamak isabetli değildir. Bu ifade yerine, yasaların uygun olmayan bir biçimde geçersiz kılınması tanımlamasını kullanmak yerinde olacaktır.³¹⁰ Barnett'in belirttiği üzere, yargısal aktivizmi yasaların yargı organı tarafından iptal edilmesiyle aynı anlama gelecek bir biçimde algılamak, anayasa yargısını anlamsız hale getirecektir. Ancak yasaların uygun olmayan bir biçimde geçersiz kılınmasını objektif bir biçimde tespit edebilmek oldukça güçtür. Bu güçlük, esasında yargısal aktivizm kavramının tanımlanmasındaki güçlüğü de beraberinde getirmiştir. Barnett tarafından da belirtildiği üzere, yargısal aktivizmin kimi hallerde olumlu bir fonksiyona sahip olabileceğini belirten birtakım görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, referans noktası olarak anayasacılık düşüncesinden ve temel hak ve özgürlüklerin devlet karşısında

³⁰⁹ Randy Barnett, **Constitutional Cliches**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 36(3), 2008, s. 495.

³¹⁰ Barnett (2008), s. 495.

korunması noktasından hareket etmektedir.³¹¹ Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin yetkilerini genişleterek yasama sürecini sekteye uğratması, temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu bir durumda katlanılabilir bir durum haline gelmektedir. Ancak burada da bir yargıcın kararını temel hak ve özgürlükleri koruma düşüncesiyle mi ideolojik birtakım sebeplerle mi verdiğinin tespiti zorlaşmaktadır. Bu noktada Özbudun'un tespiti yol gösterici niteliktedir. Özbudun'a göre mahkemelerin ekonomik tercihler noktasında kendini sınırlayan, bireysel özgürlüklerde ise aktivist bir tavır içerisinde olmaları gerekmektedir³¹². Kuşkusuz, anayasal denetimin sınırlarının dar bir çerçevede olduğu bir durumda anayasa yargısının özü zarar görecektir, temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevi tehlikeye girecektir.³¹³

Hakyemez'e göre de yargısal aktivizm her ne kadar olumsuz bir biçimde, yargı kararlarını eleştirmek için kullanılıyor olsa da bazı hallerde gerekli olabilmektedir. Nitekim insan haklarını, çağın gereklerine uygun kılmak üzere özgürlükçü açılım gerektiren bir aktivizm, olumlu ve hatta gerekli kabul edilmelidir.³¹⁴ Liberal anayasacılık anlayışına göre değerlendirildiğinde, insan haklarının söz konusu olduğu hallerde anayasa hükümlerinin temel hak ve özgürlüklerin lehine olacak bir biçimde yorumlanması neticesinde ortaya çıkan yargısal aktivizm, olumsuz yargısal aktivizm olarak kabul edilemeyecektir. Özellikle liberal anayasacılık anlayışına sahip kimselerin, temel hak ve özgürlükler konu edildiğinde yargısal aktivizme olumsuz bir anlam atfetmedikleri görülmektedir.³¹⁵ Nitekim temel hak ve özgürlükler lehine bir karar verilmesi, anayasa hükümlerinin bu doğrultuda yorumlanması, anayasa yargısının temel fonksiyonları arasında yer almaktadır. Anayasalarda kolay bir biçimde değişiklik yapılamaması, anayasa yargısı organının yorumlarını çok daha önemli hale getirmektedir. Bu bağlamda insan hakları çerçevesinde, çağın gereklerine uygun yorumları içeren mahkeme kararları, anayasa metnlerinin sık sık değişmemesinin yol açabileceği problemleri önler niteliktedir.³¹⁶ Yüksek Mahkemelerin ancak bu şekilde hareket ederek hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü

³¹¹ Hasan Tahsin Göksu, **Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Yargısı: Kendini Sınırlama İlkesi (Judicial SelfRestraint)**. E. Yıldırım içinde, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012, s. 120.

³¹² Ergun Özbudun, **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017, s. 51.

³¹³ Korucu (2014), s. 117.

³¹⁴ Hakyemez (2009), s. 20.

³¹⁵ Hakyemez (2009), s. 37.

³¹⁶ Hakyemez (2009), s. 37.

gibi temel ilkelerin hayat bulmasına katkı sunabilecekleri söylenebilir. Yüksek Mahkemelerin, hukuk devleti ilkesi uyarınca temel hak ve özgürlükler lehine olumlu bir tutum sergilemeleri, yasama ve yürütme organlarının da anayasal sınırların dışına çıkmalarının önüne geçecektir.

Yargısal aktivizm bağlamında önem taşıyan husus, söz konusu kavramın sınırlarının belirlenmesindeki güçlütür. Aktivizmin sınırının belirlenmesinin önemli ve güç bir faaliyet olduğu söylenebilir. Fakat burada, önemli olan bir diğer husus da aktivizmin hangi durumlarda kabul edilebilir olduğudur. Bu bağlamda anayasacılık düşüncesi temel bir referans olarak değerlendirilebilir. Anayasacılık düşüncesi, devletin bireyler karşısında sınırlandırılması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ve bu sayede demokrasi ve hukuk devleti gibi ilkelerin daha etkin kılınmasını ifade etmektedir. Nitekim yazılı anayasaların bu amaç doğrultusunda gelişim gösterdiği söylenebilir. Bu durumda, yargısal aktivizm kavramı değerlendirilirken anayasacılık düşüncesi önemli bir referans noktası olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Avrupa’da mahkemelerin tarihi incelendiğinde onların bilinçli bir şekilde aktivist tutum sergilemelerinin desteklendiği görülmektedir.³¹⁷ Bazı dönemlerde siyasal yaşamı ciddi bir biçimde etki altına alan Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi birkaç mahkemenin haricinde, Avrupa demokrasilerinde, anayasa yargısının aktivizmi, genel olarak insan haklarının geliştirilmesi ve hukuk devleti ilkesinin sağlamlaştırılması amacına yönelik olmuştur.³¹⁸ Bu nedenle insan haklarının korunması ve geliştirilmesi yönündeki aktivist tutum, meşru kabul edilmekte, olumlu değerlendirilmektedir. Bu doğrultuda, Yüksek Mahkemelerinin, temel hak ve özgürlükler ve insan haklarını koruma görevi karşısında, bu amaçla aktivist bir tutum benimsemeleri, demokrasinin güçlendirilmesi bakımından son derece büyük öneme sahiptir. Anayasa Mahkemelerinin bu türden kararlarının meşru kabul edilmesinin yanında, aynı zamanda bir gereklilik olduğu da söylenebilir. Ancak Anayasa Mahkemelerinin, bunun dışında kalan ekonomik ve siyasal birtakım tercihleri

³¹⁷ Safiye Yılmaz, **Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Yetkisinin Sınırları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016, s. 304.

³¹⁸ Yılmaz (2016), s. 304.

ilgilendiren konularda aktivist bir tutum takınmaları, demokrasiye aykırılık oluşturacak, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Bu nedenle Yüksek Mahkemelerin verdikleri kararların ve aktivist tutumun yol açabileceği sonuçlar bakımından son derece kritik öneme sahip olduğu söylenebilir.

Gülsoy, anayasa yargısının, özgürlükler bakımından öngörülebilir bir düzen kurduğu için meşru olduğunu, bu bağlamda anayasa yargısında anayasal haklar açısından aktivist bir tutum takınmanın, demokrasiyi daha güçlü hale getireceği için olumlu kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³¹⁹ Caniklioğlu da genellikle olumsuz bir anlamda kullanılıyor olsa da bu kavrama ortaya çıktığı siyasal iklimin şartları çerçevesinde yaklaşılması gerektiğini ifade etmiş, bu kavramın ortaya çıkmasına neden olan olgusal gerçekliğin ise esasında bir ihtiyaçtan hatta bir tür zorunluluktan kaynaklandığını belirtmiştir.³²⁰ Bu noktada, yargısal aktivizm ile birlikte mahkemenin hukuk uygulayıcısı olmaktan çıkarak hukuk kuralını oluşturan bir konuma gelmesi ve yasama organı gibi bir tutum sergilemesi, göz ardı edilmemesi gereken tehlikeli bir durumdur. Netice itibariyle, temel hak ve özgürlükler ile ilgili konularda Anayasa Mahkemelerinin insan hakları lehine olacak bir biçimde aktivist bir tutum sergilemeleri sonucunda ortaya çıkan aktivizm olumlu olarak kabul edilmelidir. Ancak temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan konularda mahkemelerin aktivist bir tutum takınmaları önemli bir tehlikedir. Bu bağlamda bu tehlikenin önüne geçilmesi gerekmektedir. Yargısal aktivizmin olumsuz yönü olarak nitelendirilebilecek bu durumda, Anayasa Mahkemesi, anayasanın üstünlüğünü koruma görevini yerine getirememekte, hakem olma rolünü kaybederek bağımsız bir yargı organı yerine ideolojik birtakım görüşler çerçevesinde kararlar alan ve siyasal yaşamı yönlendiren, “bekçi” rolündeki bir organ haline gelmektedir. Bu türden bir anayasa yargısı organının da demokratik siyasal yapı ile bağdaşan herhangi bir yönünün bulunmadığı söylenebilir.³²¹

Yargısal aktivizm kavramı, Türkiye için de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar bağlamında güncelliğini koruyan bir konudur. Anayasa yargısının benimsendiği ülkelerde yargısal aktivizm ile sık sık karşılaşılmasına rağmen sorunun

³¹⁹ Gülsoy (2007), s. 257.

³²⁰ Dikmen Caniklioğlu (2010), s. 267.

³²¹ Hakyemez (2009), s. 38.

Türkiye’de özel bir öneme sahip olduğu ifade edilmektedir. Doktrinde, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından sergilenen aktivist tutumun, olumlu aktivizm olarak nitelendirilebilecek temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi yolunda olmadığı, genel olarak devletin temel değerlerini ve çıkarlarını savunmaya yönelik bir aktivizm olduğu belirtilmiştir.³²² Yargısal aktivizm konusunun Türkiye’de özel bir öneme sahip olmasının önemli bir sebebi de 1982 Anayasasının, yargısal aktivizme elverişli pek çok hükmü içermesidir. Anayasada devletin temel niteliklerinin tanımlandığı ilk üç madde ve başlangıç bölümü, üzerinde uzlaşa sağlanması ve açıklanması zor birtakım kavramları ihtiva etmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesine aktivist bir tutum sergileme konusunda önemli bir imkân sunmaktadır.

1982 Anayasasının başlangıç kısmı, soyut hükümler içermesi sebebiyle Yüksek Mahkeme üyelerine geniş bir yorum alanı tanımaktadır. Bu geniş yorum alanı sayesinde aktivist tutumun hukuki bir görünüme kavuşturulabildiği söylenebilir. Bu bağlamda 1982 Anayasasının başlangıç kısmının yargısal aktivizme katkı sunduğu söylenebilir. Ancak bu durumun salt olumsuz bir biçimde değerlendirilmesi isabetli olmayacaktır. Bu soyut düzenlemelerin sağladığı geniş yorum alanı, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklerin korunması için aktivist bir tutum takınmasını mümkün hale getirmektedir. Anayasanın başlangıç bölümünün yargısal aktivizm açısından sahip olduğu tehdidin, bu metin ile esas olarak korunmak istenen diğer tehditlere kıyasla ne ölçüde yoğun ve ciddi olduğu da üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Özellikle Anayasa Mahkemesinin aktivist bir tutum sergilememesi için yapılacak düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesini hukuk adına cesaretle konuşma yetkisini kaybetmiş pasif bir yargı merciine dönüştürebilme tehlikesi, başlangıç kısmını ve soyut hükümleri değerlendirmeden önce dikkate alınmalıdır.³²³ Şüphesiz, buradaki her iki senaryo da demokrasinin sağlıklı bir biçimde varlığını sürdüremediğinin belirtisi niteliğindedir. Yasama gücü elinden alınmış bir

³²² Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 264.

³²³ Yunus Emre Aldaş, **1982 Anayasası Başlangıç Kısmı Çerçevesinde Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu**. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 26.

meclis veya denetim yetkisini kullanamayan bir yargı organı, ulusal egemenlik kavramıyla açıklanamayacaktır.³²⁴

Yargısal aktivizm çeşitli tehlikeleri içerisinde barındırsa da bu tehlikelere bakılarak anayasaya uygunluk denetimi yapan mercii, yasama organı karşısında suskun bir duruma getirmek, günümüzde demokrasi kavramıyla açıklanamayacak bir davranış biçimidir. Ayrıca bu durum, demokrasi tarihinden çıkarılması gereken derslere de aykırılık teşkil etmektedir. Tarihsel tecrübelerden de anlaşılacağı üzere gerçek anlamda sınırlanmamış bir kanun yapma yetkisi, yargısal aktivizmin yol açabileceği tehlikelerden çok daha büyük bir tehlikeyi içermektedir.³²⁵ Özellikle demokrasinin gerçek anlamda içselleştirilemediği, çoğulculuğun hayata geçirilemediği ülkelerde anayasal denetim mercisinin gerçekleştireceği olumlu bir yargısal aktivizm, demokrasi ve hukuk devleti ilkesinin korunabilmesi için yalnızca olumlu bir tutum olarak değerlendirilememekte, bir gereklilik olarak görülebilmektedir. Anayasal denetim gerçekleştiren organların, yasama organı karşısında hukuki bir set olmalarının tarihsel süreç içerisinde kendilerine yüklenen önemli bir sorumluluk olduğu ifade edilebilir. Ancak bu sorumluluk yerine getirilirken verilen kararların arkasında, yasama organını etki altına alma gibi hukuki temelden yoksun birtakım amaçların bulunmaması gerekmektedir. Hukuken geçerli bir değerlendirme neticesinde verilecek kararlar, olumlu yargısal aktivizm kapsamında ele alınabilecek niteliktedir. Anayasada yer alan genel ve soyut nitelikteki düzenlemelerin ise bu hukuki temellendirme için önemli bir fırsat sunduğu ifade edilebilir.

Yargısal aktivizm kavramının olumlu ve olumsuz şeklinde iki farklı kullanımından söz edilebilecek olsa da bu iki tür kullanımın da yargısal aktivizm şeklinde isimlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Doktrinde de bir mahkeme kararının kimi yönlerden aktivist bir nitelik taşıırken kimi yönlerden de bu şekilde değerlendirilemeyeceği belirtilmiş buradan yola çıkılarak yargısal aktivizmin çeşitli görünüm biçimlerinin olduğu ifade edilmiştir. Yargısal aktivizm kavramının somutlaştırılması ve daha net bir biçimde anlaşılabilmesi için doktrinde ele alınan bu görünüm biçimlerinin ortaya koyulması gerekmektedir.

³²⁴ Aldaş (2020), s. 26.

³²⁵ Aldaş (2020), s. 56.

2.6. Yargısal Aktivizmin Görünüm Biçimleri

Yargı organlarının aldıkları kararlarda hukuki denetim sınırlarının dışına çıkmaları, farklı şekillerde olabilmektedir. Bir diğer ifadeyle yargısal aktivizmin birden fazla görünüm biçimi bulunmaktadır. Doktrinde, tıpkı yargısal aktivizm kavramının tanımında olduğu gibi görünüm biçimlerinin neler olduğu konusunda da bir fikir birliğine varılamamıştır. Yargısal aktivizmi ele alan farklı çalışmalarda, farklı birtakım ölçütlerden yola çıkılarak birbirinden farklı tasnif türlerinin ileri sürüldüğü görülmektedir. Yargısal aktivizm kavramının, görünüm biçimlerine göre birtakım kriterler esas alınarak tasnif edilmesinin, kavramın farklı boyutlarıyla anlaşılabilmesi ve somutlaştırılabilmesi bakımından gerekli olduğu söylenebilir.

William Marshall'a göre yargısal aktivizmin yedi farklı görünüm biçimi bulunmaktadır. Bu görünüm biçimleri; "Çoğunluk karşıtı aktivizm (counter-majoritarian activism) Orijinalist olmayan aktivizm (nonoriginalist activism); İçtihatî aktivizm (precedential activism) Yargılama yetkisi aktivizmi (jurisdictional activism); Yargısal yaratıcılık (judicial creativity); Telif edici aktivizm (remedial activism); Partizan aktivizm (partisan activism)" şeklinde ifade edilebilir.³²⁶

Ernest Young'a göre de yargısal aktivizmin altı farklı görünüş biçimi bulunmaktadır. Bu görünüm biçimleri şunlardır: "Federal politik dalların veya eyalet hükümetlerinin sorgulanması (second-guessing the federal political branches or state governments); Anayasa metni ve/veya tarihten sapmak (departing from text and/or history); Yargısal içtihatlardan sapmak (departing from judicial precedent); Sınırlı veya minimalist kararlar almak yerine kapsamlı veya maximalist kararlar vermek; (issuing broad or maximalist holdings rather than narrow or minimalist ones); Kapsamlı telif edici yetkiler kullanmak (exercising broad remedial powers); Partizan politik referanslara göre karar vermek (deciding cases according to the partisan political preferences of the judges)."³²⁷

Kmiec ise yargısal aktivizmin beş farklı görünüm biçiminin bulunduğunu belirtmektedir Kmiec'e göre bu görünüş biçimleri; "Yasama ve yürütme işlemlerinin

³²⁶ William Marshall, **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**, University of Colorado Law Review, 73(4), 2002, s. 1220. Akt: Korucu (2014), s. 55.

³²⁷ Young (2002), s. 1144.

tartışmalı biçimde geçersiz kılınması (striking down arguably constitutional actions of other branches); İçtihatların göz ardı edilmesi (ignoring precedent); Yargısal yasama (judicial legislation); Kabul görmüş yorum metodolojisinden sapmak (departures from accepted interpretive methodology); Sonuç odaklı yargılama (Result-oriented judging).” şeklinde sıralanabilir.³²⁸

Bradley Canon’a göre de yargısal aktivizmin altı boyutu bulunmaktadır. Bunlar; “Çoğunlukçuluk, Yorumlama istikrarı, Yorumlamada sadakat, İçerik/Demokratik süreç ayrımı, Siyasanın belirlenebilirliği, Alternatif bir siyasa yapıcının bulunması” şeklinde ifade edilebilir.³²⁹

Çeşitli yazarların bu konudaki düşüncelerini aktaran Korucu yapılan bu sınıflandırmaların kimisinin eksik ve hatalı olduğunu, kimisinin ise Amerikan yargı sistemine özgü birtakım kavramsallaştırmalar içerdiğini belirtmektedir. Bu belirtilen hususlar göz önünde bulundurulduğunda Korucu’ya göre yargısal aktivizmin beş boyutu bulunmaktadır. Bu görünüm biçimleri; “Çoğunluk karşıtı aktivizm; Çoğunlukçu aktivizm; İçtihadi maksimalizm; Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi; İçtihatların göz ardı edilmesi” şeklindedir.³³⁰ Korucu tarafından yapılan tasnifin, özellikle Amerikan yargı sistemine özgü unsurların ayıklanması sebebiyle daha anlaşılır ve kabul edilebilir nitelikte olduğu söylenebilir. Yargısal aktivizmin, görünüm biçimleri ile ilgili olarak yapılan bu sınıflandırmalara rağmen, yargı kararlarına kolay bir biçimde uygulanamayan bir kavram olduğu söylenebilir. Bu durumun temel sebebi ise yargısal yorumun ve onun algılanma şeklinin muğlak bir yapıda olması olarak ifade edilebilir.

Doktrinde çeşitli yazarlar tarafından yapılan bu sınıflandırma biçimleri ele alındığında, yargısal aktivizmin yalnızca çoğunluk karşıtlığından ibaret olmadığı anlaşılmaktadır. Yargısal aktivizm, olağan yargısal sınırların aşılması durumunu ifade etmek için kullanılmakta ve genel olarak yasama işlemlerine yönelik yargı müdahaleleri ile özdeş görülmektedir.³³¹ Bu bağlamda değerlendirildiğinde yargısal aktivizmin, çoğunluğa dayalı yönetim anlayışını zedeleyen bir yönünün bulunduğu

³²⁸ Kmiec (2004), s. 1463-1476.

³²⁹ Akt: Ergül, (2013), s. 47.

³³⁰ Korucu (2014), s. 57.

³³¹ Korucu (2014), s. 54.

söylenbilir. Nitekim bu durum anayasa yargısının meşruiyeti ile ilgili çeşitli tartışmalara da yol açmıştır.³³² Yargı organları, yasama organına ait birtakım işlemleri iptal ederek çoğunluğun iradesinin aksine bir tutum sergileyebilmektedirler. Yargısal aktivizmin bu nedenle çoğunluk karşıtlığı ile özdeş görülmesi, belirli bir ölçüde anlaşılabilir niteliktedir. Ancak kavramsal açıdan değerlendirildiğinde yargısal aktivizm ile çoğunluk karşıtlığı arasında bu türden özdeş bir ilişkinin kurulmasının mümkün olmadığı, yargısal aktivizmin farklı boyutlarının da bulunduğu anlaşılabilmektedir.³³³ Bu bağlamda yargısal aktivizmin görünüm biçimlerinin üzerinde durulması faydalı olacaktır.

2.6.1. Çoğunluk Karştı Aktivizm

Yargısal aktivizmin, çoğunluk karşıtlığı dışında da pek çok boyutu bulursa da en sık görüldüğü alan, çoğunluk karşıtı aktivizmdir. Bu durum yargısal aktivizmin bir boyutu olan çoğunluk karşıtı aktivizmi yargısal aktivizmle eş anlamlı hale getirmekte, yargısal aktivizm, çoğunluk karşıtı aktivizmden ibaret bir kavram olarak görülmektedir. Burada yargı organlarının siyasal karar alma süreçlerine bir müdahalesi bulunmaktadır. Ancak çoğunluk karşıtı aktivizmin tespitinin oldukça güç olduğu belirtilmelidir. Çoğunluk karşıtı aktivizmin tespitinde, anayasa yargısının meşruiyetine olan bakış açısının önemli bir yeri ve önemi bulunmaktadır. Anayasa yargısının demokrasiye tamamen aykırı olduğu görüşünün benimsenmesi halinde yargı organlarınca alınan geçersizlik kararlarının tamamı, aktivist olarak değerlendirilecektir. Anayasa yargısının demokrasiyle tam olarak uyumlu olduğu görüşünün benimsenmesi halinde ise yasama işlemlerini geçersiz hale getiren yargı kararlarının en azından bir bölümünün olağan yargısal sınırlar içerisinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.³³⁴

Çoğunluk karşıtı aktivizmin tespit edilebilmesi için öncelikle yasama ve yargı organlarının sınırlarının net bir biçimde tespit edilebilmesi gerekmektedir. Yasama işlemlerinin iptal edilmesiyle sonuçlanan yargı kararlarının tamamının çoğunluğa dayalı yönetime yönelik bir müdahale olarak anlaşılmaması gerekmektedir. Bu

³³² Konu ile ilgili detaylı bilgi için Bkz: s. 20.

³³³ Korucu (2014), s. 55.

³³⁴ Korucu (2014), s. 55.

bağlamda iptal edilen ya da geçersiz kılınan kanun sayısına bakılarak çoğunluk karşıtı aktivizm konusunda bir tespitte bulunmak da isabetli olmayacaktır.³³⁵

Korucu'ya göre “anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren yargıçların kişisel, siyasi veya felsefi bir tercihte bulunmalarına gerek kalmayan haller göz önünde bulundurulduğunda, çoğunluk karşıtı aktivizmin belirlenebilmesi için daha farklı bir ölçüte ihtiyaç duyulduğu söylenebilir.”³³⁶ Bu bağlamda J. H. Ely'nin anayasa yargısının demokratik meşruiyetini açıklarken ileri sürdüğü, Anayasa Mahkemelerinin denetimlerini demokratik sürecin işlerliği ile ilgili hususlara özgülemeleri ve yargının temel görevinin siyasal karar alma sürecinin demokratikliğini denetlemek olduğu görüşü, önemli ölçütlerden biridir. Ely, yasama yetkilerini sınırlama getiren anayasal düzenlemelerin sırf bu sebeple demokratik işleyişe aykırı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre anayasada kendisine yer bulan birtakım sınırlamalar, demokrasinin bir tür ön koşulu niteliğindedir. Bu bağlamda demokrasinin işleyişini güvence altına aldığı müddetçe kanunlar üzerinde yapılan yargısal denetim meşru bir dayanağa sahiptir. Ely'e göre yargısal denetimde yargının üstlendiği rol demokrasinin işleyişini güvence altına almaktır. Yargının üretmek gibi bir görevi bulunmamaktadır.³³⁷

Ely'nin yargı organına oldukça sınırlı bir rol biçtiği görülmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak yargı organının görevini aşması ve siyasi bir yön belirleyici konumuna gelmesi, alınan kararın da aktivist bir karar olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Buna göre anayasallık denetimi esastan çok usule ve süreçlere ilişkin olmalıdır. Ancak bu ölçütte, yargının hangi durumlarda aktivist bir tutum sergilediğinin tespitinin güç olduğu söylenebilir. Ely'nin teorisinde temel haklara ilişkin getirilen sınırlamaların hangi hallerde demokratik süreçleri, hangi hallerde ise temel siyasi tercihleri ilgilendirdiği hususunu belirlemek ve bu konuda bir uzlaşa sağlamak kolay bir husus değildir.³³⁸ Ely'nin bu teorisi, çoğunluk karşıtı aktivizmin

³³⁵ Yancı Özalp (2018), s. 65.

³³⁶ Korucu (2014), s. 57.

³³⁷ John Hart Ely, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980, s.15-21. Akt: Korucu (2014), s. 58.

³³⁸ Nitekim Özbudun da bu hususu vurgulamış ve “geniş bir temel haklar kataloğuna yer veren bir anayasa sisteminde, yargısal denetimin nasıl demokratik süreçler üzerindeki bir denetimle sınırlandırılabilceğini anlamak güçtür” ifadelerine yer vermiştir. Ergun Özbudun, **Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu**. O. Ergül içinde, **Demokrasi ve Yargı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005, s. 347.

tespiti konusunda nesnel birtakım veriler ortaya koymaktan uzaktır. Fakat burada esas sorun, anayasa yargısına biçilen rolle ilgilidir. Ely, anayasa yargısını oldukça sınırlı bir çerçevede ele almıştır. Burada anayasa yargısının demokratik işleyişi direkt olarak ilgilendirmeyen hakların korunması bakımından yetersiz kalacağı söylenebilir. Anayasa yargısının bu ölçüde sınırlayıcı bir yaklaşımla ele alınması, demokratik karar alma süreciyle ilgisi olmayan hakların yargı denetiminin dışında kalması sonucunu doğuracak bu durum da yasamanın muhtemel ihlallerinin önüne geçilememesine yol açacaktır.³³⁹

Kmiec'e göre ise anayasada yer alan soyut ve genel nitelikteki normların temel hakların korunması doğrultusunda somut hale getirilmesinin olağan yargısal sınırlar içerisinde kabul edilmesi gerekmektedir. Hakların korunması gibi meşru bir amacın bulunduğu siyasal tercihler anayasa yargısının doğasına aykırı olmazken meşru olmayan birtakım amaçların bulunduğu hallerde aktivizm gündeme gelecektir.³⁴⁰ Kmiec'in bu yaklaşımına göre çoğunluk karşıtı aktivizmden söz edilebilmesi için yargıcın gizli amacının bulunması ve alınan kararın dürüstlük çizgisinden sapması şeklinde iki temel koşulun bulunması gerektiği ifade edilebilir.³⁴¹ Ancak yargıcın karar alırken gizli bir amacının bulunması ispatı oldukça zor bir durumdur. Bu tanımlama biçiminin, hâlihazırda belirsiz bir kavram olan yargısal aktivizm kavramını belirginleştirmekten öte çok daha zor anlaşılır bir kavram haline getirdiği ifade edilebilir. Nitekim doktrinde, bu durumun ortaya koyulması için deneysel bir çalışma yapılması gerektiği, bu türden bir saptamanın hukuki araç ve yöntemlerle yapılmasının ise mümkün olmadığı ifade edilmiştir.³⁴²

Bu konuda kullanılan bir başka ölçüt de denetime konu işlemin ancak anayasa tarafından açık bir şekilde yasaklanması halinde yargı organı tarafından geçersiz kılınabileceği şeklindedir. Bu ölçüt, 1893 yılında kaleme aldığı makale ile James Bradley Thayer tarafından ortaya atılmıştır.³⁴³ Thayer'e göre anayasaya uygunluk

³³⁹ Korucu (2014), s. 59.

³⁴⁰ Kmiec (2002), s. 1476.

³⁴¹ Korucu (2014), s. 62.

³⁴² Korucu (2014), s. 62. Her ne kadar doktrinde bu konuda deneysel bir çalışma yapılmasının mümkün olmadığı şeklinde görüşlere rastlanılabilsede yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama ile ilgili olarak yapılan deneysel birtakım çalışmalar bulunmaktadır. Örnek için Bkz: Ender Türk, **Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini**, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2023.

³⁴³ Korucu (2014), s. 59.

denetiminin olağan yargısal sınırlar içerisinde kalabilmesi için anayasaya açık bir biçimde aykırı olan yasama işlemleri iptal edilmelidir. Bu durum hukukun uygulanması anlamına gelmektedir. Anayasa tarafından açık bir şekilde yasaklanmayan yasama işlemlerinin iptali durumunda ise hukukun uygulanmasından söz edilemeyecektir. Anayasada açıkça yasaklanmamış bir yasama işleminin geçersiz kılınması, bu ölçüte göre aktivist bir tutumdur. Bu ölçütün Ely'nin belirlediği ölçüte göre çok daha net ve belirli olduğu söylenebilir. Ancak buradaki esas problem de anayasa aykırılığı yeterince açık olmayan kanunların iptal edilememesi durumunda ortaya çıkabilecek birtakım sakıncalarla ilgilidir. Bu durumun pek çok tehlikeye yol açabileceği, yasama organının temel hak ve özgürlükler bakımından önüne geçilemez bir tehdit ögesi haline gelebileceği söylenebilir. Thayer'in getirdiği ölçütün yargısal aktivizmin tanımı konusunda açıklayıcı olduğu ifade edilebilir. Buna benzer bir biçimde Posner, Mahkemenin bir yasanın anayasaya uygunluğunu değerlendirirken ancak "mantıklı bir soruya açık olmayacak kadar açıkça anayasaya aykırılığın bulunması" halinde iptal kararı vermesi gerektiğini savunmakta olup bunun dışında verilecek kararların aktivist bir nitelik taşıyacağını ifade etmektedir.³⁴⁴

Anayasalardaki hak ve özgürlüklerin genel olarak soyut ve genel nitelikteki düzenlemelerle güvence altına alındıkları görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin somutlaştırılması görevinin yasama organına verilmesi ve yargı organına burada bir söz hakkı tanınmaması, bireylere sağlanan anayasal güvenceleri anlamsız hale getirebilecek niteliktedir. Bu sebeple anayasaya açık bir biçimde aykırılık içermese dahi çeşitli yasama işlemlerinin yargı organı tarafından iptal edilmesi gerekmektedir. Bu durum günümüzdeki çoğulcu demokrasi anlayışının ve anayasa yargısının meşru bir dayanağa sahip olmasının da önemli bir gereğidir. Yine de anayasaya açık aykırılık olarak nitelendirilebilecek bu ölçütün yargısal aktivizmin iyi bir tutum olup olmadığı noktasında olmasa da yargısal aktivizmin tanımı noktasında anlamlı olduğu ifade edilebilir. Yargısal aktivizmin yargıçların kötü niyetli, önyargılı veya hukukun dışına çıkma amacı güderek karar almaları şeklinde tanımlanması, hâlihazırda belirsiz bir içeriğe sahip olan kavramı çok daha soyut ve belirsiz bir duruma getirmektedir. Bu durumda bir mahkeme kararının yargısal aktivizm sebebiyle eleştirilmesi de bir

³⁴⁴ Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, California Law Review, 100(3), 2012, s. 519-520.

noktada anlamsız bir hale gelmektedir. Bu nedenle Thayer'in getirdiği “anayasaya açık aykırılık” ölçütü, yargısal aktivizmin tanımının çok daha kolay bir şekilde yapılabilmesini sağlamaktadır. Yargısal aktivizm kavramının tanımlanması ve kapsamının ortaya koyulması ise yargısal aktivizmin görünüm biçimlerinin üzerinde uzlaşa sağlanacak biçimde belirlenebilmesini sağlayacak bu durumun bir sonucu olarak da beğenilmeyen mahkeme kararları için kullanılan “aktivizm” eleştirisi ortadan kalkacaktır.

2.6.2. Çoğunlukçu Aktivizm

Yargısal aktivizm, yalnızca yasama işlemlerinin geçersiz kılınmasına ilişkin bir durum olarak algılanmamalıdır. Anayasaya aykırılık teşkil eden ve geçersiz kılınması gereken bir yasama işleminin geçersiz kılınmaması halinde de yargısal aktivizmin varlığından söz edilebilecektir. Bu durum yasama organının iradesine uygun hareket etme anlamına gelecek biçimde, çoğunlukçu aktivizm şeklinde isimlendirilmektedir. Çoğunlukçu aktivizm, çoğunluk karşıtı aktivizmin zıttı olarak nitelendirilebilir. Bu tutum, Craig Green tarafından “aşırı yargısal uyum”³⁴⁵ kavramıyla da ifade edilmektedir.³⁴⁶ Korucu'ya göre herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya kalmayan bir yasama organı işleminin anayasaya aykırılığı ne ölçüde net ve belirgin ise çoğunlukçu aktivizmin varlığı da o ölçüde belirgin olacaktır.³⁴⁷ Anayasaya aykırılığın tartışmasız bir biçimde açık olduğu hallerde iptal kararı verilmemesi, çoğunlukçu aktivizmin varlığını ortaya koyar niteliktedir. Anayasaya aykırılığın tartışmalı olması durumunda ise çoğunlukçu aktivizmin var olup olmadığı da tartışmalı hale gelecektir.³⁴⁸

Burada alınan kararlar yasama organının iradesine saygı anlamını taşıyabileceği gibi yasama organı ile aynı görüşte olan yargıçların siyasal, felsefi, ideolojik eğilimlerinin bir sonucu da olabilmektedir. Burada yargıcın anayasaya açıkça aykırı bir düzenlemeyi iptal etmemesindeki motivasyonun ne olduğu, tam olarak belirlenmesi zor bir husustur.³⁴⁹ Ancak burada yargıçları bu kararı almaya iten motivasyonun ne olduğu önem taşımamaktadır. Önemli olan husus, herhangi bir

³⁴⁵ Ing: excessive judicial deference

³⁴⁶ Green (2009), s. 1227.

³⁴⁷ Korucu (2014), s. 71.

³⁴⁸ Korucu (2014), s. 71.

³⁴⁹ Korucu (2014), s. 72.

yoruma ihtiyaç duyulmaksızın anayasaya aykırılığı belirli olan bir durumun yargı organı tarafından anayasaya uygun bulunmasıdır. Anayasa yargısında soyut birtakım düzenlemeler esas alınarak karar verilmesi yargısal yorumu bir noktada zorunlu hale getirmektedir. Bu nedenle “anayasaya açık aykırılık” durumunun yorum yapılmaksızın tespiti de sık karşılaşılabilecek bir durum değildir. Bu bağlamda çoğunlukçu aktivizme örnek gösterebilecek kararların sayısının da yargısal aktivizmin diğer görünüş biçimlerine göre çok daha az olduğu; yasama organının anayasaya açık bir şekilde aykırı bir işlem yaparken yargı organının bu işlemi geçersiz kılmamasının oldukça düşük bir ihtimal olduğu söylenebilir.

2.6.3. İçtihadi Maksimalizm

Yargısal aktivizmin bir başka görünüş biçimi de “içtihadi maksimalizm”³⁵⁰ olarak isimlendirilmektedir. İçtihadi maksimalizm, denetim esnasında anayasa aykırılığı ileri sürülen maddelerle sınırlı kalmayarak dava konusu olmayan maddeler hakkında da denetim merciinin görüş bildirmesi veya davanın gereklerini aşan konularda karar vermesi şeklinde tanımlanabilir.³⁵¹ İçtihadi maksimalizmde yargı kararlarının sonucuna bakılmamakta daha çok gerekçe ve kapsam ile ilgilenilmektedir. Buna göre yargı organının kara alışı şekli, kararın sonucundan bağımsız bir biçimde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda varılan sonuç doğru olsa bile davanın gereklerini aşan bir akıl yürütme söz konusu ise içtihadi maksimalizmin varlığından söz edilebilecektir.³⁵²

İçtihadi maksimalizmin, yargı kararlarının sonucundan çok kapsam ve içeriği ile ilgili bir durum olması, bu aktivizm türünü çoğunluk karşıtı aktivizm ve çoğunlukçu

³⁵⁰ Doktrinde, “minimalist” bir yargıcın, yalnızca davanın çözümü için zorunlu olan konularda karar alacağı bunun dışındaki konularda emredicilikten veya tavsiye niteliğindeki kararlardan kaçınacağı belirtilmiştir. Maksimalist bir yargıç ise bunun tam tersi yönde hareket ederek karar alır ve dava konusu uyumsuzluğu, kapsamı çok geniş kurallar koymak için bir fırsat olarak görür. Buna göre içtihadi minimalizm ile yargısal kendini sınırlama kavramının aynı anlama gelecek biçimde kullanıldığı görülmektedir. Nitekim içtihadi minimalizm ile yargısal kendini sınırlama sıklıkla birbirlerinin yerine kullanılabilen, karıştırılan kavramlardır. Ancak söz konusu kavramlar arasında farklılığın bulunduğu ifade edilebilir. Evans’a göre yargısal minimalizm ile yargısal sınırlama arasındaki fark, minimalistlerin her zaman ısrarla Mahkemenin günün sonunda adaletsiz yasaları ortadan kaldırması gerektiğini savunmasıdır. Bu yargısal sınırlamadan farklıdır. Yargısal kendini sınırlamada adaletsiz olduğu düşünülse bile bazı yasaların korunması desteklenebilecektir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz: Cory E. Evans, *A Philosophical Defense of Judicial Minimalism*, City University of New York, 2018.

³⁵¹ Yancı Özalp (2018), s. 66.

³⁵² Korucu (2014), s. 73.

aktivizmden farklılaştırmaktadır.³⁵³ İctihadi maksimalizm ile görölmekte olan dava ile ilgili olmayan konularda karar alınmakta, bu da demokratik müzakere yolunun kapanmasına yol açmaktadır. Bu durum içtihadi maksimalizmin çoğunluk karşıtı aktivizme yakın bir görünüme sahip olmasına yol açmaktadır. Fakat içtihadi maksimalizmde yasama organının işlemlerine yönelik bir yaptırımın bulunmasının zorunlu olmaması, bu aktivizm türünü, çoğunluk karşıtı aktivizmden ayırmaktadır. Bu nedenle içtihadi maksimalizmi verilen kararın sonucunda değil içeriğinde aramak isabetli olacaktır.

2.6.4. Anayasanın Orijinal Anlamının Göz Ardı Edilmesi

Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı organlarının anayasa hükümlerinin orijinal anlamlarına aykırı hareket etmeleri de yargısal aktivizmin bir başka görünüm biçimidir. Anayasanın orijinal anlamının göz ardı edilmesi olarak isimlendirilen bu durum, anayasa metnin ya da kurucu iktidarın göz ardı edilmesiyle ortaya çıkmakta olup tespiti de diğer aktivizm türlerine göre çok daha zordur.³⁵⁴ Anayasanın anlamının açık ve belirgin olduğu hallerde aktivizmin bu türünün tespiti daha kolayken anayasa normunun muğlak ve yoruma açık bir yapıda olması, yapılacak tespiti güçleştirmektedir.

Anayasa orijinal anlamının göz ardı edilmesinin bir aktivizm türü olarak kabul edilmesinin temelinde, anayasal uyumsuzlukların çözümü için ortaya atılan orijinalist yorum teorisi yer almaktadır. Shaman'a göre orijinalist yaklaşımda yargısal yorum, anayasanın orijinal anlamının keşfedilmesinden ibarettir.³⁵⁵ Bundan dolayı bir yargıcın anayasada kendisine yer bulan bir ifadeyi yorumlarken anayasa koyucunun amacını saptaması gerekmektedir.³⁵⁶

Orijinalizme göre hukuk, “kanun koyucunun kullandığı sözcüklerin genel anlamından çıkan sonuç” olarak tanımlanabilmektedir.³⁵⁷ Buna göre objektif bir yargılama için kurucu iradenin amacının, bir diğer ifadeyle anayasanın orijinal

³⁵³ Korucu (2014), s. 73.

³⁵⁴ Korucu (2014), s. 80.

³⁵⁵ Jeffrey M. Shaman, **The End of Originalism**, San Diego Law Review, 47(1), 2010, s. 83.

³⁵⁶ Korucu (2014), s. 80.

³⁵⁷ Robert H. Bork, **The Tempting of America: The Political Seduction of Law**, Touchstone, 1991, s. 144. Akt: Korucu (2014), s. 80.

anlamının araştırılması gerekmektedir. Anayasanın orijinal anlamını araştırmak yerine birtakım ilkelere göre karar alınması ise hâkimlerin sahip oldukları sübjektif değerlerin bütün bir topluma dayatılması anlamına gelecektir. Bork'a göre de orijinalizmin alternatifinin aktivizm olduğu ifade edilebilir.³⁵⁸ Bork, orijinalizm sayesinde yargıçların sübjektif değer yargıları ile karar almalarının engellendiğini savunmaktadır. Bu bağlamda orijinalizmin, demokratik temsil niteliği olmayan yargıçların halk temsilcileri üzerindeki egemenliğini sınırlandığı ve demokratik meşruiyete hizmet ettiği ifade edilmektedir. Orijinalizm ile demokratik meşruiyet arasındaki bu ilişkinin günümüzde anlamını yitirdiği ifade edilebilir. Demokrasinin yalnızca çoğunluğa dayalı yönetim anlayışından ibaret bir kavram olmadığı söylenebilir. Bu nedenle orijinalist yorum yönteminin demokratik işleyişin bir gereği olarak sunulması, bu şekilde temellendirilmesi isabetli değildir.³⁵⁹

Korucu'ya göre; “anayasal uyumsuzlukların çözümünde anayasanın orijinal anlamı dışında başka hiçbir ilke ve değer ölçüt alınamayacağını savunan katı orijinalist teorinin fikri dayanakları bakımından zayıf, sunduğu çözüm önerileri bakımından da yetersiz olduğu ifade edilebilir.”³⁶⁰ Ancak bu durum orijinalizmin, yargısal aktivizm bakımından tamamen anlamsız olduğu anlamına gelmemektedir. Anayasada yer alan düzenlemelerin yasama ve yürütme organı kadar yargı organı için de bağlayıcı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda yargının sınırları ile ilgili bir düşünciyi ortaya koyan orijinalist teorinin bütünüyle göz ardı edilmesi doğru değildir.³⁶¹

Anayasanın orijinal içeriğinin net ve belirgin olması halinde bu içeriğe göre alınacak bir karar da aktivist bir karar olarak nitelendirilemeyecektir. Anayasa metninin belirsiz olduğu veya kurucu iradenin birbirinden farklı biçimlerde yorumlanabildiği durumlarda ise alınan her yargı kararının aktivist bir karar olarak kabul edilmesi gerekmektedir.³⁶² Doktrinde, bu gibi durumlarda yargıçların kişisel, siyasi veya felsefi tercihlerde bulunmalarının kaçınılmaz hale geldiği ifade edilmektedir.³⁶³ Karar sonucunun anayasanın gerekleri bakımından uygun olup

³⁵⁸ Bork (1991), s.242. Akt: Korucu (2014), s. 80.

³⁵⁹ Korucu (2014), s. 81.

³⁶⁰ Korucu (2014), s. 83.

³⁶¹ Korucu (2014), s. 87.

³⁶² Korucu (2014), s. 87.

³⁶³ Korucu (2014), s. 87.

olmaması ise alınan kararın aktivist bir karar olma özelliği bakımından herhangi bir etkide bulunmayacaktır.³⁶⁴

2.6.5. İçtihatların Göz Ardı Edilmesi

İçtihatların göz ardı edilmesi sebebiyle oluşan yargısal aktivizm ise üzerinde durulması gereken son aktivizm türüdür.³⁶⁵ Burada, yargısal kararların alınması sürecinde daha önce aynı veya benzer konuda verilen kararların dikkate alınmaması ifade edilmektedir. Toplumsal yaşamın bir sonucu olarak ihtiyaçlar da zamanla değişiklik gösterebilmektedir. Bu nedenle mahkemelerin içtihat değişikliklerini, toplumun değişen ihtiyaçlarına cevap verebilmek bakımından belirli bir ölçüde makul hatta gerekli görmek gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin uzun süredir uygulanagelen yerleşik içtihatlarında köklü değişikliklere gitmesi veya aynı konuda sürekli olarak değişik kararlar verilmesi, yargısal aktivizm bağlamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Anayasa Mahkemesinin bu türden bir tutum sergilemesi, hukuki öngörülebilirlik ilkesi ile çelişecektir. Common Law hukuk sisteminde içtihatların önemli olduğu açıktır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde içtihatların merkezi bir konumda yer alması da dikkate alınması gereken unsurlardan birisi olduğu söylenebilir. İçtihatlar arasında uyum olması, hukuki öngörülebilirlik ilkesinin en önemli unsurlarındandır.³⁶⁶

Bir mahkeme, belirli bir konuda birbiriyle çelişen kararlar vermekten kaçınmalıdır. Mahkemelerin içtihat değişikliğine gitmeleri için haklı bir sebebin bulunması gerektiği söylenebilir. İçtihatlar dikkate alınmaksızın verilen tüm yargı kararları aktivist bir karar olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin doktrinde, anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen önceki mahkeme kararlarının dikkate alınmaması, aktivist bir içtihat olarak kabul edilmemektedir.³⁶⁷ “Aktivist bir içtihadın göz ardı edilmesi aktivizm değildir” şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşım genellikle Lawson’ın şu satırlarına dayandırılmaktadır: “Eğer anayasa X diyorsa ve önceki yargı kararı da Y diyorsa; mahkemenin anayasayı tercih etmesi yalnızca bir yetki değil, aynı

³⁶⁴ Korucu (2014), s. 87.

³⁶⁵ İçtihatların göz ardı edilmesi hakkında detaylı bir çalışma için Bkz: Timothy Schwarz, **Cases Time Forgot: Why Judges Can Sometimes Ignore Controlling Precedent**, Emory Law Journal, 56(5), 2007, s. 1475-1510.

³⁶⁶ Korucu (2014), s. 112.

³⁶⁷ Korucu (2014), s. 112.

zamanda bir ödevdir.”³⁶⁸ Buna göre Lawson, anayasaya aykırı bir içtihadın göz ardı edilmesini aktivist bir tutum olarak görmemektedir.³⁶⁹ Lawson’a göre bu durum, yargının anayasa tarafından kendisine yüklenen sorumluluklarını yerine getirmesinden ibaret bir durum olarak değerlendirilmelidir. Ancak önceki içtihadın anayasaya aykırı olduğunu belirleyen de yine Anayasa Mahkemesi olması sebebiyle objektif bir ölçüt olmadığı söylenebilir.³⁷⁰

2.7. Yargısal Aktivizmle Bağlantılı Bir Kavram Olarak Yargısal Kendini Sınırlama

Anayasa yargısının dünya genelinde yaygınlık kazanmasıyla birlikte yargısal denetimin gerekliliği konusundaki tartışmalar son bulmuş, bunun yerini yargısal denetimin sınırları tartışmaları almıştır. Yargısal aktivizm kavramı da daha önce açıklandığı üzere bu denetimin sınırlarının aşılmasını ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Ancak bu sınırların belirsizliği, yargısal aktivizm kavramını da belirsiz bir hale getirmektedir. Anayasa yargısının sınırlarının belirlenmesi ve yargısal aktivizmin önlenmesi noktasında genellikle akademik bir uğraşın söz konusu olduğu söylenebilir. Ancak buna ek olarak Anayasa Mahkemeleri tarafından da içtihatlar aracılığıyla birtakım çözümler ortaya koyulmuştur. Yargısal kendini sınırlama olarak adlandırılan yaklaşım da yüksek mahkemenin getirdiği çözüm yolları arasında yer almaktadır.³⁷¹

Yargı kararlarında yargının hukuki sınırlar dışında kalan birtakım referanslara dayanması temelde iki farklı biçimde ifade edilmektedir. Bunlardan ilki yargısal aktivizm, diğeri ise yargıcın kendini sınırlamasıdır. Yargısal kendini sınırlama kavramı, doktrinde genel olarak yargısal aktivizm kavramı ile birlikte, onun karşıtı olarak kullanılmaktadır. Yargısal aktivizm kavramının anlamının daha net bir biçimde ortaya koyulabilmesi için yargısal kendini sınırlama kavramının açıklanması ve anlamlandırılması zorunludur. Bir başka ifadeyle yargısal aktivizmin, gerçek anlamda

³⁶⁸ Garry Lawson, **Constitutional Case Against Precedent**. Harvard Journal of Law and Public Policy, 17(1), 1994, s. 27-28.

³⁶⁹ Lawson bu durumu açıklarken Marbury v. Madison davasındaki karar gerekçesini örnek olarak göstermekte, Anayasanın, Mahkemenin önceki kararından daha üstte yer aldığını ve Anayasanın tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Lawson (1994), s. 27.

³⁷⁰ Yancı Özalp (2018), s. 68.

³⁷¹ Göksu (2012), s. 122.

yargının sınırlılığı doktrininden bağımsız bir şekilde değerlendirilebilmesi mümkün değildir.³⁷²

Yargısal kendini sınırlama kavramı, “kanun koyucunun takdirine saygı gösterilmesi ve işlemlerinin anayasaya aykırı bulunmasından kural olarak kaçınılması” şeklinde tanımlanabilir.³⁷³ Yargısal kendini sınırlama için hâkimlerin yasama organı lehine kararlar vererek onların anayasaya aykırı olduğuna hükmetmekten çekinmeleri şeklinde bir açıklamanın yapılabilmesi mümkündür. Yargısal kendini sınırlama kavramı doktrinde, yargısal aktivizmin zıttı olarak anayasa yargısının demokratik meşruluğunu artıracak bir yol olarak değerlendirilmektedir. Kaya’ya göre yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama kavramlarının yarışan değerlerle ilgili olarak kararların verilmesine ilişkin iki uç nokta olduğu söylenebilir.³⁷⁴ Yargısal aktivizmde anayasa hükümlerine yön tayin edilmesi söz konusudur. Bu bağlamda anayasada yer alan soyut birtakım ifadeler, anayasa yargıcısı tarafından somutlaştırılmaktadır. Yargısal kendini sınırlama ise anayasa yargısının yarışan değerler karşısında nötr bir tavır sergilemesini gerektirmektedir.³⁷⁵

Alman Anayasa Mahkemesi, yargısal kendini sınırlama fikrinin dünya genelinde en önemli uygulayıcılarından birisi olarak kabul edilmektedir. Alman anayasa hukuku bakımından, yargısal kendini sınırlama düşüncesinin ortaya çıkma sebebinin, demokrasinin temelinde yer alan çoğunluk iradesi ile anayasa yargısının bağdaştırılması olduğu söylenebilir.³⁷⁶ Netice itibarıyla Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasada siyasal anlamda düzenlenen alanlarda çıkan uyuşmazlıklarda, denetim görevini aktif bir tavırla gerçekleştirmemekte, çekingen bir şekilde davranmaktadır.³⁷⁷

³⁷² Ergül (2013), s. 72.

³⁷³ Türk (2023), s. 158-159.

³⁷⁴ Semih Batur Kaya, **Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32(143), 2019, s. 72.

³⁷⁵ Kaya (2019), s. 72

³⁷⁶ Serdar Gülener, **Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 259.

³⁷⁷ Federal Anayasa Mahkemesi söz konusu ilkenin uygulamasını şu şekilde izah etmektedir: “Anayasa normlarından yasa koyucunun belli bir yönde hareket etmesi için değer yargıları ve görevler çıkarılmakla birlikte demokratik plüralist bir toplumda, çatışan menfaatleri dengeleme, denkleştirmek ve çoğunluk kararı ile siyasal amaçları ve onların gerçekleştirilmesi yolunu belirleme halkın meşru kıldığı parlamentoya bırakılmalıdır.” Zafer Gören, **Anayasa Yargısı ve Yasama-Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi**, Anayasa Yargısı, 13, 1996, s. 128.

ABD hukuk sisteminde incelendiğinde ise “aktivist mahkeme” kavramının “kürsüden kanun yapan” bir diğer ifadeyle yerleşik hukuk ilkelerinden ayrılan mahkemeleri nitelendirmek amacıyla kullanıldığı görülmektedir. Tam tersi bir biçimde, “kendini sınırlayan mahkeme” kavramı ise hukukun yerleşik ilkelerine uygun hareket eden, politika üretimi işine girişmeyen mahkemeler için kullanılmaktadır.³⁷⁸ Bu tanımlamaların doğal bir sonucu olarak önceki dönemlerde ABD’de muhafazakâr mahkemeler için sınırlı, liberal mahkemeler için ise aktivist nitelendirmesi yapılmıştır.³⁷⁹ Ancak bu genellemenin isabetli olmadığı, bu kavramların, “muhafazakâr-sınırlı mahkeme” ve “liberal-aktivist mahkeme” şeklinde istisnasız ve sürekli bir biçimde herhangi bir ideoloji veya siyasî eğilim ile özdeş olduklarını ifade etmenin mümkün olmadığı söylenebilir.³⁸⁰ Posner de bu doğrultuda sınırlı ve aktivist mahkeme kavramlarının politikadan bağımsız olduğunu ifade etmiştir³⁸¹. Buna göre doktrinde, yargısal aktivizmin ve yargısal kendini sınırlamanın, hukuki ve siyasi muhalifleri “dövmek” için kullanılan retorik bir araca dönüştüğü ileri sürülmüştür.³⁸²

Buradaki iki kavram, Anayasa yargısı tarafından ortaya konulan davranışları açıklamak için kullanılmakta olup kullanılma biçimleri de bireylerin zihinsel dünyalarını biçimlendiren, hâkim konumdaki siyasal ortama göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu nedenle bu iki kavram için belirli bir mahkeme tarafından verilen kararı yorumlayan kişinin siyasal düşüncelerine göre şekillendirebildiği bir “oyun hamuru” nitelendirmesi yapılmıştır.³⁸³

Bir yargı organının hemen hemen her konuda aynı seviyede aktivist veya kendi kendini sınırlayan bir tutum sergileyeceğini varsaymak, çoğu zaman doğru sonuçlar vermemektedir. Anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştiren yargı organları, bir konuda aktivist bir tutumu tercih edebilirken bunun tam zıttı bir biçimde başka bir konuda kendisini sınırlayan bir davranış içerisine girebilmektedirler. Örneğin devletin ekonomik fonksiyonlarının sınırlandırılması gerektiğini düşünen bir yargıç yasama organının ekonomiye müdahale niteliği taşıyan işlemleri karşısında aktivist bir tutum

³⁷⁸ Ergül (2013), s. 39.

³⁷⁹ Ergül (2013), s. 39.

³⁸⁰ Ergül (2013), s. 39.

³⁸¹ Posner (2012), s. 519.

³⁸² Frank Cross & Stefanie Lindquist, **The Scientific Study of Judicial Activism**. Vanderbilt Law and Economics Research Paper, 6(23), 2006, s. 7.

³⁸³ Ergül (2013), s. 39-40.

takınabilecektir. Ancak aynı yargıcın, negatif statü hakları veya siyasal haklar söz konusu olduğunda aynı hassasiyetle hareket edemeyebileceği söylenebilir. Buna benzer bir biçimde yasama organı tarafından negatif statü haklarına ve siyasal haklara müdahale niteliği taşıyan işlemlere karşı aktivist bir tutum izleyen bir başka mahkemenin pozitif statü haklarını sınırlandırmakta olan yasama organı işlemleri karşısında aynı aktivist tutum içerisine girmeyebileceği söylenebilir.³⁸⁴

Yargısal kendini sınırlama kavramına ilişkin yaklaşımların farklılık arz ettiği görülmektedir. Yargısal kendini sınırlama yöntemini benimseyen kimselerin, hâkimlerin gerçekleştirdikleri adalet tasarımına karşı temkinli bir şekilde yaklaştıkları görülmektedir. Bu görüşteki kimselere göre, her kanun belirli bir anlama sahiptir. Bu anlamın, hangi grubun lehine olduğuna bakılmaksızın hareket edilmesi gerekmektedir. McWhinney ise anayasa yargısının siyasal işlevine ilişkin olarak yaşanan tartışmaların, “yargısal aktivizm” ve “yargısal kendini sınırlama” kavramları üzerinden yapılmasını fayda getirmeyecek bir uğraş olarak görmektedir. Buna göre söz konusu kavramların kapsamlarının fazlaca geniş olması, bir hâkimin hukuk anlayışının tam olarak kavranabilmesini olanaksız kılmaktadır. Tamamen saf bir “yargısal aktivizm” veya “yargısal kendini sınırlama” söz konusu değildir. Bu kavramların “yer” ve “zaman” kriterleri çerçevesinde değerlendirilmesi, tasnif edilmesi gerekmektedir. Bir hâkimin aktivist davranışı değerlendirilirken, aktivizme ne zaman ve nasıl yöneldiğinin incelenmesi sonucunda çok daha anlamlı sonuçlara ulaşılabilecektir.³⁸⁵ Wolfe da anayasa yargısının varlığı kabul edildiği müddetçe, “yargısal aktivizm” ile “yargısal kendini sınırlama” arasındaki sınırların bütünüyle yapay olduğunu ileri sürmektedir. Söz konusu iki kavram arasındaki farklılık, yalnızca hukuk yaratma faaliyetinin derecesiyle ilgilidir.³⁸⁶

Yargısal kendini sınırlama fikrini benimseyen isimlerden olan Federal Yüksek Mahkeme Hâkimlerinden Frankfurter, yargı organını, halk siyasetine karıştırmanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirtmektedir. Frankfurter görüşlerini,

³⁸⁴ Korucu (2014), s. 119.

³⁸⁵ Edward McWhinney, **The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making**, New York University Law Review, 33(6), 1958, s. 786. Akt: Korucu (2014), s. 119.

³⁸⁶ Christopher Wolfe, **Judicial Activism**, Bulwark of Freedom or Precarious Security Rowman&Littlefield Publishers Inc, 1997, s. 2. Akt: Korucu (2014), s. 118-119.

“mahkemelerin bu siyasal çalııa girmemeleri gerekir” diyerek ortaya koymuştur.³⁸⁷ Frankfurter ve benzer görüşteki isimlere göre yasama organının bir konuda hata yapması durumunda, bunu telafi edecek olan merci yargı organı değil yasama organının bizatihi kendisidir.³⁸⁸ Doebling’e göre de, günümüzde, anayasa yargıcı görevini yerine getirirken mutlaka kendi kendini sınırlamalı ve özellikle hukuk yaratma yetkisini kullanırken çok dikkatli olmalıdır.³⁸⁹

Genelliği sebebiyle yargısal kendini sınırlama ilkesinin etkin bir biçimde kullanımı her zaman mümkün olmayabilmektedir. Söz konusu ilkenin içeriğinin net bir biçimde belirlenmeden kullanılması, hoşnut olunmayan kararların yargısal sınırlar bakımından kolaylıkla eleştirilmesi sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Normlar hiyerarşisinin en üst basamağında konumlanan ve yasama çoğunluğunun sahip olduğu yetkileri sınırlayan anayasayı ölçü bir norm olarak kullanması, Anayasa Mahkemesini son derece önemli hale getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin denetim işlevini hukuki sınırlar içerisinde kalarak gerçekleştirmesi ve siyasal iktidarın yetkilerine saygı duyması ancak yargıçların iyi niyetine bağlı durumdadır. Kanadoğlu da buna paralel bir biçimde, Anayasa yargısının kuvvetler ayrılığına aykırılık teşkil etmediğini belirtmekte ve “Ancak belirtmek gerekir ki, kuvvetler ayrılığı ilkesi bakımından AYM’nin diğer anayasal organlardan ayrılan bir özelliği vardır: AYM hem diğer organların, hem de kendisinin sınırları üzerinde karar verir” diyerek Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu yetkilerin sınırlarını belirleme konusunda mutlak bir yetkiye haiz olduğunu ortaya koymaktadır.³⁹⁰ Doebling de; “Parlamento çoğunluğunun tiranlığını engellemek için yapılan bu güç sınırlaması sırasında, parlamento çoğunluğunun hakları büyük ölçüde anayasa mahkemesine geçmektedir ki, bu durumda mahkemenin kendi yetkisini aşma tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu da söylenilmelidir. O zaman şunu tavsiye etmekten başka çare yoktur: Anayasa mahkemesi yargıçları kendi kendilerini sınırlamalı ve özellikle yargıcın hukuk yaratma yetkisini kullanırken çok dikkatli olmalıdır.” önerisinde bulunmaktadır.³⁹¹

³⁸⁷ Tim Koopmans, **Counts and Political Institutions: A Comparative View**. Cambridge University Press, 2003, s. 52. Akt: Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 258.

³⁸⁸ Ergül (2013), s. 39.

³⁸⁹ Doebling (2018), s. 245.

³⁹⁰ Osman Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi**, Beta Basım, s. 7.

³⁹¹ Doebling (2018), s. 245-246.

Erdoğan da “Anayasa yargısının politika-belirleyici bir hale dönüşmesini engellemekte yine yargıçların elindedir” diyerek, yargıçların kendilerini sınırlaması gerektiğini belirttikten sonra, bunu gerçekleştirmenin yolunu da “... her şeyden önce yargıçların tutarlı bir anayasal yorum teorisi geliştirmelerine” bağlamaktadır.³⁹²

Anayasa yargısının demokratik bir sistem içerisinde sahip olduğu güç ve bulunduğu konum, anayasayı yorumlama hatta birtakım görüşlere göre anayasadaki genel ve soyut nitelikteki ifadelerden yola çıkarak hukuk yaratma kabiliyetine dayanmaktadır. Anayasayı yorumlayarak siyasal iktidar sahipleri için bağlayıcı hükümler verebilen Anayasa Mahkemeleri, kendilerinin de içerisinde bulunduğu siyasal sistemde, anayasada düzenlenen kurallarını uygulamaktan ziyade bu kuralları belirleme imkânına sahip olmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemelerini, bir anlamda kendi davasının yargıcı konumuna getirmektedir.

Genel olarak yargısal kendini sınırlama ile güdülen amacın, yasama organının iradesine saygı duymak ve kuvvetler arasındaki ayrımı belirginleştirmek olduğu söylenebilir. Ancak mahkemelerin, kendilerine yönelik baskıyı hafifletmek için bu türden bir çaba içerisine girdikleri yönünde de ciddi eleştiriler söz konusudur. Özbudun’a göre mahkemelerin aldıkları kararlara meşruiyet kazandırmak istemeleri ve bu bağlamda kararların toplum tarafından kabulü noktasında taşınan endişeler de yargısal kendini sınırlamaya yol açan sebeplerdendir.³⁹³ Bu nedenle bir yargıcı aktivist bir tutum sergilemeye iten sebebin ne olduğu tam olarak tespit edilemeyeceği gibi kendini sınırlamaya yol açan sebepler de net bir şekilde öngörülememektedir. Her ne kadar yargısal aktivizmi önlemek için anayasalar tarafından mahkemelere birtakım sınırlar çizilse de Anayasa Mahkemelerinin iradelerinin burada önem taşıdığı söylenebilir. Yargısal kendini sınırlama kavramı da yargıçların buradaki iradelerinin bir yansıması niteliğinde ortaya çıkmış bir kavramdır.³⁹⁴

³⁹² Erdoğan (2017), s. 95.

³⁹³ Özbudun (2017), s. 51.

³⁹⁴ Yargıç Frankfurter’in sözleri, yargısal kendini sınırlama ile neyin amaçlandığını ortaya koymak bakımından önemli bir husustur: “Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu bir kanun haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş yetkisi, azami ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi

Frankfurter’ın de belirttiği üzere Anayasa Mahkemeleri, aktivist bir tutum sergilemek için önemli yetkilere sahiptir. Ancak mahkemelerin çeşitli sebeplerle aktivist bir tutum sergilemekten kaçındıkları görülmektedir. Özbudun’a göre mahkemelerin kaçınması gereken bu alanlar, “temel ekonomik tercihler” olmalıdır. Mahkemelerin temel haklar ve siyasal haklar konusunda ise aktivist bir tutum izlemeleri gerekmektedir.³⁹⁵ Bu ölçütün, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda yapılan aktivizmin olumlu değerlendirilmesi gerektiğini belirten görüşle de aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Özbudun’a göre yargıçlar kararlarında kendi değer yargılarının etkisi altında kalmaktadırlar. Bir hâkimin değerlerinden tamamen arındırılmış bir şekilde yorum faaliyetinde bulunması ve karar vermesi gerçeklikten uzaktır. John Rawls’un adalet teorisini açıklarken kullandığı “bilinmezlik perdesi”³⁹⁶ benzetmesine benzer bir biçimde hâkimlerin kararlarını verirken hayat görüşlerinin ve değer yargılarının etkisinden tamamen kurtularak karar verebilmeleri mümkün değildir. Ancak hâkimlerin verdikleri kararların toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmesine dikkat ettikleri ve bu bağlamda stratejik hareket ettikleri söylenebilir. Bu durum, yargısal kendini sınırlamanın ortaya çıkışındaki temel sebepler arasında yer almaktadır. Yüzeysel bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde anayasa yargıçlarının kendi kendilerini sınırlamalarının anayasa yargısının demokratik meşruiyetini güçlendireceği söylenebilir. Ancak bu türden genel bir değerlendirme isabetli olmayıp yargısal aktivizmin veya yargısal kendini sınırlama her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Kimi hallerde yargısal kendini sınırlama yönündeki bir davranışın, Anayasa Mahkemesinin temel görevleri arasında yer alan temel hak ve özgürlükleri koruma işlevi ile çelişebileceği, bu durumun da demokrasi bakımından onarılmaz hasarlara sebep olabileceği göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.

Yargının kendisini sınırlama noktasındaki ölçütler bizzat mahkemenin kendisini tarafından belirlenmektedir. Mahkemelerin içtihatları aracılığıyla geliştirdikleri ölçütler, politik karar alıcı konumunda yer alan kişilere alan kazandırması ve

anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır.” Enis Duman, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 22.

³⁹⁵ Özbudun (2017), s. 51.

³⁹⁶ Ing: veil of ignorance

mahkemelere yönelik aktivist tutum sebebiyle getirilen eleştirilerin azaltılması bakımından olumlu kabul edilebilecek niteliktedir. Burada kendini sınırlama tutumunun hangi durumlarda sergilenmesi gerektiği önem taşımaktadır. Yasama organının ortaya koyduğu iradeye saygı duyma gibi bir amaç taşınsa bile anayasaya açıkça aykırı olmayan ancak temel hak ve özgürlükler açısından sakıncalı birtakım sonuçlar doğurabilecek hallerde yapılacak kendini sınırlama eylemi, özgürlükler için olumsuz birtakım sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bu bağlamda tıpkı yargısal aktivizm konusunda olduğu gibi yargısal kendini sınırlamada da temel ölçütün, temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi yargıçlarının olası siyasal tepkilerden kaçınmak adına kendi kendilerini sınırlayan bir tavır takınmaları, anayasa yargısının işlevinin zedelenmesine yol açacaktır.

Her ne kadar Anayasa Mahkemelerinin temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda aktivist bir tavır takınmaları, demokratik sistemin daha güçlü hale getirilmesi ve anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin sağlamlaştırılması bakımından olumlu olarak değerlendirilebilecek olsa da siyasal ve ekonomik tercihler noktasında ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olarak kendini sınırlama yaklaşımını benimsemeleri çok daha isabetlidir. Bu durumun temel sebebi, anayasanın ideolojik anlamda tarafsız bir belge olmasıdır. Anayasanın siyasi partilerin tamamını aynı sosyal ve ekonomik politikaları benimsemeye zorlaması, demokrasi ile bağdaştırılabilecek bir durum değildir. Anayasa Mahkemesinin, yasama yürütme organları arasındaki ilişkilerle ilgili kuralların yorumlanması sırasında da kendini sınırlama tutumunu sergilemesi gerekmektedir. Bu durum demokratik meşruiyetin ve kuvvetler ayrılığının önemli bir gereğidir.

Anayasa Mahkemesinin hemen hemen her konuda kendini sınırlaması ve yargısal kendini sınırlamanın olumlu bir tutum olduğu düşüncesi isabetli değildir. Anayasal demokratik bir rejimde, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından aktif bir anayasa yargısına ihtiyaç duyulmaktadır. Güçlü yasama ve yürütme organı karşısında güçlü ve aktif bir konumda yer alan yargı organı, bireylerin en önemli güvencelerindendir. Yasama ve yürütme organları bireylerin iradelerini hayata geçiren organlardır. Ancak bu organların hak ve özgürlükler bakımından potansiyel bir tehlike olduğu unutulmaması gereken bir husustur. Anayasa Mahkemesinin demokratik meşruiyetini sağlayacak en önemli husus, hak ve özgürlüklerin yapılacak anayasal

denetim ile birlikte korunmasıdır. Bir ülkede anayasa yargısının hak ve özgürlükleri siyasi iktidar karşısında demokratik bir toplumun gerektirdiği ölçüde koruyamaması, meşruiyet temelini yitirmesine yol açacaktır. Anayasa yargıçlarının anayasaya uygunluk denetimi sırasında, kişisel ve siyasal hak ve özgürlükler dışında kalan ve anayasaya açıkça bir şekilde aykırılık teşkil etmeyen işlemler konusunda kendisini sınırlama tutumunu takınmaması, anayasa yargısının demokratik meşruiyetine zarar verebileceği gibi bu durumdan demokrasi de hasar görecektir, özellikle hâkimler hükümeti kavramı çerçevesinde ciddi tartışmalar gündeme gelebilecektir. Bu durumun ise kuvvetler ayrılığı gibi temel bir ilke ile çeliştiği söylenebilir.

Anayasa yargısından beklenen işlev, ondan bazı hallerde sınırlı değil, aktivist bir tutum takınmasını beklemeyi haklı kılmaktadır. Nitekim sınırlı yargı, önemli ölçüde yasama organına ve iktidara “uyan” bir başka deyişle “karşı çıkmayan” yargı anlamına gelmektedir. Bu tür bir yargının ise kuvvetler ayrılığı ilkesi için bir tehdit teşkil edebileceği söylenebilir.³⁹⁷ Yargısal kendini sınırlama kavramının, hâkimler hükümeti gibi birtakım çekincelerle her durumda olumlu kabul edilmesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin buna dayanak olarak gösterilmesi, yargı organını, yasama ve yürütme organına uyan bir hale getirmektedir. Bu bağlamda yargının yasama ve yürütme organına karşı çıkmamasının da bir tür ödev dönüşüğü söylenebilir.³⁹⁸ Posner tarafından da ifade edildiği üzere mahkemelerin diğer hükümet kollarını denetleme güçlerini kullanmada “cimri” davranışları, denge ve denetim sisteminin bir parçası olmaktan çıkmalarına yol açabilecek niteliktedir. Oysaki Anayasada anayasa yargısına yer verilerek denge ve denetimin sağlanması amaçlanmıştır. Mahkemelerin çok “müsrif” davranışları da aynı ölçüde sakıncalı bir durum olup bu türden bir yargısal davranış sonucunda anayasa yargısının sahip olduğu yetkiler ortadan kaldırılabilecektir.³⁹⁹ Netice itibarıyla yargısal kendini sınırlama şeklindeki tutumun, doğru bir şekilde uygulanması gerekmektedir. Aksi takdirde demokrasinin işlevselliğini kaybetmesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin zarar görmesi kaçınılmazdır.

³⁹⁷ Ergül (2007), s. 52.

³⁹⁸ Ergül (2007), s. 52.

³⁹⁹ Richard A. Posner, **The Meaning of Judicial Self-Restraint**, Indiana Law Journal, 59(1), 1983, s. 14.

2.8. Politik Sorun Doktrini

Anayasa Mahkemeleri karar verirken kendi sınırlarını belirlemek için birtakım teknikler geliştirmişlerdir. Mahkemelerin kendilerini usuli veya maddi kendi kendini sınırlama teknikleri ile sınırladıkları görülmektedir. Usuli tekniklerde mahkeme, davanın esasına girmekten kaçınmaktadır. Maddi tekniklerde ise farklı biçimler söz konusudur.⁴⁰⁰ Bunlar arasında politik sorun doktrini ön plana çıkmaktadır. Politik sorun doktrini, bazı sorunların siyasal organlar tarafından daha etkin bir şekilde çözüme kavuşturulacağı düşüncesinden hareketle yargı organlarının çözüm üretmemelerini ifade etmektedir. Mahkemeler, bu tür sorunları yargılanabilir bir sorun olarak görmemekte ve siyasal organların aldıkları kararları onaylama veya reddetme yönünde herhangi bir eğilim göstermemektedirler.

Politik sorun doktrininin ortaya çıkışı ve gelişimi, ABD anayasa yargısında olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesine göre politik sorunlar, yargılanamaz sorunlardır. Bir mahkemenin herhangi bir konuyu ele alabilmesi için ise öncelikle yargılanabilir bir anlaşmazlık içermesi gerekir. Buna göre siyasi sorunların yargılanabilir bir anlaşmazlık içermemeleri sebebiyle yargılanabilmeleri mümkün değildir.⁴⁰¹ Türk doktrininde ise bu kavrama en yakın olarak hükümet tasarrufu kavramının kullanıldığı görülmektedir.⁴⁰² Öztürk'e göre politik sorun kavramı, "mahkemelerin; anayasa veya yasalarda yasama ya da yürütmenin yetkisi alanına girer dediği konular veyahut mahkemelerin uygulamaları sonucu, sorunun hukuki olmaktan ziyade politik olduğu ve sorunun çözülmesi gereken yerin politik alan olduğu belirtilen meseleleri kapsar. Bu meseleler, mahkemelerin önüne geldiği zaman, mahkemelerin bu konuların politik olup, hukuki olmadığını belirtip esasına girmekten kaçındığı davalardır."⁴⁰³ Politik sorun doktrini ile hükümet tasarrufu kavramları arasında kısmi bir uyumluluğun olduğundan söz edilebilse de bu iki kavramın bütünüyle aynı anlama gelmediği belirtilmelidir. Özellikle ABD Yüksek Mahkemesinin hem yasama hem de

⁴⁰⁰ Yancı Özalp (2018), s. 58.

⁴⁰¹ Jared S. Pettinato, **Executing the Political Question Doctrine**, Northern Kentucky Law Review, 33(1), 2006, s. 61.

⁴⁰² Hükümet tasarrufu ile ilgili ayrıntılı çalışma için Bkz: Ragıp Sarıca, **Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(3-4), 1942, s. 457-472.

⁴⁰³ Öztürk (2014), s. 51.

yürütme organının kararlarını denetlemesi, politik sorun doktrininin hükümet tasarrufundan farklılaştırmaktadır.⁴⁰⁴

Politik sorun doktrininin ABD’de ortaya çıktığı ve geliştiği görülmektedir. ABD Anayasa yargısında nelerin politik sorun teşkil ettiği örnek birtakım davalar ile ortaya koyulmuştur.⁴⁰⁵ Ancak doktrinde, politik sorun doktrininin Türk ve Alman anayasa hukuku ile bağdaştırılamayacağı ileri sürülmektedir. Almanya’da politik sorun doktrini kabul edilmemekle birlikte yargı organı, siyasal organların takdir yetkisi içerisinde gördüğü alanlarda denetim yapmaktan kaçınmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi, ortada açıkça keyfilik veya akıl dışılık olmadığı müddetçe yasama organının takdir yetkisine müdahale etmemektedir.⁴⁰⁶ Butler’e göre de politik sorun doktrininin Avrupa’da net bir doktrin olarak ortaya çıkmadığı söylenebilir.⁴⁰⁷ ABD’de uygulanan politik sorun doktrini ile Avrupa’da uygulanan yargısal kendi kendini sınırlama kıyaslandığında da politik sorun doktrininde yargı denetiminin etkinliğinin daha arka plana atıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür.⁴⁰⁸ Politik sorun doktrininde amaç, anayasa yargısını hukuki sınırlar içerisinde tutmak ve anayasa mahkemesinin siyaset sahasına müdahale etmesini önlemektir. Böylece hukuki olmayan siyasal sorunları çözme yetkisi de parlamentoda kalmaktadır.⁴⁰⁹

Politik sorun doktrini de yargısal aktivizm ve yargısal kendini sınırlama gibi üzerinde fikir birliğine varılamayan, muallak bir kavramdır. Butler de politik sorun doktrininin son derece belirsiz ve doğuştan gelen esnekliğe sahip olduğunu ve kullanımının sakıncalı olduğunu ifade etmiştir.⁴¹⁰ Grove ise bu doktrinin doğası ve kapsamı konusunda bilim insanlarının keskin bir şekilde anlaşmazlık içerisinde

⁴⁰⁴ Öztürk (2014), s. 50.

⁴⁰⁵ Yancı Özalp (2018), s. 59.

⁴⁰⁶ Yancı Özalp (2018), s. 60.

⁴⁰⁷ Graham Butler, **In Search of the Political Question Doctrine in EU Law**, Legal Issues of Economic Integration, 45(4), 2018, s. 334.

⁴⁰⁸ Yancı Özalp (2018), s. 60.

⁴⁰⁹ Anayasa yargısının temeli niteliğinde olan ve yargısal aktivizm ile ilgili olarak yapılan tartışmalarda da sıklıkla gündeme getirilen Marbury v. Madison davası, politik sorun doktrininin uygulanması bakımından da bir ilk olarak nitelendirilebilir. Söz konusu davada Yargıç Marshall’ın şu ifadeleri politik sorun doktrininin anlamlandırılması bakımından büyük önem ifade etmektedir: “Konuları politik olan ve milleti ilgilendirip, kişisel hakları ilgilendirmeyen ve Anayasada o alandaki takdir yetkisi politik güçlere bırakılmış meselelerdir. Mahkemenin görevi, sadece kişisel haklarla ilgili karar vermek, yoksa yürütme ya da yürütmenin görevlilerinin takdir yetkisinde olan görevlerini nasıl yapacakları ile ilgili karar vermek değildir.” Göksu (2012), s. 133.

⁴¹⁰ Butler (2018), s. 347.

olduklarını belirtmiştir.⁴¹¹ McCormack’a göre politik sorun doktrini, mahkemenin belirli talepleri açıkça incelemesini gizlemek için kullanılan bir kandırmacadan başka bir şey değildir.⁴¹² Lawrence ise politik sorun doktrinini, yargı organı ile politik organlar arasındaki yatay iktidar ayrılığının bir "fonksiyonu" olarak tanımlamıştır.⁴¹³ Anayasa Mahkemelerinin politik alandaki konularda karar vermekten kaçınan bir tavır sergilemesi, kanun yapım sürecine duyduğu bir saygının göstergesi olabileceği gibi çözümü siyasal açıdan zor olan anayasal problemlerden kaçınmanın bir yolu olarak da değerlendirilebilmektedir. Mahkeme sebebinden bağımsız bir şekilde politik olan ve hukuki olan arasında bir ayırım yapmakta politik sorun doktrini ile kendi sınırları içerisine çekilmekte, yasama ve yürütme organlarının alanlarına müdahalede bulunmamaktadır. Özbudun’a göre de “siyasal çalıktan” kaçınmanın aynı zamanda yasama veya yürütmeyle yaşanacak çatışmaları ve baskıyı ortadan kaldırmak amacıyla olabileceği de gözden kaçırılmaması gereken bir husustur.⁴¹⁴ Politik sorun doktrininin, çözümü siyasal açıdan zor olan anayasal problemlerden kaçınmanın bir yolu olarak görülmemesi gerekmektedir.

Her anayasa yorumu bir siyasi sonucu ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle her siyasal olay, bir siyasal sorun olarak nitelendirilmemelidir.⁴¹⁵ Politik sorun doktrini, siyasal alanda çözüm üretmesi gereken merciinin yargı organı olmadığını, diğer kuvvetlerin bu alanda çözüm üretmesi gerektiği esasına dayanmaktadır. Ancak neyin siyasal alanda kaldığının tespitinin yargı organına bırakılması, politik sorun doktrinini zayıf noktasını oluşturmaktadır.

Anayasa yargısının ortaya çıkışındaki temel sebeplerden birisi, siyasal iktidarların sonu gelmez arzuları karşısında bir sınırlamaya gidebilmektir. Politik sorun doktrininin ortaya çıkışındaki sebep de sahip olduğu gücün farkında olan ve kendi kendini sınırlama eğilimi göstermeyen yargı organını durdurabilmek olarak ifade

⁴¹¹ Tara Leigh Grove, **The Lost History of the Political Question Doctrine**, New York University Law Review, 90(6), 2015, s. 1911.

⁴¹² Wayne McCormack, **The Political Question Doctrine--Jurisprudentially**, University of Detroit Mercy Law Review, 70(4), 1993, s. 822.

⁴¹³ Hayley N. Lawrence, **A Comparative Study of the Political Question Doctrine in the Context of Political System Failures: The United States and the United Kingdom**, Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, 16, 2021, s. 219.

⁴¹⁴ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 258.

⁴¹⁵ Yancı Özalp (2018), s. 58.

edilebilir. Politik sorun doktrini ile yargısal güç hem sınırlanmakta hem de frenlenmektedir. Hukuk devleti, kuralların ve sınırların net bir biçimde belirlendiği devlet düzenini ifade etmektedir. Geleceğin belirsiz bir yapıda olması öngörülebilirliği azaltacak bu da güven duygusunu zedeleyecektir. Mevcut anayasal tecrübeler ele alındığında, yasama ve yürütme organı gibi yargı organına da tek başına güvenilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmesi yapılabilmektedir. Yargının, yasama ve yürütme karşısında özellikle bireysel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından oldukça büyük önem ifade eden bir mekanizma olduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Ancak bu durum, yargı organına karşı sınırsız bir güven duyulması gerektiği anlamına gelmemektedir. Yasama ve yürütme organı gibi yargı organının da sahip olduğu gücün sınırlarını aşarak kötüye kullanabilmesi mümkün olmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca, yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirlerine karşı etkin bir denge mekanizması görevi üstlendiği sistemler, bireysel hak ve özgürlükler için en sağlıklı sonuçların elde edildiği sistemlerdir. Politik sorun doktrini de yargı organlarının sahip oldukları gücü kullanmaları bakımından önem taşıyan bir kavramdır. Özetle, politik sorun kavramı; “mahkemelerin; anayasa veya yasalarda yasama ya da yürütmenin yetkisi alanına girer dediği konular veya mahkemelerin uygulamaları sonucu, sorunun hukuki olmaktan ziyade politik olduğu ve sorunun çözülmesi gereken yerin politik alan olduğu belirtilen meseleleri kapsamaktadır.”⁴¹⁶ Politik sorun doktrini bir “yargısal sınırlılık” doktrini olmakla beraber “maddi” anlamda değil, “şekli” anlamda bir yargısal sınırlılık doktrini niteliğindedir.⁴¹⁷

Politik sorun doktrininin doğuş felsefesinin Thomas Jefferson’ın anayasal teorisindeki demokrasi anlayışı ile uyumlu olduğu görülmektedir. Bu anlayışa göre demokrasiye birbiriyle koordinasyon içerisinde olan yasama ve yürütme organlarının, politik sorunları çözmesi; politik sorumlu olmayan hâkimlerin ise politik sorunlara karışmamasıyla ulaşılabilecektir.⁴¹⁸ Siyasal iktidarların anayasal yargı denetimi aracılığıyla sınırlandırıldığı bir sistemde, yargı organlarının da sınırlandırılması gerektiği ve bu sınırlamanın da politik sorun doktrini aracılığıyla yapılabileceği politik sorun doktrinini destekleyenlerin temel savunduğu nokta olmaktadır. Bu bağlamda

⁴¹⁶ Öztürk (2014), s. 51.

⁴¹⁷ Türk (2023), s. 333.

⁴¹⁸ Öztürk (2014), s. 51.

politik sorun doktrini, yargısal aktivizmin yol açabileceği tehlikelerin önüne geçilebilmesi adına başvurulabilecek bir yöntem olarak ileri sürülmüştür.

Politik sorun doktrininin Amerikan anayasa yargısında halen güncelliğini koruyan bir doktrin olduğu da tartışmalı bir konu niteliğindedir. Nitekim uygulamada Amerikan Yüksek Mahkemesinin anayasanın nihai yorumcusu olduğunu ifade eden “yargısal üstünlük”⁴¹⁹ anlayışı baskın geldikçe, “politik sorun” doktrini de son yarım yüzyılda esasen geri çekilme sürecine girdiği ifade edilmektedir.⁴²⁰ Cohen’e göre de siyasi organları yargısal denetimden koruyan ve mahkemeleri sorumsuz bir hale getiren bir politik sorun doktrini anlayışının eleştirilmesi gerekmektedir.⁴²¹ Amerikan modeli anayasa yargısı sisteminde dahi etkinliği sorgulanan şekli bir yargısal sınırlılık doktrini olan politik sorun doktrininin Türk anayasa yargısında örnek olarak kabul edilmesi ise çeşitli problemlere yol açabilecek niteliktedir. “Politik sorun” doktrini ile Avrupa modeli anayasa yargısının uyuşumu da oldukça şüphelidir.⁴²² Butler de hâlihazırda muallak bir kavram olan politik sorun doktrininin uygun bir şekilde tanımlanmış standartlar olmadan Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanamayacağını belirtmektedir.⁴²³ Türk’e göre norm denetiminin açık bir biçimde benimsenerek anayasanın üstünlüğünün korunması görevinin Anayasa Mahkemelerine verildiği bir hukuk sisteminde, sınırları oldukça belirsiz olan “hukukilik/siyasilik” ayırımına dayanılarak anayasal denetimin kapsamının siyasi tercih değerlendirmesiyle daraltılması, Avrupa modeli anayasa yargısı ile bağdaşmayacaktır.⁴²⁴ Netice itibarıyla Amerika modeli anayasa yargısının mevcut uygulamasıyla uyuşmayan “politik sorun” doktrininin Türkiye ve diğer Kıta Avrupası ülkelerinde benimsenmesinin oldukça sorunlu olabileceği söylenebilir.

⁴¹⁹ Ing: judicial supremacy

⁴²⁰ Rachel Barkow, **More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and The Rise of Judicial Supremacy**. Columbia Law Review, 102(2), 2002, s. 237.

⁴²¹ Harlan Grant Cohen, **A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine**, Arizona State Law Journal, 49(1), 2017, s. 1.

⁴²² Türk (2023), s. 334.

⁴²³ Butler (2018), s. 352.

⁴²⁴ Türk (2023), s.334.



3. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ İNCELENMESİ

3.1. Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile İlgili Yaklaşım

Olağanüstü dönemler, olağan hukuk düzenlemeleri ile aşılması güç olan kriz ortamlarını ifade etmektedir. Söz konusu dönemlerde, temel hak ve özgürlükler sınırlanabilmekte hatta durdurulabilmektedir. Yine bu dönemlerde kuvvetler arasında olması gereken dengenin yürütme lehine döndüğü, diğer organların bir adım geri çekildikleri görülmektedir.⁴²⁵ “Olağanüstü hâl” kavramı, bir sözcük olarak dahi sınırsız, şiddetli, rahatsız edici ve itici gibi sözcükleri çağrıştırmaktadır.⁴²⁶ Fakat her ne kadar rahatsız edici olsa da bu kavram, hayatın ve hukukun bir gerçeği haline gelmiştir.

Liberalizm felsefesinin hukuk sistemlerine olan etkisi ve insan hakları alanında kat edilen gelişmeler, bireylerde temel hak ve özgürlükler konusunda bir bilincin gelişmesini sağlamış bu durum da devletin varlığı karşısında, olağanüstü dönemlerde geri kalan her şeyin önemsiz olduğu şeklindeki anlayışının etkisini yitirmesine yol açmıştır. Liberal bir demokraside devlet, olabildiğince bireyi önceleyen bir konumda yer almaktadır. Fakat istisnai dönemler söz konusu olduğunda bireylerden çeşitli fedakârlıklar yapmaları beklenebilmektedir. Bu dönemlerde bireyler birtakım hakların kullanımının sınırlandırılmasına ve hatta durdurulmasına rıza göstermek durumunda kalmaktadırlar.⁴²⁷ Olağanüstü dönemlerde idarenin takdir yetkilerinin genişlemektedir. Bu duruma paralel bir biçimde hak ve özgürlüklerde olağan dönemlere kıyasla çok daha fazla sınırlamaların söz konusu olacağı söylenebilir. Fakat bu durum, hukuk devletinin temel esaslarını ortadan kaldırmamaktadır.⁴²⁸ Olağanüstü bir dönem de olsa hukuk devleti ortadan kalkmamaktadır. Bilakis bu olağanüstü dönemin, hukuk devletinin korunması ve devamının sağlanması için hukuk sistemi içerisinde öngörülen bir yol olduğu söylenebilir. Bu nedenle olağanüstü dönemlerin, hukukun askıya alındığı bir dönem şeklinde algılanmaması gerekmektedir. Bu

⁴²⁵ Abdurrahman Tekin, **Olağanüstü Hal Rejimi Hususunda Anayasa Değişikliği İhtiyacı**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2021, s. 234.

⁴²⁶ Tekin (2021), s. 234.

⁴²⁷ Tekin (2021), s. 234.

⁴²⁸ Korucu (2014), s. 69.

dönemlerde hak ve özgürlüklere yönelik getirilen sınırlamalar dar bir şekilde yorumlanmalıdır.

Doktrinde, Türkiye'deki olağanüstü hâl yönetimlerinin oldukça köklü bir geçmişe sahip olduğu, bu doğrultuda Cumhuriyetin önemli bir bölümünün da bu yönetim usulleri ile geçirildiği ifade edilmektedir.⁴²⁹ Olağanüstü hal, devletin olağan hukuk kurallarıyla mücadele etmesi mümkün olmayan, afet ve savaş gibi olağandışı bir durumun söz konusu olması halinde bu durumu ortadan kaldırılabilmek adına başvurulmuş istisnai bir yönetim şeklidir. Demokratik devletlerde, olağanüstü halin ilan ediliş şekli, koşulları ve kapsamı anayasalarda düzenleme altına alınmaktadır. Yine olağanüstü dönemlerde yargısal denetimin kapsamı ve istisnaları da anayasalarda yer almaktadır. Olağanüstü dönemlerde yürürlüğe koyulan düzenleyici işlemlerin ortaya çıkardığı sonuçlar ve bu düzenleyici işlemlerin denetimi konusundaki tartışmalar, hukuk ve siyaset literatüründe uzun yıllardır kendisine yer bulmaktadır. Özellikle, “Kanun Hükmünde Kararname” kurumunun anayasa hukukuna girişiyle birlikte “güçlü devlet”, “güçlü yürütme”, “güçlü iktidar” gibi kavramların da sıklıkla kullanılmaya başlandığı görülmektedir.⁴³⁰

Türkiye açısından 1971 yılında yapılan anayasa değişiklikleri, güçlü iktidar arayışının başladığı nokta olarak değerlendirilebilmektedir. 12 Mart 1971 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri, o dönemki siyasal iktidara müdahalede bulunmuş ve hükümetin düşmesine neden olmuştur. Sonrasında yeni hükümetin yasama organı karşısında daha güçlü kılınabilmesi amacıyla 1961 Anayasasında bir dizi değişikliğe gidilmiştir. Kanun Hükmünde Kararnameler de 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişikliklerdendir. Bu yeni düzenleme ile beraber, yasama organı, bir kanun aracılığıyla Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebilir hale gelmiştir. 1982 Anayasasında, yürütme organına verilen bu yetki önemli ölçüde genişletilmiş ve Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kuruluna oldukça önemli yetkiler tanımıştır.

1982 Anayasasının ilk halinde, 1961 Anayasasından farklı olarak “Yürütme” başlığı altında olağanüstü yönetim usullerine yer verilmiştir. Bu yönetim usullerinden

⁴²⁹ Kerem Altıparmak & Dinçer Demirkent & Murat Sevinç, İnsan Hakları Ortak Platformu, https://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/Atipik_OHAL_-KHKleri-1.pdf E.T: 16/08/2023.

⁴³⁰ Tayyip Çakırcı, **Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmde Negatif Tutumu**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 91.

birisi olan “Olağanüstü Hal” rejimi ise Anayasanın 119, 120 ve 121’inci maddelerinde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hükümler incelendiğinde, olağanüstü hal ilanının iki ayrı durumun gerçekleşmesine bağlı kılındığı görülmektedir. Bunlar, Anayasanın 119 ve 120’nci maddelerinde açıkça ifade edilmiştir.⁴³¹ Anayasanın 121’inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise; “Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir.” Anayasanın 122’nci maddesinin birinci fıkrasında ise, ikinci bir olağanüstü yönetim usulü olarak “Sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş Hali” rejimini düzenleme altına alınmıştır.⁴³² Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; “Sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir.” hükmüne yer verilmiştir.

21 Ocak 2017 tarihli 6771 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile birlikte “Olağanüstü Hal Yönetimi”, sadece Anayasanın 119’uncu maddesinde düzenleme altına alınmıştır.⁴³³ Söz konusu maddenin altıncı fıkrasında ise; “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen

⁴³¹ Anayasanın 119’uncu maddesine göre; "Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.". Anayasa’nın 120. maddesine göre ise; "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edilebilir."

⁴³² Anayasanın 122’nci maddesinin birinci fıkrasına göre; "Anayasa'nın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelen ve olağanüstü hal ilânını gerektiren hâllerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, savaş hâli, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, ayaklanma olması, vatan veya cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın olması, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleriyle Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra, süresi altı ayı aşmamak üzere yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetim ilân edilebilir."

⁴³³ Anayasanın 119’uncu maddesinin birinci fıkrasına göre; “Cumhurbaşkanı; savaş, savaş gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilir.”

sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.” hükmü yer almaktadır.

1982 Anayasasının ilk halinde, Anayasanın 121 ve 122’nci maddelerinde öngörülen düzenlemelere göre olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde çıkarılabilecek olan KHK’lerin Anayasanın 91’inci maddesi uyarınca çıkarılan KHK’lerden pek çok farkının bulunduğu görülmektedir. Bu farklılıklar arasında, olağanüstü hallerde ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde çıkarılabilecek olan KHK’lerin yargısal denetime tabi olmamaları ön plana çıkmaktadır.⁴³⁴ Söz konusu düzenleme, Anayasada 1982 yılından itibaren pek çok değişiklik yapılmasına rağmen varlığını korumuş günümüzde de kanun hükmünde kararnamelerin yerini alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile etkisini sürdürmektedir.⁴³⁵

Anayasanın 148’inci maddesinde bulunan olağanüstü hallerde ve savaş halinde çıkarılabilecek olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasaya aykırılı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına ilişkin düzenleme, doktrinde uzun yıllardır eleştirilmektedir. Bu hüküm, özellikle hukuk devletiyle bağdaşır bir yönünün bulunmadığı ve temel hak ve özgürlükler bakımından önemli bir tehdit oluşturduğu ifade edilerek eleştirilerle karşı karşıya kalmıştır. Anayasanın 148’inci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen hükmün lafzi anlamına bağlı kalınması halinde olağanüstü hallerde ve savaş halinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin esas ve şekil yönünden anayasaya aykırılığını tespit edecek bir yargısal denetimin yapılması mümkün olamamaktadır. Özbudun, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden önce Anayasanın 148’inci maddesinde kanun hükmünde kararnameler düzenleme altına alınmışken belirttiği görüşünde, bu hükmün olağanüstü hâl rejimlerinin, idarenin takdir yetkisini genişletmesine ve özgürlüklerin olağan dönemlere kıyasla daha fazla sınırlandırılmasına rağmen yine de bir hukuk rejimi olması gerektiği yolundaki yerleşmiş kamu hukuku ilkesine aykırı düştüğünü belirtmektedir.⁴³⁶ Özbudun’a göre

⁴³⁴ Hikmet Tülen, **Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(3), 2004, s. 79.

⁴³⁵ Anayasanın 148’inci maddesinde yer aldığı üzere; “Anayasa Mahkemesi, (...) Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin (...) Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. (...) Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

⁴³⁶ Özbudun (2011), s. 258.

burada yargısal denetimin yapılamaması, Anayasanın 15’inci maddesi ile sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bile vatandaşlara tanınmış olan “mahfuz alanı” fiilen etkisiz kılabilir niteliktedir.⁴³⁷

1982 Anayasasının ilk halinden günümüze kadar hukuk devleti ilkesinin daha sağlam kılınması ve temel hak ve özgürlüklerin kuvvetlendirilmesi hedefiyle anayasada pek çok değişiklik yapılmıştır. Ancak Anayasanın 148’inci maddesinde yer alan bu düzenlemede herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu hüküm ile ilgili içtihatları ise Anayasada herhangi bir değişiklik yapılmamasındaki payı ve önemi bakımından yadsınamayacak niteliktedir.⁴³⁸ Anayasa Mahkemesinin bu konuda tarihsel süreç içerisinde farklı kararlarının olduğu görülmektedir. Özellikle 2016 yılının burada bir dönüm noktası olduğu, Yüksek Mahkemenin o tarihte önemli bir içtihat değişikliğine gittiği ifade edilebilir. Bu nedenle söz konusu kararların 2016 yılı öncesi ve sonrası şeklinde iki başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

3.1.1. 2016 Yılı Öncesindeki İçtihatlar

Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hâl KHK’lerinin denetlenmesi talebiyle ilk olarak 1990 yılında, o dönemki ana muhalefet partisi olan “Sosyaldemokrat Halkçı Parti” tarafından açılan iptal davası ile karşılaştığı görülmektedir. Bu davada 424 ve 425 sayılı olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin anayasaya aykırılık teşkil ettiği iddiası ile uyumsuzluk Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir.⁴³⁹ “424 sayılı Şiddet Olaylarının Yaygınlaşması ve Kamu Düzeninin Ciddi Şekilde Bozulması Sebebine Dayalı Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname” ve “425 sayılı 2935 Sayılı Kanun ile 285 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde yer alan hükümlerde değişikliğe gidilmektedir. Yine bu kanun ve KHK’lere birtakım hükümlerin eklendiği görülmektedir. Özellikle kanun ile yapılması gereken cezai

⁴³⁷ Özbudun (2011), s. 258.

⁴³⁸ Merih Öden, **Anayasa Mahkemesi Ve Olağanüstü Hal Ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetim**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58(3), 2009, s. 661.

⁴³⁹ AYM, E.1990/25, K.1991/1 sayılı, 10/01/1991 tarihli kararı.

düzenlemelerin de değişiklik kapsamında olması ve yeni düzenlemelerin bir bölümünün OHAL ilan edilen bölgeler haricindeki bölgelerde de uygulanacak nitelikte olması, burada OHAL'in gerektirdiği sınırın dışına çıkıldığını kanıtlar niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin, açılan bu iptal davasında kendisini yetkisiz görerek davanın reddine karar vermiş olması halinde hukuk devleti ilkesinin önemli bir zarar göreceği söylenebilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasanın ilgili hükmünün sözel anlamına bağlı kalmamış ve yaptığı yorum ile olağanüstü hal KHK'lerini yargısal denetime tabi tutmuştur. Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar, aynı zamanda Mahkemenin hukuk devleti bakımından ne ölçüde büyük öneme sahip olduğunu ortaya koyar niteliktedir.⁴⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile Anayasada olağanüstü yönetim usullerinin düzenleme altına alınış şeklini belirtmiş, yürütme organının hangi hallerde olağanüstü yönetim usullerine başvurabileceğini ifade ederek olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'lerin Anayasaya uygunluğu noktasında bir denetimin yapılıp yapılmayacağına ilişkin görüşlerini de ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesine göre olağanüstü halin gerekli kıldığı bir konuda çıkarılan KHK'nin, Anayasanın 148'inci maddesinin birinci fıkrası ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 19'uncu maddesi uyarınca yargısal denetimi mümkün değildir. Bu gibi bir durumda söz konusu OHAL KHK'si üzerinde yalnızca TBMM tarafından bir denetim gerçekleştirilebilecektir. Anayasa Mahkemesine göre bu kararnamelerin TBMM tarafından onaylanmasının ardından tıpkı olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri gibi adi birer yasaya dönüşmelerinden ötürü bu tarihten itibaren Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi de ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda Anayasada olağanüstü hal KHK'leri için öngörülen denetim yasağı, bu Kanun Hükmünde Kararnameler yasalaşmadan önceki evre içindir.⁴⁴¹ Anayasa Mahkemesi, OHAL KHK'lerinin denetimi hakkındaki düşüncelerini bu kapsamda ortaya koymuştur. Ancak Anayasa Mahkemesinin, burada üzerinde durulması gereken ve yargısal aktivizm bağlamında çeşitli tartışmalara sebebiyet veren birtakım kriterleri ortaya koyarak olağanüstü hal KHK'lerini denetime açık hale getirdiği görülmektedir.

⁴⁴⁰ Cem Eroğul, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM'ce Onaylanması Sorunu**. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54(4), 1999, s. 37.

⁴⁴¹ Çakırcı (2019), s. 97.

Yüksek Mahkemeye göre bir konuda OHAL KHK'si çıkarılabilmesi için ilk olarak bu konuda Anayasanın 119 veya 120'nci maddelerine göre bir olağanüstü hal ilanının olması şarttır. Bu kapsamda OHAL KHK'leri ile yapılan düzenlemelerin de ilan edilen olağanüstü halin amacı doğrultusunda olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, burada üç önemli kriteri ortaya koymuştur. İlk olarak Anayasa Mahkemesine göre, olağanüstü hal KHK'lerinin düzenleme alanının sınırsız olduğu düşünülemeyecektir. OHAL KHK'lerinin kapsamı, Anayasanın 121'inci maddesinin üçüncü ve 122'inci maddesinin ikinci fıkraları uyarınca "olağanüstü halin veya sıkıyönetim halini gerekli kıldığı konularla" sınırlıdır. Nitekim Anayasanın 148'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca denetlenmesi mümkün olmayan KHK'lerin, "olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda" çıkartılan KHK'ler olduğu görülmektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını incelemekte ve "olağanüstü halin gerekli kıldığı konuların" dışında kalan KHK'leri bir olağanüstü hal KHK'si olarak görmeyerek yargısal denetim gerçekleştirmektedir.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesine göre, OHAL KHK'lerinin yalnızca olağanüstü halin ilan edildiği coğrafyada uygulanabilmesi mümkündür. Bu sebeple olağanüstü hal ilan edilen bölgenin dışında kalan bir yerde OHAL KHK'leri ile bireylerin hak ve özgürlüklerinde sınırlandırmaya ve durdurmaya gidilemeyecektir. Son olarak da olağanüstü yönetimler açısından belirli bir süre sınırı bulunmaktadır. Olağanüstü hal ilanı, Anayasada öngörülen düzenleme uyarınca en fazla altı ay süreli olabilmektedir. Bu sürenin TBMM tarafından dört ayı geçmemek üzere uzatılabilmesi de mümkündür. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerini denetlerken süre ölçütünü de göz önünde bulundurmakta olağanüstü hal süresi ile sınırlı bir biçimde bu KHK'lerin uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda olağanüstü halin sona ermesiyle beraber OHAL KHK'leri ile getirilen düzenlemelerin uygulanması da son bulacaktır. OHAL KHK'leri yalnızca olağanüstü hal süresi içerisinde uygulama alanı bulabileceğinden bu KHK'lar ile normal kanunlarda değişiklik yapılabilmesi de mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi, netice itibariyle konu, yer ve süre olarak ifade edilebilecek üç temel ölçüt getirerek bir hukuki düzenlemenin OHAL KHK'si olup olmadığını saptamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu görüşüne göre Yüksek Mahkeme, önüne

gelen düzenlemeye verilen isimle kendisini bağılı görmemektedir. Dolayısıyla bir hukuki düzenlemenin gerçekten OHAL KHK'si niteliğinde olup olmadığı, üç temel ölçüt çerçevesinde değerlendirilmekte bu değerlendirmenin sonucunda OHAL KHK'si olduğuna kanaat getirilen hukuki düzenlemeler hakkında yargısal denetim söz konusu olmazken her ne kadar ismi OHAL KHK'si olsa da konu, yer ve süre yönünden bu niteliği taşımayan hukuki düzenlemelerin yargısal denetimi gerçekleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir hukuki düzenlemenin isminin OHAL KHK'si olması ile o düzenlemenin gerçek bir OHAL KHK'si olmadığını verdiği kararların gerekçesinde de ortaya koymuştur.⁴⁴² Anayasa Mahkemesinin böylece geliştirdiği yorum yöntemiyle özgürlükçü bir tutum takındığı ifade edilebilir.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal KHK'leri ile ilgili olarak, iptal davası yoluyla önüne gelen davalarda sergilediği bu özgürlükçü tutumu, itiraz davalarında ise tam anlamıyla gösterememiştir. Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla önüne gelen bir olağanüstü hal KHK'si ile ilgili olarak verdiği kararında, dava konusu olağanüstü hal KHK'sini, konu, yer ve süre yönünden değerlendirmiş ve gerçek bir olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirerek yetkisizlik sebebiyle denetlemekten kaçınmıştır.⁴⁴³ Ancak Anayasa Mahkemesinin söz konusu başvuruda yetkisizlik kararı verirken Anayasanın 148'inci maddesine değil eski Kuruluş Kanununun 19'uncu maddesine dayandığı görülmektedir. Anayasanın 148'inci maddesi, olağanüstü hal KHK'lerinin itiraz yoluyla değil iptal davası yoluyla denetlenmesini yasaklamaktadır. 2949 sayılı Kanunun 19'uncu maddesinde ise bu yasaklama genişletilmiştir. Yancı Özalp'e göre, Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya aykırı olan Kuruluş Kanununun 19'uncu maddesini ihmal ederek direkt olarak Anayasanın 148'inci maddesine dayanarak itiraz yoluyla önüne gelen olağanüstü hal KHK'si hükmünün anayasaya aykırılığını denetlemesinin, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından çok daha isabetli

⁴⁴² “Anayasanın 121. ve 122. maddelerine göre çıkarılan KHK'lerin Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı dışında kalabilmesi için yalnız isimlerinin farklı olması ve düzenlenmelerinin değişik usul ve esaslara bağılı tutulması yetmez, içeriklerinin de olağanüstü hal ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularla sınırlı tutulması gerekir. Bu nedenle, içeriğine bakılmaksızın sadece olağanüstü hal veya sıkıyönetimin devamı süresince özel bir usul uygulanarak çıkarıldığı ve buna bağılı olarak isimlendirildiği için bir KHK'nin bu tür düzenleyici işlem olduğu kabul edilemez.” AYM, E.2003/28, K.2003/42 sayılı 22/05/2003 tarihli kararı.

⁴⁴³ Yancı Özalp (2018), s.142. AYM, E.1992/30, K.1992/36 sayılı, 26/05/1991 tarihli kararı.

olacağı söylenebilir.⁴⁴⁴ Nitekim bu görüş, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda karşı oy olarak da kendisine yer bulmuştur.⁴⁴⁵

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi hakkında 2016 yılına kadar süreklilik kazanmış olan özgürlükçü değerlendirmesi, 1992 ve 2003 yılındaki kararlarında da etkisini göstermiştir.⁴⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin, bu özgürlükçü değerlendirme ile birlikte Anayasada siyasal iktidara tanınmış olan bu yetkinin sınırsız bir yetki olmadığını ortaya koyduğu söylenebilir. Hukuk devleti ilkesinin benimsendiği bir ülkede olağanüstü yönetim usulleri kapsamında başvurulması gerekli olan tedbirlerin içeriği de bu kapsamda olmalıdır. Netice itibarıyla Anayasa Mahkemesi de 2016 yılına kadar istikrar kazanmış içtihatları ile olağanüstü hâl KHK'lerinin yargısal denetimin dışında tutulmasının ortaya çıkarabileceği sakıncalı sonuçları görmüş ve geliştirdiği yorum ile bunların önüne geçmeye çalışmıştır.⁴⁴⁷

Anayasa Mahkemesinin, OHAL KHK'lerinin konu, yer ve süre yönünden sınırlı olduğunu ifade etmesi, esasında Anayasada yer almayan birtakım ölçütlerin getirilmesi anlamına gelmekte olup Anayasaya açık bir aykırılık bulunmamasına rağmen söz konusu OHAL KHK'lerinin iptali sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, verilen kararların aktivist birer karar olmasına yol açmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin burada verdiği kararların, Anayasada öngörülen yargısal denetim

⁴⁴⁴ Yancı Özalp (2018), s. 142.

⁴⁴⁵ "İtiraz yolu, bir dava türü sayılamaz ve mahkemenin yaptığı başvuruyu "Mahkemenin davası" olarak adlandıramayız. Anayasa Mahkemesi'nin görevini öncelikle Anayasa belirler. Anayasa, 148. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini açık bir biçimde göstermiş olmasına karşın, maddedeki sınırlayıcı kural, Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yasası'nın 19. maddesine değişik bir biçimde alınmıştır. Anayasa'da "Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz." deyiimi yerine, Yasada "iptal davası açılmaz ve mahkemelerde aykırılık iddiası ileri sürülemez." denilmiştir. Görüldüğü üzere Kuruluş Yasası, Anayasa'daki "dava açılmaz" sözcüğünü "iptal davası açılmaz" biçiminde tekrarladıktan sonra, "mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez" kuralını ilave etmiş, dolayısıyla Anayasa'nın öngördüğü anayasal denetim yasağını genişletmiştir. Bu durumda Kuruluş Yasası'nın bu kuralı Anayasa'ya aykırıdır. Olayda, Anayasa Mahkemesi'nin "ispat hakkı"yla ilgili kararında belirttiği biçimde, "Anayasanın bağlayıcı niteliği ve üstünlüğü" ilkesine dayanılarak ve Anayasa'ya aykırı hüküm ihmal edilerek, Anayasa kuralının doğrudan uygulanması gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin 6.5.1982 günlü, E: 1981/8, K: 1982/3 sayılı kararı). Öte yandan, Anayasa'nın 148. maddesinin öngördüğü yasak alanın sadece olağanüstü hal KHK'nin (kural işlemin) kendisiyle ve iptal davası süresiyle sınırlı olduğu, kural işleme dayanılarak değişik zamanlarda tesis edilecek bireysel işlemleri kapsamadığı söylenebilir. Bu düşünce biçimi, kuralın yazılışına ve temelde anayasal denetimi öngören bir hukuk devleti anlayışına çok daha uygun düşecektir." AYM, E.1992/30, K.1992/36 sayılı, 26/05/1991 tarihli kararında yer alan karşıoy.

⁴⁴⁶ Çakırcı (2019), s. 100.

⁴⁴⁷ Öden (2009), s. 668.

yasasının yol açabileceği sakıncalı sonuçları belirli bir ölçüde telafi edici nitelikte olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadının, hukuk devleti ilkesi ve insan haklarının gerekleri açısından önemli bir güvence olduğu görülmektedir. Bu bağlamda kararın dayanağını oluşturan mantıksal kurgunun ve ortaya çıkardığı sonuçların da son derece isabetli olduğu söylenebilir.⁴⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin bu kararı, yargısal aktivizm kavramı çerçevesinde demokratik karar alma süreçlerini tahrip ettiği gerekçesiyle eleştiriye tabi tutulabilmektedir. Yargısal aktivizmin kimi hallerde demokrasiyle bağdaşmayan bir etkisinin bulunduğu söylenebilir. Ancak bu husus ifade edilirken hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması gerekliliği unutulmamalıdır. Korucu'nun da belirttiği üzere kimi hallerde hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi adına yargı organının aktivist bir tutum takınması gerekmektedir.⁴⁴⁹

Anayasa Mahkemesinin bu içtihatları ile özgürlükçü bir yargısal aktivizm sergilediği ifade edilebilir. Buradaki yargısal aktivizm, tamamen anayasanın bütünlüğünü ve hukuk kurallarını göz önünde bulundurarak yetki alanını genişlettiği, siyasal bir amacın bulunmadığı ve temel hak ve özgürlükleri koruma amacının ön plana çıktığı bir aktivizmdir. Ancak burada sergilenen yargısal aktivizmin sınırlı bir aktivizm olduğu söylenebilir. Zira Anayasa Mahkemesi, Anayasada öngörülmemiş olmasına rağmen itiraz yoluyla önüne gelen olağanüstü hal KHK'lerini denetlerken Anayasaya aykırı olan Kuruluş Kanunu hükümlerini ihmal etmemiş bu alanda sınırlı bir aktivizm sergilemiştir. Anayasa Mahkemesinin bunun dışında 2016 yılına kadar olan içtihatlarının, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında oldukça isabetli olduğu söylenebilir.

3.1.2. 2016 Yılı Sonrasındaki İçtihatlar

Anayasa Mahkemesinin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ve hukuk devletinin olası tehditler karşısında koruma amacıyla geliştirdiği yorum, 2016 yılı sonrasında ise değişikliğe uğramıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesi, geçmişteki içtihatlarını değiştirerek OHAL KHK'lerinin denetlenemeyeceği düşüncesini benimsemiştir. “668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun

⁴⁴⁸ Korucu (2014), s. 69-70.

⁴⁴⁹ Korucu (2014), s. 70.

Hükmünde Kararname” ve “669 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” için ana muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi milletvekilleri tarafından iptal davaları açılmış, bu iptal davalarında Anayasa Mahkemesi, 12/10/2016 Tarih 2016/159 ve 2016/160 sayılı Kararları ile önceki içtihatlarından tamamen farklı bir karar vererek Anayasanın 148’inci maddesinde yer alan hükmün sözel anlamına bağlı kalmayı tercih etmiş, ilgili olağanüstü hal KHK’lerinin yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vererek kendisini yetkisiz görmüş ve iptal taleplerinin reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde, Anayasa metninin lafzi anlamına bağlı kalınması gerektiğini ortaya koymuştur.⁴⁵⁰ Yine Anayasa Mahkemesi, karar gerekçesinde önceki içtihatlarına ilişkin görüşlerine de yer vermiştir.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Kanun hükmündeki düzenlemeler, yargı denetimine konu yapılabildikleri ölçüde temel hak ve özgürlükler etkili şekilde korunmuş ve güvence altına alınmış olur. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlere göre daha fazla sınırlandırıldığı olağanüstü dönem KHK’larının da bir hukuk devletinde Anayasa’ya uygunluk denetimine açık olması gerektiği söylenebilir. Ancak bu durum, yargısal denetime istisna getiren anayasal hükümlerin varlığını ve uygulanmasını etkilemez. Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de bu kapsamdadır. Nitekim anılan cümlede yer alan ‘... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.’ hükmü ile olağanüstü dönem KHK’ları, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK’larının denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır. Nitekim Anayasa’nın 121. maddesinin gerekçesinin ilgili bölümü şu şekildedir: ‘Olağanüstü haller Anayasamızda yeni bir şekilde düzenlenmiştir. Tabii afet ve ekonomik kriz hallerinde ve diğer hallerde hükümete yasama meclisinin denetimi altında kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilmiştir... Bütün tasarruflar yasama meclisinin denetimi altında düzenlenecektir.’ Bu gerekçe de denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa’nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK’larının şekil ve esas bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa’nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır.” AYM, E.2016/166, K.2016/159 sayılı, 12/10/2016 tarihli kararı.

⁴⁵¹ Anayasa Mahkemesine göre; “Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK’sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK’sı niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır. Nitekim 2003 yılında oyçokluğuyla verilen kararda, 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı KHK’nın 425 sayılı KHK ile yeniden düzenlenen 7. maddesinde yer alan ‘Bu KHK ile Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz.’ biçimindeki hükmün Anayasa’nın 125. maddesiyle bağdaşmadığı iddiası ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi K.1991/1 sayılı kararında söz konusu kuralın olağanüstü hâl KHK’sı hükmü olduğunu, dolayısıyla yargı denetimine tabi olmadığını belirterek iptal talebinin reddine karar vermesine rağmen 2003 yılında verilen K.2003/42 sayılı kararda, aynı hükmün Anayasa’nın 125. maddesine aykırı olması nedeniyle olağanüstü hâl KHK’sı değil olağan KHK olduğunu ifade ederek yargısal denetime tabi tutmuş ve yetki kanunu olmadığı gerekçesiyle Anayasa’nın 91. maddesine aykırı bularak anılan

Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi ile ilgili olarak söz konusu Anayasa hükmünün yalnızca lafzına bağlı kalarak bir yorum yöntemi geliştirmesi, pek çok sorunu beraberinde getirebilecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin bu içtihadı ile OHAL KHK'leri, yasama organı olan TBMM tarafından yapılan siyasal denetim haricinde denetim yapılamaz hale gelmiştir. Doktrinde kimi yazarlar da Anayasa Mahkemesinin içtihat değişikliğine gitmesini eleştirerek Anayasa Mahkemesinin yeni kararlarında lafzi yorum yöntemini ve genetik yorum yöntemini uygulayarak karar verdiğini ifade etmektedir.⁴⁵² Bu durum ise Anayasada özgürlükler ve hukuk devleti bakımından öngörülen güvencelerin anlamını kaybetmesine yol açmıştır. Anayasa Mahkemesinin varlık amacı doğrultusunda özgürlüklerden yana yorum yöntemini tercih etmesi gerektiğini söylenebilir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin yeni içtihadı ile birlikte olağanüstü hal KHK'leri mutlak bir denetimsizlik içerisine hapsedilmiştir.

Türkiye gibi katı ve disiplinli ideolojik parti sistemlerinin geçerli olduğu ülkelerde, parlamentodaki çoğunluğu elinde bulunduran herhangi bir siyasi parti iktidarında, etkin bir TBMM denetiminden bahsedebilmek de mümkün olmayacaktır.⁴⁵³ Temel hak ve özgürlükler bakımından telafisi mümkün olmayan ihlallere neden olabilecek nitelikte olan, OHAL KHK'lerinin denetiminin yalnızca

hükmü iptal etmiştir. Bu yaklaşım, Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK'lerinin yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK'si niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür." AYM, E.2016/166, K.2016/159 sayılı, 12/10/2016 tarihli kararı.

Benzer gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü ARSLAN'ın, Anayasa Mahkemesinin 55. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşmasında da kendisine yer bulmuştur. Söz konusu konuşmada; "Anayasal demokrasilerde yetki haritasını çizen kurucu iktidar, başka bir ifadeyle anayasa koyucudur. Yetki haritası ise anayasadır. Elbette çizilen sınırların hukuk devletini tüm kurum ve kurallarıyla tesis etmede yetersiz olduğu söylenebilir. Ancak değişinceye kadar mevcut anayasal sınırlar hepimizi bağlamaktadır. Dolayısıyla bir anlamda bu sınırların koruyuculuğunu yapmakla görevli olan Anayasa Mahkemesinden anayasal sınırların dışına çıkması beklenemez. Anayasa koyucunun, lafzı, anlamı ve amacı bakımından açık bir şekilde düzenlediği kuralları yorum yoluyla değiştirmek esasen Mahkeme eliyle anayasa değişikliği yapmak anlamına gelir. Bunun da yargısal aktivizm ve meşruiyet tartışmasına yola açacağı her türlü izahtan varestedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin "hak eksenli" yaklaşımının, anayasal sınırlar içinde kalarak ve yargısal aktivizme tevessül etmeden temel hak ve hürriyetleri koruması şeklinde anlaşılması gerekir." ifadelerine yer verildiği görülmektedir. Zühtü Arslan, **Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Zühtü ARSLAN'ın 55. Kuruluş Yıldönümü Açış Konuşması**, Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi: https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6261/2017_baskanin_acilis_konusmasi.pdf E.T: 17/08/2023.

⁴⁵² Yancı Özalp (2018), s. 147.

⁴⁵³ Çakırcı (2019), s. 105.

parlamentoya bırakılması, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde oldukça eleştiriye açık bir durumdur. Anayasa Mahkemesinin söz konusu içtihadı anayasanın lafzi bakımından biçimsel anlamda tutarlı olsa da demokratik bir hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte olmadığı söylenebilir.⁴⁵⁴

Demokrasinin sağlıklı bir biçimde işlediği hukuk devletlerinde, Anayasa Mahkemelerinin, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve anayasanın üstünlüğünün tam olarak tesisinin sağlanması gibi amaçlarının bulunduğu söylenebilir. Bütün bunların yanında Anayasa Mahkemesi, yaptığı yargısal denetim ile hukuk ve demokrasi prosedürleri aracılığıyla milletin egemenliğini kullanabilmesini sağlamaktadır.⁴⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin bu amaçla verdiği kararların, detaylı bir değerlendirme yapılmaksızın yargısal aktivizm kavramı ekseninde eleştiriye tabi tutulması isabetli değildir. Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükleri korumak maksadıyla verdiği kararlar, varlık nedeninin bir ifadesi olmasının yanı sıra hukuki meşruiyetini sürdürebilmesinin de yegâne yoludur.⁴⁵⁶ Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin 2016 sonrasındaki içtihat değişikliğini çeşitli yönlerden eleştirebilmek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi, yeni içtihadı ile önceki içtihatlarından farklı olarak anayasa metninin anlam bütünlüğünü dikkate almamıştır. Anayasada yer alan tüm kuralların, bir anlam bütünlüğü içerisinde yoruma tabi tutulması gerekmektedir. Burada anlam bütünlüğünün zaman içerisinde farklılaşabileceği hususu da önem taşımaktadır. Anayasanın ilk metninde yer alan bir hükmün, anayasada yaşanan çeşitli değişimler sonrasında daha farklı bir yoruma tabi tutulacağı söylenebilir.⁴⁵⁷ Bu bağlamda anayasa metninin objektif anlam bütünlüğü dikkate alınmalı ve anayasanın yürürlüğe girmesinden itibaren yapılan değişiklikler takip edilerek anayasal kurallarının anlam ve amacı belirlenmelidir.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ Osman Can & Duygu Şimşek Aktaş, **Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1), 2017, s. 35.

⁴⁵⁵ Can & Şimşek Aktaş (2017), s. 31.

⁴⁵⁶ Can & Şimşek Aktaş (2017), s. 32.

⁴⁵⁷ Can & Şimşek Aktaş (2017), s. 32.

⁴⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin kararında yer alan; “demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa’da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını

Anayasa Mahkemesinin, sürekli hale gelmiş olan içtihadında değişikliğe gitmesinde, yalnızca Anayasanın 148'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin lafzi anlamını kararına esas almasının etkili olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararını gerekçelendirirken Danışma Meclisi görüşmelerine baktığı ancak kuralın objektif amacının tespitinde daha isabetli olan Anayasanın bütününde zaman içinde meydana gelen değişiklikler ile ilgilenmediği görülmektedir. Bunun yanında yine Anayasa Mahkemesinin Anayasanın mevcut metninin anlam bütünlüğünü göz önünde bulundurmadığı ve klasik yorum yöntemlerinden birisi olan sistematik yorumu göz ardı etmiş olduğu söylenebilir.⁴⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin Anayasada yer alan hükümleri yorumlarken temel hak ve özgürlükleri göz önünde bulundurması gerekmektedir. Özellikle yorum neticesinde hak ve özgürlükler bakımından farklı sonuçların ortaya çıkabileceği hallerde Anayasa Mahkemesinin tartışmasız bir şekilde özgürlükler lehine olan yorumu tercih etmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi son kararlarında Anayasanın 148'inci maddesinin lafzi yorumunu esas almıştır. Fakat bu durumun Anayasanın 2'nci, 13'üncü, 15'inci ve 121'inci maddelerinde yer alan düzenlemeleri tamamen anlamsız hale getireceği söylenebilir. Bu türden bir yorumun ise Anayasa Mahkemesinin varlık sebebi ile bağdaşmadığı açıktır.

Anayasanın 13'üncü maddesi ele alındığında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin düzenleme altına alındığı görülmektedir. Anayasanın 15'inci maddesinde ise olağanüstü dönemler için temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması rejimi düzenlenmiştir.⁴⁶⁰ 15'inci maddenin ikinci fıkrasında ise; “çekirdek hak” olarak isimlendirilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulması mümkün olmayan haklar sıralanmıştır.⁴⁶¹ Bu bağlamda birtakım temel hak ve

sürdüren rejimlerdir. Ayrıca olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın sonuçta hukuki bir rejimdir” ifadesi de ancak bu yorum ile anlam kazanabilecek niteliktedir. AYM, E.2016/167, K.2016/160 sayılı, 12/10/2016 tarihli kararı.

⁴⁵⁹ Can & Şimşek Aktaş (2017), s. 33.

⁴⁶⁰ Söz konusu hüküm; “Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” şeklindedir.

⁴⁶¹ Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve

özgürlüklerin Anayasada, olağanüstü dönemlerde dahi sınırlandırılması ya da durdurulması mümkün olmayan haklar olarak açıkça düzenlendiği görülmektedir. Olağanüstü hal KHK'lerinin her şartta yargısal denetimden muaf olduğunun kabul edilmesi halinde, Anayasanın 15'inci maddesinin tamamen anlamsız hale geleceği söylenebilir.⁴⁶² Anayasada bir hüküm ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmış olması, etkin bir yargısal denetim olmadığı müddetçe gerçek anlamda bir güvence niteliği taşımamaktadır. Anayasanın 15'inci maddesinde düzenlenen hükmün, siyasal iktidara yönelik yönlendirici ve etik bir değerden ibaret olmaması için etkin bir yargısal denetimin bulunması gerekmektedir.⁴⁶³ Anayasa Mahkemesinin 2016 yılına kadar olan içtihatları da Anayasanın 15'inci maddesini güvence altına alan kararlar olmaları sebebiyle önem taşımaktadır.

Hiçbir anayasal istisnanın, anayasanın geçerliliğini etkileyecek biçimde yorumlanabilmesi veya uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin yalnızca söz konusu hükmün lafzi anlamını esas alarak olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetiminin yapılamayacağını söylemesi, oldukça problemli neticelere yol açabilecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin önceki içtihadı ile olağanüstü hal KHK'lerinin belirli sınırlar içerisinde kalmalarını sağladığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi sayesinde OHAL KHK'leri, hukuk içi bir durum olarak kalabilmiştir. Yeni içtihat ile birlikte, yasama organının yaptığı siyasal denetim dışında bir denetimin mümkün olmadığı görülmektedir. Anayasanın 148'inci maddesinde yer alan düzenleme, istisnai bir düzenleme olmakla birlikte temelde olağanüstü dönemlerde anayasal düzenin korunarak devamlılığının sağlanabilmesi amacını içermektedir. Buradaki istisnanın ise genel kuralı güçlendirmesi, sürdürülebilir ve uygulanabilir hale getirmesi gerekmektedir. Fakat istisnaların hiçbir şekilde genel kuralı geçersiz hale getirecek bir etkiye sahip olamayacağı ifade edilmelidir.⁴⁶⁴ Bununla birlikte Anayasanın 148'inci maddesinin

cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

⁴⁶² Yancı Özalp (2018), s. 146.

⁴⁶³ Yancı Özalp (2018), s. 146.

⁴⁶⁴ Can & Şimşek Aktaş (2017), s. 40.

birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan hüküm⁴⁶⁵ karşısında, temel hak ve özgürlükler ve hukuk devletinin muhafazası için olağanüstü hal KHK'lerinin denetiminin gerçekleştirilebileceği yönündeki değerlendirmeler, sınırsız ve herhangi bir çekince olmaksızın “OHAL KHK'lerine karşı dava açılabilir” anlamına da gelmemektedir. Kural olarak OHAL KHK'lerine karşı Anayasa Mahkemesi'nde dava açılabilmesi, Anayasanın 148'inci maddesinin lafzından da açıkça anlaşılabileceği üzere yasaklanmıştır. Ancak temel amacı anayasal düzenin korunması olan bu kuralın, yine anayasal düzenin korunması amacıyla tekrardan bir içerik sınırlamasına tabi tutulabileceği söylenebilir. Dolayısıyla Anayasada öngörülen denetlenemezlik kuralının, anayasal düzenin temel esaslarını tehlikeye atacak bir katılıkla uygulanmaması gerekmektedir.⁴⁶⁶ Aksi bir değerlendirmede bizzat anayasal düzenin korunması amacıyla anayasada kendisine yer verilen bu hüküm, anayasadaki pek çok düzenlemeyi anlamsız hale getirebilecek ve anayasal düzenin sonunu getirebilecek birtakım sonuçlara neden olabilecektir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin 2016 yılına kadar temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk devleti bakımından faydalı olarak görülen aktivist tutumu, 2016 yılı sonrasında verdiği kararlarında yerini kendi kendini sınırlandırmaya bırakmıştır. Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da Anayasa Mahkemesinin 2016 öncesindeki kararlarını oyçokluğu ile verirken 2016 sonrasındaki aktivist tutumunu bir kenara bıraktığı kararları oybirliği ile vermiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesinin olağanüstü hal KHK'leri ile ilgili oybirliği ile vermiş olduğu kararları olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile de sürdürüp sürdürmeyeceği hususu ise ilgili Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinin ardından henüz bu konuda verilen bir kararın olmaması sebebiyle belirsizdir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, bundan sonraki süreçte, 2016 yılı sonrasındaki içtihatlarından geri dönüş yapıp Anayasanın 15'inci maddesini göz önünde bulundurarak hak ve özgürlükler lehine bir yorum geliştirmesi ve bu alanda temel hak ve özgürlükler lehine olacak biçimde aktivist bir tutum sergilemesi gerektiği ifade edilebilir.

⁴⁶⁵ Söz konusu hüküm; “Ancak olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamein şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

⁴⁶⁶ Can & Şimşek Aktaş (2017), s. 40.

3.2. Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanunların Denetimi

Anayasada gerçekleştirilen değişikliklerin bir denetim konusu olarak Anayasa Mahkemesinin önüne getirilip getirilemeyeceği, halen güncelliğini koruyan bir tartışma konusu niteliğindedir. Normlar hiyerarşisine göre değerlendirildiğinde, kanunların, hiyerarşik olarak kendilerinden daha üst konumda yer alan anayasa kurallarına göre denetlenmesi olağan kabul edilirken anayasa kurallarında yapılan değişikliklerin hangi üst norm esas alınarak denetlenebileceği önemli bir soru işaretidir. Bu sebeple anayasa hükümlerinde yapılan değişikliklerin şekil ve esas yönünden ayrı ayrı üzerinde durulması gerekmektedir.

Şekil denetimi, anayasa değişikliklerinin anayasada yer alan usule göre yapılıp yapılmadığını ifade etmektedir. Bu anlamda, şekil denetiminin herhangi bir sorun oluşturmadığı anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle anayasa değişikliklerinin, anayasada yer alan anayasanın değiştirilmesine ilişkin kurallara göre yapılabilmesi mümkündür. Esas yönünden yapılacak denetimde ise şekil yönünden denetimde olduğu gibi kesin bir yargıya ulaşabilmek mümkün olamamaktadır. Doktrinde, anayasada yapılan değişikliklerinin esas yönünden denetiminin mümkün olamayacağını belirten isimler olduğu gibi bu denetimin mümkün hatta gerekli olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır. Anayasada yapılan değişikliklerinin esas yönünden de denetime tabi tutulması gerektiğini belirten yazarlar, anayasanın bazı normlarını diğer normlara kıyasla daha üst bir pozisyonda görmektedirler. Ancak, bu görüşün, normlar hiyerarşisinde bir normun geçerliliğini kendisinden daha üstte yer alan bir başka normdan alabileceği tezi ile bağdaşmadığı söylenebilir. Normlar hiyerarşisine göre aynı seviyede bulunan normlar arasında astlık ve üstlük ilişkisinin olabilmesi mümkün değildir. Bu sebeple anayasa değişikliklerinin kendisi ile aynı seviyede bulunan bir diğer anayasa normuna uygun olup olmadığının denetlenmesi, mantıklı bir sebep ile açıklanamayacaktır. Nitekim Hakyemez de eşit düzeydeki kuralların birbirine uygunluğunun denetiminin normlar hiyerarşisinin mantığı ile açıkça çeliştiğini ifade etmiştir.⁴⁶⁷ Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi ile ilgili bu tartışmalara

⁴⁶⁷ Hakyemez (2009), s. 65.

rağmen uygulamada anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin birkaç istisna haricinde hiçbir ülkede kabul görmediği söylenebilir.⁴⁶⁸

Türkiye’de ilk defa 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle birlikte kurulan Anayasa Mahkemesinin, kurulduğu günden bu yana anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ile ilgili olarak verdiği kararlar sebebiyle tartışmaların odağında yer aldığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin hem 1961 Anayasasının hem de 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemlerde vermiş olduğu farklı kararlar bulunmaktadır. Bu bağlamda konunun 1961 Anayasası döneminde kararlar ve 1982 Anayasası döneminde verilen kararlar şeklinde iki başlık altında incelenmesi faydalı olacaktır.

3.2.1. 1961 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar

1961 Anayasasının ilk halinde, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenleme altına alındığı Anayasasının 147’nci maddesinin birinci fıkrasında, anayasa değişikliklerinin şekil ve esas yönünden denetimi ile ilgili olarak müspet veya menfi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁴⁶⁹ Yine, 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda da anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda herhangi bir hükmün bulunmadığı ifade edilebilir. Fakat o dönemde Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin de birer kanun olduğunu belirtmiş ve anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas yönünden denetlemiştir.⁴⁷⁰

Anayasa Mahkemesinin 26.09.1965 tarih, E. 1963/173, K. 1965/40 sayılı kararında;

“Anayasanın, değiştirilme şekli ve şartları 155 inci maddesinde gösterilmiştir. Oradaki usullere uyularak, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm hariç olmak üzere, Anayasa hükümlerinin değiştirilebileceğinden şüphe edilemez. Ancak Anayasa’nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete

⁴⁶⁸ “Peru, Almanya, Güney Afrika, Hindistan ve Brezilya gibi bazı ülkelerin anayasalarında anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin bir hükme yer verilmemesine rağmen yüksek mahkemeler çeşitli gerekçelere dayanarak (çoğunlukla anayasanın değiştirilemez hükümleri) içtihat geliştirmek suretiyle bu tür bir denetime kapı aralamışlardır.” Ali Rıza Çoban, **Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011, s. 263.

⁴⁶⁹ Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.”

⁴⁷⁰ Erdal Abdulhakimoğulları & Metin Baykan, **Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi**, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2012, s. 23.

âşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet) etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasa'nın ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155 inci maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa'nın ruhuna uygun değişmelere imkân sağlamak maksadıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile 1961 Anayasa'sının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa'nın devredilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155 inci maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir.”

şeklinde ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Bu bağlamda bir anayasa değişikliğinin geçerliliğinden söz edilebilmesi için sadece değiştirme usulüne uyulması yeterli görülmemiş, yapılan bu değişikliğin, “anayasanın ruhuna uygun” olması ve “anayasanın özünü ortadan kaldırıcı” nitelikte olmaması gerektiğine de işaret etmiştir.⁴⁷¹

Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda ilk defa, 16.06.1970 günlü kararı ile yapılan anayasa değişikliklerini, şekil koşuluna uyulmaması sebebiyle iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararında;

“1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.) Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa’da sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, ‘Cumhuriyet’ sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan ‘Cumhuriyet’ sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu hâlde, sadece ‘Cumhuriyet’ sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık

⁴⁷¹ AYM, E.1963/173, K.1965/40 sayılı, 26/09/1965 tarihli kararı.

olduğu ortadadır. Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini, öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır.” ifadelerine yer verilmiştir.⁴⁷²

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 13.04.1971 tarih 1970/41 E. 1971/37 K. sayılı kararda ise anayasa değişiklikleri hem şekil hem de esas yönünden yargısal denetime tabi tutulmuştur. Anayasa Mahkemesine göre;

“Anayasalar, devletlerin dayandığı hukuk sisteminin mihenk taşını oluşturmaktadır. Dolayısıyla Anayasalar, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini teminat altına aldığı, yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ilkeler bütününden meydana gelmektedir. Bazı durumlarda asli kurucu iktidar, Anayasa'nın herhangi bir maddesi ile bir değişmezlik ilkesi öngörebilir. Böylece, bu değişmezlik ilkesine aykırı düşecek herhangi bir Anayasa değişikliğinde bulunmak söz konusu Anayasa tarafından korunmayacaktır. Bu çerçevede, 1961 Anayasası koyucusu da Anayasa'nın 1. maddesinde öngörülen Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmünün değiştirilemez olduğunu Anayasa'nın 9. maddesinde ifade etmiştir. Bundan dolayı, Cumhuriyet Devlet şeklini ortadan kaldıracak veya içine boşaltacak Anayasa değişikliklerinin yapılamayacağı, gerek Anayasa'nın sözel anlamından gerekse ruh ve felsefesinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılan değişikliklerle Cumhuriyet sözcüğüne anlam kazandıran niteliklerin değişmesine neden olacak Anayasa değişikliklerine izin vermek mümkün değildir. Çağdaş Anayasalarda olduğu gibi 1961 Anayasası da kendini koruyan hükümlere yer vermek suretiyle üstünlüğünü perçinleştirmiştir. Böylece, 1961 Anayasası da, çoğunluğun baskısına karşı azınlık haklarına, temel hak ve hürriyetlere yer vererek bu üstünlüğüne anlam kazandırmıştır.”⁴⁷³

Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bu kararlar değerlendirilen Can'a göre; “Anayasanın özü ve başlangıç ilkeleri gibi değiştirilemezlik kapsamına alma teklifleri kurucu meclis çalışmalarında açıkça reddedilen “Cumhuriyetin niteliklerinin” sağladığı geniş yorum olanağıyla, Anayasa Mahkemesi türev kurucu iktidarın yetkisini adeta kısmi teknik değişikliklerle sınırlamış, kendisine kurucu iktidar rolü

⁴⁷² AYM, E.1970/1, K.1970/31 sayılı, 16/06/1970 tarihli kararı.

⁴⁷³ AYM, E.1970/41, K.1971/37 sayılı, 13/04/1971 tarihli kararı.

biçmiştir.⁴⁷⁴ Anayasa Mahkemesinin benimsediği bu yorum yöntemi, hemen hemen tüm anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceği anlamına gelmektedir. Özellikle Anayasanın 2’nci maddesinde yer alan “cumhuriyetin nitelikleri” ifadesi, soyut niteliği sebebiyle pek çok anayasa değişikliğinin ilgili tutulabileceği bir hüküm niteliğindedir.⁴⁷⁵

Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ile ilgili olarak verdiği bu kararlar tepki çekmiş bunun sonucunda da 1971 Askeri Müdahalesi sonrasında 1961 Anayasasında çeşitli değişiklikler yapılmıştır.⁴⁷⁶ Yapılan bu değişiklikler ile birlikte, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi anayasada açık bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca Anayasada gösterilen şekil bakımından denetime tabi tutabileceği söylenebilir. Bu bağlamda 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği öncesinde şekil ve esas yönünden denetim ile ilgili olarak kendisini yetkili gören Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin daraltılmasının amaçlandığı görülmektedir.⁴⁷⁷ Nitekim söz konusu değişikliğin gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Osman Can, **Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 118.

⁴⁷⁵ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 260.

⁴⁷⁶ Değişiklikler sonrasında Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 147’nci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan; "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler" şeklindeki hüküm, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekli şartlarına uygunluğunu denetler" olarak değiştirilmiştir.

⁴⁷⁷ Ergun Özbudun söz konusu durumu “Anayasa Mahkemesinin 1971 öncesinde de verdiği anayasa değişikliklerine ilişkin kararlarına karşı siyasi elitlerin tepkisi, 1971 anayasa değişiklikleri ile, Mahkemenin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini, sadece şekil yönünden denetimle sınırlandırmak suretiyle gerçekleşti” olarak yorumlamaktadır. Bkz: Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 260.

⁴⁷⁸ Değişikliğin gerekçesi: “Anayasa, Türkiye Büyük Millet Meclisini hem kanun vazı, hem de Anayasa vazı olarak yetkili kılmıştır. Kanunu vazı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisinin tasarrufları Anayasada belirtilen istisnalar dışında ve Anayasada gösterilen şekil, usul ve esaslara göre Anayasa mahkemesinin denetimine tabi tutulmuştur. Anayasa mahkemesi, Yasama Meclislerinin içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu da denetlemeye yetkilidir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vazı olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim Anayasamız, 4.maddesinin 3.fıkrasında (Hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almıyan bir devlet yetkisini kullanamaz” hükmü yer almıştır. Şu halde Anayasanın sadece kanunlara ve İçtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir. Anacak, hemen gözönüne almak gerekir ki, Anayasa değişikliği, Anayasanın 155.maddesinde görüldüğü üzere, gerek teklif, gerekse müzakere ve kabul bakımından

1971 yılında yapılan bu değişikliğe ve anayasada yer alan açık düzenlemeye karşın Anayasa Mahkemesinin, 1975, 1976 ve 1977 yıllarında toplam dört anayasa değişikliği ile ilgili olarak iptal kararı verdiği görülmektedir.⁴⁷⁹ Böylece Anayasa Mahkemesinin, yapılan anayasa değişikliklerini, Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan düzenlemeye ve başlangıçta yer alan ilkelere uygunluk bakımından denetleme yönündeki tutumunu sürdürdüğü ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarındaki dayanağı ise Anayasanın 2'nci maddesinde öngörülen cumhuriyet ilkesinin değiştirilemezliği kuralının, yalnızca bir maddi hukuk normu değil aynı zamanda bir şekil kuralı olduğu yönündeki değerlendirmesidir. Bu sebeple Anayasanın 2'nci maddesinde öngörülen cumhuriyetin niteliklerine ve başlangıçtaki ilkelere uygun olmayan bir anayasa değişikliği, şekil yönünden anayasaya aykırı olacak ve anayasada yer alan açık düzenleme uyarınca Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecektir.⁴⁸⁰ Anayasa Mahkemesi bu kez sonuca farklı bir gerekçe ile yaklaşmış ve daha önce “esas” denetimi olarak değerlendirildiği faaliyetini, şekil denetimi olarak ele almıştır.

kanunlardan farklı şekil şartlarına bağlanmıştır. Anayasa değişikliği, bu şartlar dışında kanunların tabi olduğu müzakere usüllerine tabi olmakla beraber bir kanun değil, bir Anayasadır. Geçmiş yıllar tatbikatında, Anayasa değişiklikleri kanun şeklinde kabul ve ilan edildiği ve bu değişikliklerden bazıları aleyhine iptal davaların açıldığı için, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yetkisi bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandırma ihtiyacı belirmiştir. Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği ve bu esasın Anayasa Mahkemesine yer veren bütün demokrasilerde de aynı tarzda kabl edildiği tespit olunmuştur. Anayasanın 47.maddesindeki değişiklik, bu anlam dışındaki yorum ve uygulamaya yer bırakmayacaktır”https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c017/mm_03017156ss0419.pdf E.T. 21/08/2023.

⁴⁷⁹ Bunlar; Anayasanın 138.maddesinin 1699 sayılı Kanunla değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan “Askeri mahkemelerde üyelerinin çoğunluğunun hâkimlik mesleğine sahip olması şarttır. Ancak savaş halinde bu şart aranmaz” kuralı AYM, E:1973/19, K:1975/87 sayılı, 15/04/1975 tarihli kararı.

Anayasanın 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş olan kamulaştırmaya ilişkin 38.maddesinin “Ödenecek karşılık, malı tamamının kamulaştırılması halinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmada da, vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını aşamaz” ve “kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığının vergi değerinden az takdir edilmesi halinde malikin itiraz ve dava hakkı saklıdır” yolundaki ikinci ve üçüncü fıkraları AYM, E:1976/38, K:1976/46 sayılı, 12/10/1976 tarihli kararı.

Anayasanın 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş 144.maddesinin “Yüksek Hakimler Kurulu, adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz” hükmü AYM, E:1976/43, K:1977/1 sayılı, 27/1/1977 tarihli kararı.

Anayasanın 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş 137.maddesinin ikinci fıkrasında Yüksek Savcılar Kuralına ilişkin olarak “Bu kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz” hükmünün kararların yargı denetimine kapsayan bölümü AYM, E:1977/82, K:1977/117 sayılı, 27/9/1977 tarihli kararı.

⁴⁸⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007, s. 260.

Anayasa Mahkemesi, 1971 Anayasa değişikliği sonrasında verdiği kararda, anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki yeni yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir:

“...Anayasa'nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerinin sadece Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esastan Anayasa'ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır. Böylece, bu maddede gerçekleştirilen değişiklikle Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemesi önlenmiştir...Bu nedenle, 15/3/1973 günlü, 1699 sayılı Kanunun 1., 3., 4. ve 6. maddelerinin Anayasa'ya esastan aykırı olduğu yolundaki iddianın incelenmesini kapsayan istemin, Anayasa Mahkemesinin görevi dışında bulunması dolayısıyla yetki yönünden reddine karar verilmelidir.”

Mahkeme aynı kararın devam eden cümlelerinde;

“...1961 Anayasası, 9. maddesiyle önce bir değişmezlik ilkesi koymuş ve sonra bir de teklif yasağı getirmiştir. O halde, 9. madde hükmü içeriği bakımından biçime ilişkin bulunan iki yönlü bir kuraldan oluşmaktadır. “..Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır. Yukarıdaki açıklamalara göre, Cumhuriyet rejiminin Anayasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez. Anayasa'nın 9. maddesindeki hükümle, yukarıda değinildiği üzere, bir değişmezlik kuralı konduğu ve ayrıca teklif yasağı getirildiği görülmektedir. Değişmezlik kuralının niteliği ve sonuçları ayrıntılarıyla açıklandığından, burada sadece teklif yasağının niteliğiyle etkisi üzerinde durmak yeterli olacaktır. Anayasa'ya böyle yasaklayıcı bir hüküm koymaktaki amacın, tarihsel bir oluşum ve gerçek olarak doğan ve bu süreci izleyerek bugünkü biçimini alan Türkiye Cumhuriyetini, çeşitli görüş, varsayım, yöntem ve ideolojilere dayanarak inceleyip değişik sonuçlara varan Cumhuriyet tanımlarına veya diğer memleketlerde uygulanan Cumhuriyet tiplerine bakarak incelemek ve bir sonuca varmak doğru ve yerinde bir inceleme yöntemi olamaz. Bu yolda yapılacak bir incelemede, başlangıç noktası alınan değişik benimseme ve uygulama biçimlerine göre yine ayrılmı yargılara varmaktan kaçınılamaz. O halde Türkiye Cumhuriyetinin niteliğini, tarihsel bir oluşum

ve gerçek olarak ele alıp ona bugünkü biçimini veren 1961 Anayasasında gösterilen ilkelerle konulan hukuksal kurallara göre belirlemek gerekir. ... Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. Anayasanın değişik 147. maddesiyle "Anayasa değişikliklerinin Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme" yetkisinin Anayasayı yargısal denetim yoluyla korumakla görevli Anayasa Mahkemesine tanımakla güdülen erek de budur. Yukarıda açıklandığı üzere 9. maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, 1699 sayılı Kanunun dava konusu maddeleri, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir." ifadelerine yer vermiştir.⁴⁸¹

Anayasa Mahkemesi bu kararları ile Anayasanın bir hükmünün değiştirilmesinin teklif edilmesini düzenleyen kuralları birer şekil kuralı olarak görmekte ve bu nedenle değiştirilmesi yasaklanmış bir kuram için yapılan değişiklik teklifini de şekle aykırı olarak değerlendirmiştir.⁴⁸² Anayasa Mahkemesinin "cumhuriyet" kavramını bu şekilde geniş bir yorumla tabi tutması, hemen hemen her anayasa değişikliğinin bu kapsamda denetlenebilir hale gelmesine yol açmaktadır.

3.2.2. 1982 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi sonucunu doğuran kararları, 1982 Anayasasında daha temkinli bir düzenleme yapılmasına yol açmıştır. Yeni düzenleme ile birlikte Anayasanın 148'inci maddesinde denetimin içeriği net bir şekilde tanımlanmış ve sınırlandırılmıştır.⁴⁸³ Ayrıca, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan anayasa değişikliği ile birlikte, 6216 sayılı Kanun ile tekrardan düzenlenen "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun"un 36'ncı maddesinde

⁴⁸¹ AYM, E.1973/19, K.1975/87 sayılı, 15/04/1975 tarihli kararı.

⁴⁸² Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1993, s. 145.

⁴⁸³ Musa Sağlam, **Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, 13(1), s. 112.

de yukarıda belirtilen düzenleme aynı şekilde yer almıştır. Fakat burada çoğunluk açısından bir değişikliğe gidildiği görülmektedir. Önceki dönemde anayasa değişikliğinin şekil yönünden denetlenerek iptal kararına hükmedilebilmesi için Anayasa Mahkemesi üyelerinin beşte üçünün oyu gerekirken Anayasanın 149’uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki değişiklik neticesinde toplantıya katılan üyelerinin üçte iki çoğunluğunun oyu aranır hale gelmiştir. Burada nitelikli çoğunlukta yapılan değişikliğin temel sebebinin, 148’inci madde ile Anayasa Mahkemesine getirilen sınırlamaların, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak yorumlar ile etkisiz kılınabilme ihtimali olduğu söylenebilir. Buradan da anlaşılabileceği şekilde, Anayasada, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ile ilgili olarak yalnızca şekil denetimi yapabileceği ifadesi ile yetinilmemiş, bu şekil denetiminin nasıl yapılacağı da açık bir biçimde ortaya koyulmuştur. Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyemeyecek, şekil yönünden yapılan denetim ise “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı” bir biçimde gerçekleştirilebilecektir. Can’a göre Anayasa değişikliklerine yönelik denetimin ancak istisnai ve sınırlı sayıda⁴⁸⁴ sayılmış olması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceğini göstermektedir.”⁴⁸⁵

Yapılan bu düzenlemelerle birlikte 2008 yılına kadar Anayasa Mahkemesinin esas yönünden denetim konusundaki yaklaşımının önceki dönemlerden farklılaştığı ve 1982 Anayasasında belirtilen sınırlar içerisinde kalmaya özen gösterdiği söylenebilir.⁴⁸⁶ “Anayasa Mahkemesinin, 1987 yılında gerçekleştirilen ve 12 Eylül 1980 Askerî Müdahalesi öncesindeki siyasilere siyaset yasağı öngören düzenlemeyi kaldıran değişikliği ve 2007 yılında on birinci Cumhurbaşkanlığı seçimi döneminde gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerini denetlediği kararlarının bu görüşün net birer yansıması olduğu görülmektedir.”⁴⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili yetkisini 1987 tarihli kararında şu cümlelerle ortaya koymuştur:

⁴⁸⁴ *numerus clausus*

⁴⁸⁵ Can (2007), s. 112.

⁴⁸⁶ Can (2007), s. 119.

⁴⁸⁷ Yusuf Şevki Hakyemez, **Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi’nin Anayasaya Aykırı İçtihadı**, Liberal Düşünce, 15(57), 2010, 61-68, s. 63.

“Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen Anayasa değişikliğinin bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.”⁴⁸⁸

Anayasa Mahkemesinin 2008 yılına kadar verdiği kararlar ile anayasa metninin lafzi ifadesine bağlı kaldığı ve aktivist bir tutum sergilemekten çekindiği görülmektedir. Hakyemez’e göre Anayasa Mahkemesi, artık bu kararları ile 1970’li yıllarda verdiği değişik kararlardaki aktivist tutumundan farklı bir içtihat sergilemekte ve anayasal sistemde kendisi için çizilen sınırlar içerisinde kalmaktadır.⁴⁸⁹ Ancak, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda Anayasa Mahkemesinin 2008 ve 2010 yıllarında vermiş olduğu iki karar ile 1961 Anayasası dönemindeki aktivist tutumuna dönüş yaptığı söylenebilir. Türkiye’de özellikle 1980’li yıllardan itibaren üzerinde sık tartışmaların yaşandığı önemli bir konu haline gelen başörtü meselesini çözüme kavuşturmak adına anayasanın 10’uncu ve 42’nci maddelerinde çeşitli değişiklikler yapılmıştır. “Kanun önünde eşitlik” ilkesinin düzenleme altına alındığı Anayasanın 10’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasına “bütün işlemlerinde” ifadesinden sonra gelecek şekilde “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir.⁴⁹⁰ Bunun yanında Anayasanın “Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi” başlığını taşıyan 42’nci maddesinin altıncı fıkrasına şu hükümler ilave edilmiştir: “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”⁴⁹¹

⁴⁸⁸ AYM, E.1987/9, K.1987/15 sayılı 18/06/1987 tarihli kararı.

⁴⁸⁹ Hakyemez (2009), s. 77.

⁴⁹⁰ Bu değişiklik sonrasında Anayasanın 10’uncu maddesinin 4’üncü fıkrası şu şekilde olmuştur: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

⁴⁹¹ Bu değişiklik sonrasında Anayasanın 42’uncu maddesinin 6’üncü fıkrası şu şekilde olmuştur: “Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir. Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”

Gerçekleştirilen bu değişiklikler Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmüş ve “5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun”, Anayasanın çeşitli maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle yapılan bu değişikliklerin yok hükmünde sayılması veya iptali ve yürürlüğünün durdurulması istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, “yokluk” talebini reddederken bu kanunu “TBMM’nin anayasayı değiştirme yetkisi kapsamında” görmüş ve Anayasanın 4’üncü maddesinde düzenleme altına alınan laiklik ilkesine aykırı bularak iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre; Anayasanın 2’nci maddesinde öngörülen cumhuriyetin temel niteliklerini doğrudan doğruya veya dolaylı bir şekilde değiştiren bir Anayasa değişikliği, Anayasanın 4’üncü maddesi ile güvence altına alınmış olan değişmezlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda Anayasanın 148’inci maddesinin 2’nci fıkrasında belirtilen teklif şartının yerine getirilmiş olduğundan söz edilemeyecektir.”⁴⁹²

Anayasa Mahkemesinin bu kararında “teklif çoğunluğu” koşulundan hareket ederek “teklif edilebilirlik” koşulunu türettiği ve şu değerlendirmeyi yaptığı görülmektedir:

“Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa’ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır. Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi’nin, 5735 sayılı Kanun’un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa’ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi hâlinde bu hükümleri Anayasa’nın 4.maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir”⁴⁹³

2008 yılında verilen bu kararda, Anayasa Mahkemesinin, 1970’li yıllardaki içtihadına atıf yapması da burada üzerinde durulması gereken bir husustur. 1982 Anayasasının anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesinin önceki Anayasa döneminde verilen bir karara atıf yapması,

⁴⁹² AYM, E.2008/16, K.2008/116 sayılı, 05/06/2008 tarihli kararı.

⁴⁹³ AYM, E.2008/16, K.2008/116 sayılı, 05/06/2008 tarihli kararı.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ile bağdaşmamaktadır. 1970’li yıllarda yaşanan ortaya çıkan problemlere bir tepki olarak 1982 Anayasasında 148’inci maddede anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin yapılabileceği unsurlar sınırlı bir biçimde belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu açık düzenlemeye rağmen önceki düzenleme döneminde verdiği karara atıf yaptığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi 2008 yılındaki bu kararından bir yıl önce yine anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili bir diğer kararında şu ifadelere yer vermiştir:

“1961 Anayasası döneminde bu Anayasanın kurallarına göre verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarının, yeni bir Anayasa olan 1982 Anayasası döneminde hukuksal bağlayıcılıkları yoktur. Yürürlükte olmayan Anayasalara göre verilen kararlar, ‘yokluk’ ya da diğer yaptırımların gerekçesi olamaz”⁴⁹⁴

Anayasa Mahkemesinin kararında yer alan bu ifade, kararlar arasındaki çelişkiyi ortaya koyar niteliktedir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, aktivist bir tutum olması sebebiyle eleştirilmektedir. Hakyemez tarafından ise iptal edilen anayasa değişikliğinde laiklik ilkesinin değiştirilmediği, bunun tam aksine içerik olarak insan haklarıyla çok daha fazla uyumlu hale getirildiği savunulmuştur.⁴⁹⁵ Doktrinde, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde hak eksenli bir yargısal aktivizme başvururken bu kararı ile merkez değerler çerçevesinde bir yargısal aktivizm örneği oluşturduğu ifade edilmiştir.⁴⁹⁶ Anayasayı hazırlayan kurucu iradenin belirsiz olduğu hallerde yargı organlarının yapacağı yorumlar aktivist bir nitelik taşımaktadır.⁴⁹⁷ Yapılan yorumların temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik olması, hukukun genel ilkeleri ile anayasacılığın gereklerine uygun olması, bu yorumları meşru hale getirmektedir. Nitekim 1961 Anayasasının ilk halinde anayasa değişikliklerinin denetimi hakkında açık bir hüküm yer almamakta olup bir belirsizlik durumu söz konusu olmuştur. Bu belirsizlik de Anayasa Mahkemesinin aktivist bir tutum takınmasını zorunlu hale getirmektedir. Ancak Korucu’ya göre; “Anayasa Mahkemesinin bu dönemde, anayasa değişikliklerinin esas denetimi konusunda da kendini yetkili sayması, meşru ve makul bir yaklaşım olarak kabul edilemeyecektir. Zira Anayasa Mahkemesinin anayasa

⁴⁹⁴ AYM, E.2007/72, K.2007/68 sayılı, 05/07/2007 tarihli kararı.

⁴⁹⁵ Hakyemez (2009), s. 79.

⁴⁹⁶ Yancı Özalp (2018), s. 129.

⁴⁹⁷ Korucu (2014), s. 110.

değişikliklerini içerik bakımından denetime tabi tutması, Mahkemenin anayasal iradeye ipotek koyması anlamına gelmektedir. Nitekim bu nedenle, 1971 sonrası dönemde Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yetkileri özellikle sınırlandırılmak istenmiştir. Sınırlandırıcı tüm anayasal düzenlemelere rağmen Anayasa Mahkemesinin ısrarla esas denetimi yapmaya devam etmesi ise meşru olmayan aktivizmin en uç örneklerinden birini teşkil etmektedir.”⁴⁹⁸ Özbudun, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerine yönelik olarak dolaylı içerik denetimi yapmasını Mahkemenin yetki alanı dışında bulmuştur.⁴⁹⁹ Sağlam ise Anayasanın değişmez kurallarının etkilerini ortadan kaldıracak değişikliklerin 4’üncü maddenin kapsamı içinde yer alacağını belirtmiş ancak dolaylı ihlal iddialarında genişletici yorum yapmaktan kaçınılması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁰⁰

1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin denetimi ile ilgili olarak verdiği bir diğer önemli karar da “5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” hakkındadır. Anayasa Mahkemesi nezdinde açılan bu iptal davasında, “5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun”, Anayasanın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebinde bulunulmuştur. Bu davada Anayasa Mahkemesi, davacıların şekil yönünden Anayasaya aykırılık taleplerini reddetmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliğinin 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin, Anayasanın 2’nci maddesinde öngörülen cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıdığına karar vermiş ve bu maddeleri, Anayasanın 4’üncü maddesinde belirtilen teklif edilemezlik yasağı kapsamında değerlendirmiştir. Bu çerçevede yapılan inceleme neticesinde, Anayasa Mahkemesinin 5982 sayılı Kanunun bazı maddelerini kısmi olarak iptal ettiği görülmektedir.⁵⁰¹

Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından da anlaşılabileceği üzere 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde yapılan Anayasa değişikliklerinin

⁴⁹⁸ Korucu (2014), s. 110.

⁴⁹⁹ Özbudun (2011), s. 181.

⁵⁰⁰ Fazıl Sağlam, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013, s. 268.

⁵⁰¹ AYM, E.2010/49, K.2010/87 sayılı 07/07/2010 tarihli kararı.

denetiminde gerekçe olarak gösterilen Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan cumhuriyet ilkesinin değiştirilmesini yasaklayan düzenlemenin yalnızca bir maddi hukuk olmadığı, bunun yanında bir şekil kuralı olduğu görüşü, 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde de etkisini göstermiştir. Anayasa Mahkemesinin, şekil denetiminin sınırlarını çok geniş bir çerçevede ele alarak aktivist bir tutum sergilediği ve bir anlamda Anayasa değişikliklerini esas bakımından da denetime tabi tuttuğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı sonucunda, kuvvetler ayrılığı ve tali kurucu iktidar gibi kavramlar anlamsız hale gelmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı ile hareket edildiğinde, Anayasadaki maddelerin hemen hemen tamamı, Anayasanın ilk üç maddesi ve bu bağlamda cumhuriyetin temel nitelikleri ile ilgili tutulabileceğinden anayasada herhangi bir değişiklik yapılabilmesi de mümkün olmayacaktır.

Anayasanın 2'nci maddesinde; “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir” hükmü bulunmaktadır. Özbudun’a göre söz konusu ifadelerin oldukça soyut nitelikte olması ve hemen hemen her anayasa değişikliğinin bu kavramlarla ilişkili tutulabiliyor olması, Anayasa Mahkemesine sınırsız bir takdir alanı kazandırmaktadır.⁵⁰² Bu durumda anayasada demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve laiklik gibi pek çok konudaki problemleri noktaların da Anayasada öngörülen yollarla değiştirilmesi fiilen olanaksız hale gelmekte, anayasada bir değişiklik yapılabilmesi için ancak yeni bir asli kurucu iktidara ihtiyaç duyulmaktadır. Türkiye’de son iki asli kurucu iktidarın birer askeri müdahale ile geldiği göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen aktivist kararların antidemokratik sonuçlara yol açabilecek mahiyette olduğu söylenebilir.⁵⁰³ Anayasa Mahkemesinin farklı tarihlerde vermiş olduğu birbirine zıt kararlar, yerleşik içtihatların göz ardı edilmiş olması sebebiyle aktivizmi de gündeme getirmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin 70’li yıllardan itibaren Anayasa değişikliklerinin esas denetimini “biçimin esas yönünden incelenmesi” ismi altında sürdürmesinden ardından 1982 Anayasasında, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini

⁵⁰² Özbudun (2011), s. 175.

⁵⁰³ Hakyemez (2010), s. 66.

denetimi konusunda önemli bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu bağlamda 1982 Anayasasında net bir sınırlamanın bulunduğu görülmektedir. 1982 Anayasasının 148'inci maddesinde Anayasa Mahkemesinin yalnızca şekil denetimi yapabileceği bu denetimin, teklif çoğunluğu, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülme koşuluna uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu açık bir şekilde ortaya koyulmuştur. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimini hangi ad altında olursa olsun yapmasını engellemek amacıyla kabul edildiği Danışma Meclisi tutanaklarında da yer almaktadır. Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesinin bir kararında mahkeme başkanı Haşim Kılıç'ın karşıoy yazısında da kendisine yer bulmuştur.⁵⁰⁴

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki son görüşünün ise kendisini sınırlamaya yönelik olduğu görülmektedir. 2016 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Anayasaya Geçici 20'nci madde eklenmiş ve bununla bazı milletvekillerinin dokunulmazlıktan yararlanamayacakları hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemeyi gerçek bir anayasa değişikliği olarak nitelendirmiş ve iptal istemini reddederken kullandığı gerekçeyle kendisini sınırladığının da sinyalini vermiştir.⁵⁰⁵ Anayasa Mahkemesi burada, sadece şekil denetimi için anayasada öngörülen on günlük süre

⁵⁰⁴ “1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi'nde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine ilişkin maddesinin 'Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler' biçiminde değiştirilmesine yönelik önerge verilmiş, 'Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği ilkesinin de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması yararlı olacaktır. Aksi halde bunun bir müeyyidesi olmaz' ifadeleriyle gerekçelendirilmiş, ancak, 'Eğer devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki hüküm değiştirilirse, o zaman buna kim mani olacak' sorusuna cevap veren bu önerge reddedilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı ret gerekçesi olarak da 'Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz kırkbeş milyon buna karşı koyarız' ifadelerini kullanmıştır. Kuşkusuz bu yaklaşım, halk temsilcilerine isnat edilecek bir keyfilik karşısında duyulan çaresizliğin değil, halkın demokratik seçimler sonucunda belirlediği temsilcilerinin nitelikli çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde uzlaşmayacağına yönelik derin bir inançtan beslenen saygının ifadesidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tüm Anayasa değişikliklerine bakıldığında, Türkiye'deki halkın tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da halkın ve onun demokratik temsilcilerinin özgür iradeleriyle demokrasi dışı ve özgürlük karşıtı bir talep üzerine uzlaşmayacağını kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı sayıdaki üç husus dışında herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı bu tarihi gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır. . . Anayasakoyucunun tarihsel deneyimlere dayanan açık tercihi karşısında çoğunluğun 'geçerli teklif yönünden' veya 'esasın biçim yönünden incelenmesi' tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantıken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Esas denetim de zaten bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Kurucu İktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı, zaten bundan farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda '1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine neyi yasakladı' sorusu cevapsız kalmaya mahkûm olmaktadır.” AYM, E.2010/49, K.2010/87 sayılı, 07/07/2010 tarihli kararı.

⁵⁰⁵Yancı Özalp (2018), s. 134.

şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle başvuruyu reddedebilecekken ayrıca anayasa değişiklikleri konusunda yetki sınırlarını belirleme ihtiyacı da duymuştur.

Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas bakımından denetleyip iptal ettiği kararlarda, insan hakları ve eşitlik gibi temel ilkelere uygunluğun sağlanmaya çalışılması halinde ilk bakışta bunun olumlu kabul edileceği söylenebilir.⁵⁰⁶ Ancak Anayasa Mahkemesinin bu konuda verdiği kararlar incelendiğinde, belirtilen sebeplerden uzak olduğu görülmektedir. Özellikle 2008 tarihli Anayasa Mahkemesinin eski içtihadına geri dönüş yaptığı kararı, özgürlükçü bakış açısından uzak zorlama bir yorum içermektedir.⁵⁰⁷ Anayasa Mahkemesinin sergilediği bu aktivist tutumda, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde bir amacın bulunmadığı görülmektedir.

Anayasanın başlangıç metninin ve değiştiremez maddelerin şekli bir ölçüt olarak anayasa değişikliklerinin denetiminde esas alınması halinde anayasaların değiştirilmesi imkânsızlaşacak, zamanla anayasalar toplumun ihtiyaçlarına cevap veremeyecek hale gelecektir. Bu bağlamda Anayasanın 4’üncü maddesinde yer alan “teklif edilemez”, ifadesinin, Anayasanın 148’inci maddesinin 2’nci fıkrasındaki “Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır” hükmünde yer alan “teklif” ibaresiyle aynı anlama gelmediğini söylemek mümkündür.

Netice itibariyle anayasa yargısında, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin sınırsız bir denetim olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir.⁵⁰⁸ Anayasa Mahkemesinin, kararlarını verirken kendi kendini sınırlayabilmesi son derece büyük öneme sahiptir. Aksine bir tutum, Anayasanın 153’üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.” hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin yasama ve yürütmenin yanında yargı organı açısından da geçerli olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Keskinsoy’a göre “Anayasa Mahkemesinin devletin tek hâkimi

⁵⁰⁶ Hakyemez (2009), s. 82.

⁵⁰⁷ Hakyemez (2009), s. 82.

⁵⁰⁸ Hakyemez (2010), s. 119.

gibi, varlık kaynağı olan anayasal çerçevenin dışına çıkma pahasına son sözü söyleme yetkisine sâhip olarak hareket etmesi doğru değildir.”⁵⁰⁹ Anayasa Mahkemesinin bu konudaki son içtihadından yol çıkılarak, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminde Anayasa metnine lafzen bağılı kalacağı ve 1960’lı yıllardan bu yana dönem etkili olan özellikle temel hak ve özgürlükler lehine olmadığı gerekçesiyle sıklıkla eleştirilen aktivist tutumundan vazgeçeceği söylenebilir.

3.3. Yürürlüğü Durdurma Kararları

Anayasa yargısının kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince anayasal bir denge aracı olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi, görevini yerine getirirken gerekli gördüğü önlemleri alabilme imkânına sahip olmalıdır. Anayasa yargısının günümüzde oldukça yaygın bir şekilde kabul görmesinin temelinde, yasama organının işlemlerinin hukuka ve hakkaniyete uygun olup olmadığının etkin bir şekilde denetlenmesine duyulan ihtiyaç yer almaktadır. Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin kanunların yürürlüğünü durdurma yetkisi hakkında herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Mevzuatta yürürlüğü durdurmayı mümkün kılan veya yasaklayan bir düzenlemenin bulunmaması, konunun doktrinde tartışmalı olmasına neden olmaktadır.

Doktrinde bu konudaki tartışmalar temel olarak iki başlık altında değerlendirilebilmektedir. İlk görüşe göre Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisini, yargısal denetimin bir parçası olarak görmesi ve gerek duyması halinde bu konuda karar vermesi gerekmektedir.⁵¹⁰ Bu görüşe göre normlar hiyerarşisinin doğal bir sonucu olarak kanunların anayasaya aykırı olabilmesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin bu noktada temel görevi de yargısal denetim aracılığıyla anayasaya uygunluğun sağlanmasıdır. Anayasaya aykırı bir kanunu iptal etme yetkisine sahip olan Yüksek Mahkemenin, bu kanunların yürürlüğünü durdurma yetkisine de evleviyetle sahip olduğu söylenebilir. Bu yetkinin anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanunlarda açık bir

⁵⁰⁹ Ömer Keskinsoy, *Anayasa Değişikliklerine Dâir Kanunların Yargısal Denetimine Eleştirel Bir Bakış*, Liberal Düşünce, 2011, 16(61), 169-177 s. 177.

⁵¹⁰ Doğan (2023), s. 373.

düzenlemenin bulunmadığı hallerde hâkimin hukuk yaratabilmesi mümkündür.⁵¹¹ Bu nedenle hâkim, yalnızca anayasaya ve kanunlara göre değil bunun yanında hukuka uygun bir biçimde vicdani kanaatine göre de karar verebileceğinden buradaki hukuk ifadesinin, hâkimin hukuk boşluğunu doldurmak üzere genel ilkeler çerçevesinde yaratacağı kuralların da yer aldığı şeklinde anlaşılması gerekmektedir.⁵¹²

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olduğunu savunanlara göre, yürürlüğün durdurulması; yürütmenin durdurulması, el koyma veya ihtiyati tedbir gibi farklı kanunlarda düzenlenen ve hukukun farklı alanlarında uygulama alanı bulan bir yöntemdir.⁵¹³ Nitekim somut norm denetimi aracılığıyla Anayasa Mahkemesine başvurulduğunda Anayasa Mahkemesi tarafından bir karar verilene kadar yerel mahkemede görülen dava durdurulmaktadır. Bu durum da eylemli bir biçimde anayasa yargısında yürürlüğün durdurulmasına benzer araçların kullanıldığını ortaya koymaktadır. Özellikle anayasa ve kanunlarda yasaklayıcı bir kuralın bulunmaması sebebiyle, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde yer alan ikinci görüşe göre ise Anayasa Mahkemesinin kendisine açıkça yetki tanınmadıkça yorum yaparak yürürlüğün durdurulması kararı verebilmesi mümkün değildir. Bu görüşteki yazarlara göre yürürlüğün durdurulması, ağır birtakım sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bu sebeple bu yetkinin ancak açık bir biçimde yazılı kuralla Anayasa Mahkemesine tanınması gerekmektedir.⁵¹⁴ Anayasanın 149'uncu maddesi incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği görülmektedir. Yürürlüğü durdurma yetkisinin usule ilişkin bir kavram olarak kabul edilmesi halinde de kanun ile bu yetkinin verilmesi gerekmektedir. Yürürlüğü durdurma konusunda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen yürürlüğü durdurma kararı verilmesi ise Anayasa Mahkemesinin, Anayasada kendisine açık bir biçimde tanınan yetkileri dışında bir yetki kullanımı sebebiyle aktivist bir tutum olarak nitelendirilebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması konusunda 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde ve 1982

⁵¹¹ Hâkimin hukuk yaratması kavramı hakkında detaylı bilgi için Bkz: s. 67.

⁵¹² Aytaç Şemsi, **Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuka Uygunluğu Sorunu**, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 69.

⁵¹³ Şemsi (2010), s. 70.

⁵¹⁴ Hakyemez (2009), s. 90.

Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu farklı kararlar bulunmaktadır. Bu nedenle konunun iki başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

3.3.1. 1961 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar

Anayasaya yargısında yürürlüğün durdurulması, ilk olarak 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde gündeme gelmiştir. Bu dönemde Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulmasına ilişkin iki adet kararının bulunduğu görülmektedir. Bu kararlar ile Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulmasına ilişkin talepleri, bu türden bir yetkiye sahip olmaması sebebiyle reddetmiştir.⁵¹⁵ Söz konusu dönemde, “Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan’ın Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair 17.03.1972 tarih ve 1576 sayılı Kanun” dolayısıyla bu konunun ilk kez gündeme alındığı söylenebilir. Anayasaya aykırılığı sebebiyle 1576 sayılı Kanunun iptalinin istenildiği davada iptal talebinin yanında yürürlüğün durdurulması da talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise oyçokluğu ile denetlenen kanunun özelliği fark etmeksizin Mahkemenin bir yorum yaparak kanunla kendisine verilmemiş olan bu türden bir yetkiyi kullanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu dönemdeki kararlarına göre ağır neticelere neden olabilecek yürürlüğün durdurulması yetkisinin Anayasa Mahkemesine Anayasada yer alan açık bir düzenleme ile verilmesi gerekmektedir. Bu durumun bir yargılama usulü problemleri olarak görülmesi durumunda da yetkinin kanun ile verilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin, kendisine anayasa veya kanun ile tanınmayan bu türden bir yetkiyi kıyas yoluyla kullanamayacağı söylenebilir.⁵¹⁶

⁵¹⁵ AYM, E.1972/13, K.1972/18 sayılı 04.04.1972 tarihli kararı; AYM, E.1977/60, K.1977/81 sayılı 24/05/1977 tarihli kararı.

⁵¹⁶ Karar Gerekçesi: “Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesine ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin Mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usullerini düzenleyen 44 sayılı Kanunda yer alması sonucuna varılacaktır. Anayasa Mahkemesine ne Anayasa ile ne de 44 sayılı Kanunla böyle bir yetkinin tanınmamış olduğu ortadadır. Üstelik 152. maddenin eski metninde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilen kanun ve Yasama Meclisleri İçtüzükleri hükümlerinin karar tarihinde yürürlükten kalkması öngörülmüşken 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yürürlükten kalkmanın ancak gerekçeli kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı günde gerçekleşmesi kuralı getirilmiştir. Anayasa Koyucunun iptal edilmiş bir kanunun yürürlükten kalkması konusunda bile gösterdiği titizlik böylece daha belirginleşmiştir. Öte yandan Anayasa’ya uygunluk denetimi için mahkemelerden gelen işlerde Anayasa’nın değişik 151. maddesi mahkemelere, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümleri ilgililerin öznel haklarını etkileyeceği için, Anayasa Mahkemesi kararı gelinceye dek davayı geri bırakma, başka deyimle bir çeşit yürürlüğü durdurma sayılabilecek olan kanunu uygulamama ödevi yüklediği halde iptal davalarında somut ve öznel nitelik taşıyan Yasa’lar bakımından bir ayırım yapılarak böyle bir olanak tanınmamış

Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesinde yer alan bir diğer husus ise kararların gerekçesi yazılarak Resmi Gazetede yayımlanmadan hüküm ifade etmemesidir. 1961 Anayasasının 152'nci maddesinin ilk metninde iptal kararlarının, kararın verildiği andan itibaren hüküm ifade etmesine ilişkin kural, 1971 yılında 1488 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Buna göre iptal kararlarının sonuç doğurması için Resmî Gazetede yayımlanması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu yöndeki değişikliği Anayasa koyucunun iptal kararının sonuç doğuracağı anı önemsemesi olarak yorumlamış ve yürürlüğü durdurma yetkisine karşı dolaylı bir yasaklama gibi değerlendirmiştir.⁵¹⁷

Anayasa Mahkemesi, bu kararında her ne kadar yürürlüğü durdurma talebini reddetmiş olsa da yaşam hakkı gibi önemli bir konuda açılan davanın esasını incelemeye kabul etmesinin, ölüm cezasının infazı hakkında ilgili makamlara bekleme yükümlülüğü getirdiğini de ifade etmiştir.⁵¹⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi, konunun önemi ve güncelliği sebebiyle davayı derhal incelemeye almış ve içtüzükteki bekleme sürelerinin sonunu beklemeden bu davayı gündem sırasının önüne alarak incelemiş kararını kısa sürede vermiştir. Ayrıca yürürlüğü durdurma talebinin karara bağladığının ertesi günü konuya ilişkin ret kararını Resmî Gazetede yayımlatmıştır.⁵¹⁹

Anayasa Mahkemesinin, yürürlüğü durdurma istemi hakkındaki ret kararını oy çokluğu ile verdiği görülmektedir. Buna göre bazı Mahkeme üyelerinin yetki konusundaki bu olumsuz yaklaşımı benimsemedikleri ifade edilebilir.⁵²⁰ Karşı oylar incelendiğinde farklı gerekçelerin bulunması dikkat çekmektedir.⁵²¹ Dolayısıyla

olması Anayasa Koyucunun Anayasa Mahkemesi için bir "dava konusu kanunun yürürlüğünü durdurma" yetkisini öngörmediği düşünmediğini ortaya koyar. Anayasa Mahkemesinin, uygunluk denetimini yaptığı kanunun nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisini yorum ve kıyaslamaya giderek, Yasa'ca verilmemiş böyle bir yetki ile donatmasına olanak yoktur."

⁵¹⁷ Doğan (2023), s. 273

⁵¹⁸ Doğan (2023), s. 273.

⁵¹⁹ Doğan (2023), s. 272.

⁵²⁰ Doğan (2023), s. 273.

⁵²¹ Avni Givda ve Ahmet Akar'ın karşı oyunda, pozitif bir düzenlemenin bulunmayışı teyit dilmekle birlikte, özel hakları doğrudan ilgilendirmesi ve ayrıntı durumunda bulunması nedeniyle kanun koyucunun ölüm cezalarıyla ilgili doğabilecek böyle bir gereksinimi önceden öngöremediği, bu nedenle Anayasa Koyucunun böyle bir istisna durumunda konuyu Mahkemenin içtihadına terk ettiği öne sürülmüştür. Yine Recai Seçkin, Kani Virana ve Şevket Müftigil'in karşıoy yazısında da idam kararının esas karardan önce ifa edilmesi tehlikesine işaret edilmiş, böyle bir telafi edilemez durum tehlikesinin önlenmesinin Anayasadaki insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerine ters düşeceği vurgulanmıştır. Muhittin Gürün ise 44 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunun da Yüce Divan olarak yargılamada bulunmasıyla ilgili 34'üncü maddesinde, Anayasa Mahkemesinin, yürürlükteki diğer yasalardan

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verip veremeyeceği konusunda doktrinde yaşanan tartışma, karar gerekçelerine de yansımış karşı oy yazılarında dahi birden fazla gerekçe kendisine yer bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde yürürlüğü durdurma sorunuyla ikinci kez, İçtüzük değişikliği hakkında verdiği kararlar karşışlaşmıştır.⁵²² Dava, seçime gidilmesindeki işlemleri daha kolay hale getiren bir içtüzük değişikliğinde, oy sayımı için kullanılan elektronik aletin bozuk olması ve bu durumun sonucunda oy sayma işleminin yanlış yapıldığı ileri sürülerek açılmış ve şekil yönünden içtüzüğe aykırılık bulunduğu iddia edilmiştir.⁵²³ Anayasa Mahkemesi, yürürlüğü durdurma talebini bu davada da kesin bir dille reddetmiştir. Karar gerekçesi incelendiğinde daha önceki Deniz Gezmiş kararına benzer gerekçelerin bulunduğu görölmektedir. Dava şekil ve esas yönünden anayasaya aykırı görölmeyerek reddedilirken konuya ilişkin ilk kararın aksine karşı oy yazılarında yürürlüğün durdurulmasıyla ilgili ayrıntılı görüşler ortaya koyulmamıştır.⁵²⁴

3.3.2. 1982 Anayasası Döneminde Verilen Kararlar

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması talebi ile ilgili tutumu, 1982 Anayasasının yürürlüğe girdiği dönemde de etkisini sürdürmüştür. 1985 tarihli ret kararında Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen gerekçelere ek bir gerekçe daha sunmuş ve Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması kararı vermesi durumunda dolaylı yoldan da olsa esas karar hakkında görüşünü ifade etmiş olacağını belirtmiştir. Karara muhalif kalan üyeler ise Anayasada yasaklayıcı bir hükmün bulunmaması sebebiyle Anayasa Mahkemesinin genel ve nesnel kurallar koyan kanunları olmasa bile yerine getirilmeleri halinde telafisi olanaksız olan kişisel sonuçlara yol açabilecek yasaların yürürlüğünü durdurabileceğini belirtmişlerdir.⁵²⁵ Anayasa Mahkemesi, bu kararında da önceki iki ret kararındakine benzer bir biçimde Anayasayı lafzi bir biçimde yorumlamıştır.⁵²⁶ Yürürlüğün durdurulmasına ilişkin

yararlanmasına izin verilmesini dayanak olarak almış açık bir yasaklama bulunmadığı sürece bu yetkinin kıyaslama yöntemiyle uygulanabileceğini savunmuştur.

⁵²² AYM, E.1977/60 K.1977/81 sayılı, 24/05/1977 tarihli kararı.

⁵²³ Doğan (2023), s. 276-277.

⁵²⁴ Doğan (2023), s. 277

⁵²⁵ AYM, E.1985/659, K.1985/4 sayılı, 01/08/1985 tarihli kararı.

⁵²⁶ Doğan (2023), s. 280.

talepler, Yüksek Mahkeme tarafından 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde iki kez, 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde ise bir kez olmak üzere toplam üç defa reddedilmiştir. Ancak buna rağmen doktrinde, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması kararı verebileceğini belirten yazarlar varlığını sürdürmüştür.⁵²⁷

Anayasa Mahkemesi 21.10.1993 günü E.1993/33 K.1993/40-1 sayılı kararıyla, 20.8.1993 tarih ve 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğünü durdurmuş ve kuruluşundan itibaren ilk kez "Yürürlüğü durdurma" kararı vermiştir.⁵²⁸ Kararın, 5'e karşı 6 oyla verildiği görülmektedir. Karar çoğunluğunun gerekçesine bakıldığında, özetle, Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisinin, davanın görülerek karara bağlanması yetkisinin bir aşaması olarak değerlendirildiği, nihai karar verme yetkisi olan bir merciinin, davanın bir diğer bölümü hakkında da karar verebileceği, aksinin kabulünün yargı yetkisinin eksiksiz bir şekilde kullanılmasıyla bağdaşmayacağı, yürürlüğün durdurulmasının yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olduğu ve bu durumun da yargı yetkisinin bütünlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu konuda Anayasada ve Kuruluş Kanununda açık bir düzenleme olmamasına rağmen 1993 yılında, daha önceki içtihatlarından dönüş yaptığı ve yürürlüğü durdurma kararı verdiği görülmektedir. Söz konusu tarihten itibaren Anayasa Mahkemesi, mevzuatta açık bir dayanağı bulunmamasına rağmen pek çok yürürlüğü durdurma kararı vermiştir. Hatta Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı vermesine ilk başta karşı çıkan bazı üyeler dahi zamanla bu tutumlarını değiştirmişler ve Mahkemenin böyle bir karar alabileceğini kabul etmişlerdir.⁵²⁹ Korucu'ya göre Anayasa Mahkemesi, bu kararı verirken realist bir yorum yöntemini benimsemiştir.⁵³⁰ Anayasa Mahkemesinin kararında geçen

"...Anayasa Mahkemesi'nin uygulamayı durdurma yetkisi konusunda yazılı kurallarda bir boşluk olduğu açıktır. Yasalarda açık hükümler bulunmaması durumunda yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür... Anayasa Mahkemesi yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Anayasa'yı yorumlama

⁵²⁷ Şemsi (2010), s. 70.

⁵²⁸ AYM, E.1993/33, K.1993/40-1 sayılı, 21/10/1993 tarihli kararı.

⁵²⁹ Korucu (2014), s. 99.

⁵³⁰ Korucu (2014), s. 99.

işlevini anayasal yargı denetiminin isterlerine uygun olarak kullanıp uygulamayı durdurma kararı vermek yükümlülüğündedir.”⁵³¹

ifadelerinden de anlaşılabilir. üzere Mahkeme, anayasa yargıcının hukuk yaratma yetkisine sahip olduğunu ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermesinde, hukuk devletini sağlam temellere oturtma, anayasa yargısının etkinliğini sağlama ve kamu düzeni ile kamu yararını gözetme gibi amaçların bulunduğu söylenebilir.⁵³² Anayasa Mahkemesinin bu kararı, anayasayı hazırlayan kurucu iradenin öngörmediği bir sonucun gerçekleşmesi bakımından aktivisttir. Ancak bu karar, aynı zamanda yerleşik bir içtihadın göz ardı edilmiş olması bakımından da aktivist bir nitelik taşımaktadır.⁵³³

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararlarındaki temel dayanak noktası, telafisi mümkün olmayan birtakım durumların önüne geçme düşüncesidir. Anayasa Mahkemesine göre, yapılan denetimin etkinliğinin sağlanabilmesi için yürürlüğün durdurulması yetkisine ihtiyaç duyulmaktadır.⁵³⁴ Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin bu konuda kullanacağı yetkinin de yargılama yetkisinin doğal bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde ifade edilen, çoğun azı da içerdiği ve anayasaya aykırı kanunları iptal etme yetkisine sahip olan Yüksek Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisinin de evleviyetle bulunduğu düşüncesi burada ön plana çıkmaktadır.⁵³⁵ Anayasa Mahkemesine göre, Mahkeme kararını verirken, bu yetkinin kendisine açık bir şekilde verilip verilmediğini değil bu yetkinin kullanılmasını yasak kılan herhangi bir hükmün bulunup bulunmadığını araştırmakla yükümlüdür.⁵³⁶ İdeal bir hukuk düzeninde bu yetkinin açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Fakat mevcut halde bulunan boşluğun hâkimin hukuk yaratması ile çözüme kavuşturulması mümkündür.⁵³⁷ Bu belirtilen gerekçelerle Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri, Anayasada açık bir düzenleme olmamasına rağmen Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunduğu kabul edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Mahkemenin azınlıkta kalan üyeleri ise bu türden bir yetkinin

⁵³¹ AYM, E.1993/33, K.1993/40-2 sayılı, 21/10/1993 tarihli kararı.

⁵³² Gedik (2022), s. 289.

⁵³³ Korucu (2014), s. 115.

⁵³⁴ Korucu (2014), s. 99.

⁵³⁵ Korucu (2014), s. 100.

⁵³⁶ AYM, E.1993/33, K.1993/40-2 sayılı, 21/10/1993 tarihli kararı.

⁵³⁷ Korucu (2014), s. 100.

kullanılmasının hukuken olanaksız olduğunu ifade etmişlerdir. Anayasa Mahkemesinin azınlık üyelerine göre 1982 Anayasasını hazırlayan kurucu iradenin Anayasa Mahkemesine böyle bir yetkiyi açıkça vermemiş olması sebebiyle Anayasanın 6'ncı maddesinde bulunan; “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesinin bu yetkiyi kullanabilmesi mümkün değildir.

Anayasa yargısı ile birlikte yasama organının sahip olduğu güç karşısında bir denge getirilmeye çalışılmıştır. Bu denge fonksiyonunun sağlıklı bir biçimde yerine getirilebilmesi için anayasa yargısı organının yargılama kapsamı içerisinde gereken önlemleri alma yetkisini haiz olması gerekmektedir. Aksi durumda Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetim, anlamsız bir hale gelebilecektir. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olması, kamu yararının ve Anayasa Mahkemesinin hukuk düzeninin koruyucusu olma fonksiyonunun önemli bir gereğidir. Anayasa Mahkemesine başvurularak sağlanması istenen netice düşünüldüğünde, anayasaya aykırı nitelikte olan kanunların yürürlüğünün durdurulması son derece büyük öneme sahiptir. Anayasa Mahkemesinin, yazılı bir kural bulunmasa dahi, anayasayı yorumlama işlevi bulunmakta olup bu işlevin anayasal yargı denetiminin gereklerine uygun bir şekilde kullanılması halinde olumlu bir davranış olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Korucu'ya göre “yürürlüğü durdurma, ileride ortaya çıkabilecek telafisi mümkün olmayan hukuki durumların ortaya çıkmasını engelleyen, kamu düzenini, kamu yararını ve hukuka güveni sağlayan anayasa yargısının özünde kendiliğinden var olan bir yargılama aracı olarak kabul edilmelidir.”⁵³⁸ Anayasa yargısında da adil yargılanma hakkının bir gereği olan makul sürede yargılanma hakkının önem taşıdığı, dolayısıyla yargılamaların makul bir sürede tamamlanması gerektiği söylenebilir. Bu yargılama süreci hızlandırılrsa bile belirli bir zaman aldığı ve hukuka aykırı nitelikte olan bir norm ya da işlemin de bu sürede uygulanmaya devam edeceği ifade edilebilir. Yürürlüğü durdurma ile birlikte hâkimin yargılama sürecinin uzun sürmesinden doğabilecek giderilmesi olanaksız olan zararları engelleyebileceği kamu yararının tesisi, kamu düzeninin korunması ve hukuka olan güveni sarsmamak adına gerekli

⁵³⁸ Korucu (2014), s. 100.

önlemleri alabileceği söylenebilir. Ayrıca yürürlüğü durdurma kararı ile birlikte, iptal kararlarının geriye yürümezliğinden kaynaklanan çeşitli problemlerin önüne geçilebileceği de gözden kaçırılmaması gereken bir husustur.

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olmadığına kabul edilmesi durumunda, kimi hallerde iptal kararı verilmesinin herhangi bir anlamı kalmayacaktır.⁵³⁹ Yasama organının kanun yapma gücü sayesinde çeşitli kanunları anayasaya uygunluk denetiminden kaçırabilme imkânına sahip olmaması gerekmektedir. Kuvvetler ayrılığının esas alındığı demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa Mahkemesine bu anlamda önemli bir görev düşmektedir. TBMM'nin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir yasal düzenlemeyi yeniden gündemine alarak düzenleme olasılığının önüne geçmesinin bir yolu da Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olmasıdır. Özellikle her ne kadar 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılrsa da ölüm cezası gibi en temel hak olan yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurabilecek düzenlemelerde Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olmaması, telafisi mümkün olmayan sonuçlara yol açabilecek niteliktedir.

Anayasanın yalnızca lafzi anlamı değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verme gibi bir yetkisinin bulunmadığı çıkarımının yapılabilmesi mümkündür. Her ne kadar burada bir düzenleme olmamasının, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı bağlamında Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olduğunun kabulü şeklinde değerlendirilmesi gerektiği daha isabetli bir yaklaşım olsa da doktrinde Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunmadığını belirten pek çok yazar bulunmaktadır. Bu yazarlara göre 1982 Anayasasını ortaya çıkaran kurucu iradenin Anayasa Mahkemesine yürürlüğü durdurma yetkisi vermediği açıktır. Kurucu iradenin bu türden bir yetki vermek istemesi halinde bunu açık bir şekilde yapabileceği kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisini kendisine görmesi, kurucu iradenin öngörmediği bir sonucun gerçekleşmiş olması sebebiyle aktivist bir tutum olarak

⁵³⁹ Fatih Özkul, **Anayasaya Uygunluk Denetiminin Amacı Kapsamında, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği İlkesinin, Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma ve Yokluk Kavramlarının Değerlendirilmesi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6, 2016, 395-429, s.413.

nitelendirilebilir.⁵⁴⁰ Gözler bu durumu “Anayasa Mahkemesi böylece Anayasaya, Anayasada olmayan bir norm eklemiş olmaktadır.” şeklinde ifade etmiştir.⁵⁴¹ Burada kurucu irade tarafından açık bir düzenlemeye yer verilerek Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunduğundan söz edilmemiş olması, Anayasa Mahkemesinin aldığı yürürlüğü durdurma kararlarının yanlış ya da anayasacılığın gerekleri açısından sakıncalı olduğu anlamına da gelmemektedir.⁵⁴² Anayasa Mahkemesinin bu kararlarının, anayasaya uygunluk denetiminin etkin bir şekilde sağlanması adına önemli gelişmeler olduğu söylenebilir.

Bir ülkede anayasa yargısının etkin bir biçimde görevini ifa edebilmesi için Yüksek Mahkemenin kendi görev alanını net bir biçimde tanımlayabilmesi gerekmektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi uzun bir süredir yürürlüğü durdurma kararı vermiyor olsa da yürürlüğü durdurmanın anayasal ve yasal dayanağa kavuşturulması, Anayasa Mahkemesinin de vereceği kararların yargısal aktivizm kavramı çerçevesinde eleştirilememesi sonucunu doğuracaktır. Bu bağlamda yapılacak bir anayasa değişikliği ile yürürlüğün durdurulması kurumunun anayasal bir dayanağa kavuşturulması gerektiği söylenebilir. Sonrasında ilgili kurumun detaylı bir biçimde 6216 sayılı Kanunda düzenleme altına alınması, mevzuattaki eksikliklerden kaynaklı problemlerin önüne geçilebilmesini sağlayacaktır.

1993 yılındaki içtihattan günümüze kadar geçen süre içerisinde pek çok anayasa değişikliği yapılmış ancak yürürlüğün durdurulması ile ilgili olarak bir anayasal veya yasal düzenlemeye yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin, zorunlu hallerde yürürlüğü durdurma kararı verme yönündeki anlayışını da uzun bir süredir terk ettiği görülmektedir.⁵⁴³ Bu durum yürürlüğün durdurulması kararları ekseninde yargısal aktivizm tartışmasının bir süredir gündeme gelmemesine yol açmıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermemesinin, bu konuda menfi ya da müspet bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmasında etkili olduğu ifade edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma konusunda dönem dönem farklı içtihatlarının bulunduğu, dolayısıyla yargısal aktivizm kavramı ekseninde yaşanacak tartışmaların da güncelliğini koruduğu söylenebilir. Bu konuda

⁵⁴⁰ Korucu (2014), s. 101.

⁵⁴¹ Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021, s. 462.

⁵⁴² Korucu (2014), s. 101.

⁵⁴³ Doğan (2023), s. 6.

yaşanan yargısal aktivizm tartışmalarının önüne geçmek adına yürürlüğün durdurulması hakkında müspet veya menfî bir düzenlemenin yapılması gerektiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin, mevcut durumda yürürlüğün durdurulması konusunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen yürürlüğün durdurulması kararı vermesi, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda olumlu olarak kabul edilmelidir. Doğan da buna paralel bir biçimde yürürlüğün durdurulması kurumunun hukuk devleti ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde korunmasında önemli bir araç olarak düşünülebileceğini, bununla beraber “Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verdiği konuların özgürlüklerden ziyade genellikle özelleştirme, ekonomi ve benzeri idari konulardan öteye gidemediğini ve bu kararlar dikkate alındığında yürürlüğü durdurma kurumunun adeta Anayasa Mahkemesi ile siyasal iktidarın çekişmesinde bir araç olarak kullanıldığını” ifade etmektedir.⁵⁴⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi 1993 yılına dek, pek çoğu temel hak ve özgürlükler ile ilgili olan konularda yürürlüğün durdurulması kararı vermemiş 1993 tarihinde ise temel hak ve özgürlükler ile direkt olarak ilgili olmayan bir konuda ilk kez yürürlüğün durdurulması kararı vermiştir.⁵⁴⁵ Yürürlüğü durdurma kurumunun yasal bir dayanağının olmaması ve Anayasa Mahkemesinin aktivist bir tutum sergilemesine sebep olması gerekçesiyle eleştirilmesinden önce, anayasa yargısının etkinliğinin sağlanmasında kimi hallerde gerekli hatta zorunlu bir araç olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla yürürlüğün durdurulması yönünde verilen kararların tamamına karşı çıkılması isabetli değildir. Özellikle temel hak ve özgürlüklerin söz konusu olduğu hallerde Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğün durdurulması kararı verilmesini, başvurulması gereken zorunlu bir araç olarak kabul etmek gerekmektedir.

3.4. 367 Kararı

10’uncu Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in görev süresinin sonuna gelinmesi sebebiyle 2007 yılında gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimleri, Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı olarak da bilinen kararı sebebiyle Türk siyasal

⁵⁴⁴ Doğan (2023), s. 322.

⁵⁴⁵ Hakyemez (2009), s. 97.

hayatı içerisinde oldukça önemli bir yere ve öneme sahiptir.⁵⁴⁶ Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Mahkemenin rolü ve yetkilerinin sınırı çerçevesinde yargısal aktivizm kavramıyla da yakından ilişkilidir. Nitekim söz konusu karar, yargısal aktivizm ekseninde en fazla eleştirilen Anayasa Mahkemesi kararı olmuştur. O dönemde, Cumhurbaşkanının seçim usulü 1982 Anayasasının 102'nci maddesinde detaylı bir şekilde düzenleme altına alınmıştır.⁵⁴⁷ Anayasada yer alan düzenleme ile Cumhurbaşkanının partiler üstü konumunu güçlendirmeye çalışılmış, seçim için nitelikli bir çoğunluk aranmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanının dördüncü tur sonunda halen seçilememiş olması durumunda TBMM seçimlerinin yenilenmesine yönelik bir düzenlemeye yer verilerek partiler, belirli bir aday üzerinde mutabık kalmaya yönlendirilmiştir.

Türk siyasal yaşamında, 11. Cumhurbaşkanlığı seçimlerindeki benzer bir biçimde daha önceki Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de çeşitli siyasal krizler yaşanmıştır. Örneğin 1980 yılında Cumhurbaşkanlığı seçimi, 114 tur sürmüş bu süre boyunca seçimlerden bir sonuç alınamamıştır. Bu sebeple 1982 Anayasasında oylamalar dört tur ile sınırlandırılmış ve siyasal krizlere gebe birtakım problemlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır. 2007 yılına kadar bu anlamda bir krizin yaşanmadığı söylenebilse de 2007 yılında gerçekleştirilen Cumhurbaşkanlığı seçimi, yeni bir siyasal krize yol açmıştır. Bu krizin temelinde ise Anayasa Mahkemesinin kararı yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı olarak da bilinen bu karara göre:

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

⁵⁴⁶ Ergül (2007), s. 270.

⁵⁴⁷ Söz konusu hüküm; “Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değilse hemen toplantıya çağrılır. Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir. En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanmadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir. Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder.” şeklindedir.

tamsayısının üçte iki çoğunluğu ... ile seçilir' kuralının toplantı yeter sayısını da kapsamıyla olanaklıdır. Aksi halde, üçüncü fıkradaki birinci ve ikinci oylamalar anlamsız hale gelecek, üçüncü ve dördüncü oylamalarda üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilebileceği için, bir uzlaşmaya da gerek kalmayacaktır. Üçüncü fıkra da öngörülen üçüncü ve dördüncü oylamalarda, TBMM'nin, adaylardan birini üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla seçebilme olanağı karşısında, Meclis'te salt çoğunluğa sahip parti ya da partiler, birinci ve ikinci oylamada üçte iki çoğunlukla aranan uzlaşmaya sıcak bakmayabileceklerdir. Bu durum Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı seçiminin uzlaşmaya dayanması amacıyla bağdaşmamaktadır.”⁵⁴⁸

Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla beraber, TBMM'de Cumhurbaşkanı seçilmesinde aranan üçte iki şeklindeki karar yeter sayısını, toplantı yeter sayısı olarak da kabul etmiş ve Cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci tur oylamasının iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin aldığı kararın temelinde 1982 Anayasasının o tarihte yürürlükte olan 102'nci maddesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı seçiminde mecliste bulunması gerekli olan milletvekili sayısının, bir diğer ifadeyle toplantı yeter sayısının ne olduğu ile ilgili tereddüt yer almaktadır. Anayasanın 96'ncı maddesi incelendiğinde, yasama organının yapacağı çalışmalarda aranan toplantı ve karar yeter sayısının ne olduğu hususunun net bir biçimde düzenleme altına alındığı görülmektedir. O dönemdeki haline göre söz konusu hüküm; “Anayasa'da, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.” şeklindedir. Anayasadaki bu hüküm uyarınca TBMM'nin Anayasada, başka bir düzenleme bulunmadığı takdirde üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanacağı ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile de karar verebileceği ancak bu sayısının hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamayacağı söylenebilir. Fakat Anayasada toplantı ve karar yeter sayısı ile ilgili olarak özel bir düzenlemenin bulunması durumunda söz konusu özel düzenleme uyarınca hareket edilecektir. Anayasanın ilgili hükümleri ve TBMM İçtüzüğü incelendiğinde Anayasanın 96'ncı maddesinde yer alan sayı dışında bir toplantı yeter sayısına yer verilmediği görülmektedir. Fakat Anayasa Mahkemesinin, 367 Kararı olarak da

⁵⁴⁸ AYM, E.2007/45, K.2007/54 sayılı, 27/06/2007 tarihli kararı.

bilinen tarihi kararında, Cumhurbaşkanı seçilebilmesi için TBMM'nin ilk iki turda üçte iki çoğunlukla toplanmasının zorunlu olduğuna karar verdiği görülmektedir.

Bu konudaki görüşler temelde iki grupta ele alınabilir. İlk görüşe göre Anayasanın eski 102'nci maddesinde toplantı yeter sayısı hakkında özel bir düzenleme bulunmasa dahi Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk iki turunda toplantı yeter sayısının en az karar yeter sayısı kadar olması gerekmektedir. Bu görüş Türk hukukunda ilk kez Teziç tarafından ileri sürülmüştür.⁵⁴⁹ Teziç, Anayasada muhtelif maddelerde öngörülen salt ve üçte iki çoğunlukların karar yeter sayısı ile ilgili olduğunu kabul etmekte ancak bu durumlarda toplantı yeter sayısının ister istemez en az bu sayılarda olması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre nitelikli karar yeter sayılarının arandığı hallerde toplantı yeter sayısının da en az karar yeter sayısı kadar olması gerekmektedir. Bu görüş 9'uncu Cumhurbaşkanlığı seçimleri esnasında da gündeme gelmiş olsa da TBMM'nin uygulamasında herhangi bir değişiklik yaşanmamış ve konu yargıya intikal etmemiştir. Bu konuda doktrinde de hâkim olan ikinci görüşe göre ise; Anayasanın eski 102'nci maddesi toplantı yeter sayısı için özel bir kural öngörmemektedir. Bu nedenle Anayasanın 96'ncı maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen hüküm, Cumhurbaşkanlığı seçimi için de uygulama alanı bulacaktır.⁵⁵⁰

Parlamente sistemin uygulandığı ve Cumhurbaşkanının yasama organı tarafından seçildiği yabancı ülke anayasaları incelendiğinde toplantı yeter sayısı ile ilgili nitelikli bir çoğunluğun öngörülmediği söylenebilir.⁵⁵¹ Nitekim Cumhurbaşkanı seçiminin düzenlendiği Anayasa maddesinin Danışma Meclisindeki görüşmeleri esnasında farklı ve özel bir toplantı yetersayısının öngörüldüğüne ilişkin herhangi bir görüş dile getirilmemiştir.⁵⁵² Bu nedenle 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanı seçiminde toplantı yeter sayısı konusunda özel bir hükme yer vermediğinin kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Anayasada karar yeter sayısı ile ilgili oldukça açık ve detaylı bir düzenlemeye yer verilmişken toplantı yeter sayısı konusunda bu türden açık bir düzenlemenin yer almadığı göz önünde bulundurulduğunda, anayasa koyucunun

⁵⁴⁹ İbrahim Halil Tavaş, **Türk Anayasalarında Cumhurbaşkanlığı Seçimi**, Yasama Dergisi, (5), 2007, s. 38.

⁵⁵⁰ Tavaş (2007), s. 38.

⁵⁵¹ Kemal Gözler, **Cumhurbaşkanının Seçimi Konusunda Zorunlu Bir Açıklama**, Türkiye Günlüğü, 2007, 89, s. 18.

⁵⁵² Nur Uluşahin, **Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması**, Ankara Barosu Dergisi, 66(2), 2007, s. 26.

Cumhurbaşkanlığı seçiminde nitelikli bir toplantı yeter sayısı öngörmüş olduğunu savunmak güçleşmektedir.⁵⁵³ Bu belirtilen hususlara rağmen Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile Cumhurbaşkanlığı seçiminde nitelikli toplantı yeter sayısının bulunması gerektiğine karar verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyelerine göre kurucu iradenin, farklı siyasi partiler arasında bir uzlaşma sağlama amacı bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlığı seçiminde toplantı yeter sayısının da nitelikli olması, bu amaca yöneliktir. Ancak hâlihazırda karar yeter sayısı için nitelikli bir çoğunluk öngörülmüşken farklı siyasi partiler arasındaki uzlaşının toplantı yeter sayısında aranmasının isabetli olmadığı söylenebilir. Nitekim Hakyemez'in; "Eğer anayasa, Cumhurbaşkanlığı seçiminde uzlaşmaya önem vermişse ve bu uzlaşma 2/3'lük çoğunlukla sağlanıyorsa, o zaman üçüncü ve dördüncü turlardaki salt çoğunlukla Cumhurbaşkanlığı seçiminin tamamlanabileceğini öngören Anayasa kuralı uzlaşma ile çelişmiş olacaktır." şeklindeki ifadeleri de bu durumu kanıtlar niteliktedir.⁵⁵⁴ Korucu'ya göre de; "1982 Anayasası, Cumhurbaşkanlığı seçiminde siyasi partiler arasında uzlaşmayı zorunlu kılan herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir. Seçimin birinci ve ikinci turlarında aranan nitelikli çoğunluk, birden fazla siyasi partinin Cumhurbaşkanı seçebilmek için uzlaşmasını teşvik edici niteliktedir. Ancak Cumhurbaşkanı seçebilmek için gereken karar yetersayısının üçüncü ve dördüncü turlarda salt çoğunluğa düşürülmesi, Cumhurbaşkanlığı seçim sürecinin bizzat Anayasa tarafından kolaylaştırılması anlamına gelmektedir."⁵⁵⁵ Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu yorumunun demokrasilerin temelinde yer alan çoğunluğun yönetimi anlayışı ile de bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin toplantı yeter sayısı konusundaki görüşünün esas alınması halinde, üçte birlik bir azınlığın TBMM'yi bloke ederek çalışamaz hale getirmesi mümkün olmaktadır.⁵⁵⁶

⁵⁵³ Aksinin kabulü, Haşim Kılıç'ın karşı oy yazısında da belirttiği üzere, "yorumda isabetsizlik değil, Anayasayı yorum yoluyla dolaylı yoldan değiştirmek anlamını taşır." AYM, 2007/45 E. 2007/54 K sayılı, 27/06/2007 tarihli kararı.

⁵⁵⁴ Hakyemez (2009) s. 115.

⁵⁵⁵ Korucu (2014), s. 91.

⁵⁵⁶ Haşim Kılıç'ın karşı oy yazısında da belirttiği üzere; "Demokrasi, sınırsız bir çoğunluk rejimi değildir, ancak, azınlığın çoğunluğa dayattığı bir rejim de hiç değildir. Bu yol, azınlığın çoğunluğu etkisiz hale getirmesi, başka bir anlatımla, çoğunluğun devre dışı bırakılması gibi hiçbir demokratik ülkede olmayan bir garabeti doğurur. Önceden kestirilmesi mümkün olamayan yorumlarla yeni usul

1982 Anayasasında yer alan düzenlemenin 1961 Anayasası döneminde yaşanan olaylardan bağımsız bir şekilde değerlendirilmemesi gerekmektedir. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası döneminde yaşanan çeşitli problemleri önlemek adına birtakım hükümleri ihtiva etmektedir. Cumhurbaşkanlığı seçiminin TBMM’de dört tur sonunda tamamlanamaması halinde TBMM seçimlerinin yenilenmek zorunda olması da 1961 Anayasasındaki olumsuz deneyimlerin bir sonucudur. 1982 Anayasasını hazırlayan kurucu irade tarafından Cumhurbaşkanı seçimini daha kolay sonuçlandırabilmek için çeşitli önlemlerin alındığı ortadadır. Anayasa Mahkemesinin aldığı bu karar, bu anlamda kurucu iktidarın iradesi ile bağdaşmamaktadır.⁵⁵⁷ 1982 Anayasasındaki düzenlemede üçüncü ve dördüncü turlara kalınması durumunda üye tam sayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanının seçilebildiği hususu göz önünde bulundurulduğunda, ilk iki tur oylama için Anayasada açıkça öngörülmeyen bir toplantı yeter sayısının anayasa koyucunun iradesine bütünüyle aykırı olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı, Anayasa metnine ve bu metnin temelinde yatan iradeye aykırılık teşkil etmektedir. Bu yönüyle söz konusu kararın aktivist bir karar olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin kararı, yalnızca anayasanın orijinal anlamına aykırı biçimde nitelikli toplantı yetersayısı öngörmüş olması bakımından değil; anayasa tarafından yargı denetimi dışında bırakılan bir parlamento kararının denetimini gerçekleştirmiş olması sebebiyle de aktivist bir nitelik taşımaktadır.⁵⁵⁸ Kural olarak TBMM kararlarının Yüksek Mahkemenin denetimine tabi olmadığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecek parlamento kararları anayasada açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi sadece TBMM İçtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesi kararlarını denetleyebilmektedir. Cumhurbaşkanının seçimine ilişkin TBMM tarafından alınan karar da yapısı itibarıyla bir parlamento kararıdır. Anayasada denetim ile ilgili açık bir düzenleme olmaması sebebiyle bu kararın Anayasa Mahkemesi tarafından denetiminin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak

kuralları üretilmesi hukuk güvenliğini yok eden yaklaşımlardır.” AYM, 2007/45 E. 2007/54 K sayılı, 27/06/2007 tarihli kararı.

⁵⁵⁷ Sami Selçuk, **Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM’nin 367 Kararı**, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C.II. s. 608.

⁵⁵⁸ Korucu (2014), s. 92-93.

Anayasa Mahkemesi; 367 kararı olarak bilinen kararında, Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk tur oylamasında nitelikli çoğunluğa uyulmamasını, TBMM İçtüzüğü'nün eylemli bir biçimde değiştirilmesi olarak değerlendirmiş ve bu sebeple iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre, Anayasanın 102'nci maddesinde Cumhurbaşkanı seçebilmek için öngörülen toplantı yeter sayısı üçte iki çoğunluktur. TBMM İçtüzüğü'nde Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin Anayasanın 102'nci maddesine göre yapılması öngörüldüğünden dolayı üçte ikilik yeter sayısına uyulmaması, TBMM İçtüzüğü'nün eylemli bir şekilde değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu sebeple söz konusu kararın bir içtüzük değişikliği olarak değerlendirilmesi ve denetiminin gerçekleştirilmesi mümkündür.⁵⁵⁹

Anayasa Mahkemesinin, Cumhurbaşkanlığı seçiminde yeter sayıya uyulmadan karar alınmasını, İçtüzük değişikliği şeklinde değerlendirmesi, “İçtüzüğe aykırılık” ve “İçtüzüğü'nün eylemli olarak değiştirilmesi” kavramlarının farklarını anlamsız hale getirmektedir. “Anayasanın 102'nci maddesinde özel bir toplantı yetersayısı öngörülmemiştir. İçtüzüğü'nün 121'inci maddesi de bu düzenlemeye atıfta bulunduğu göre; Cumhurbaşkanı seçebilmek için TBMM'nin genel toplantı yetersayısına uyması yeterli olmalıdır. Ancak Anayasa ve İçtüzükte nitelikli bir toplantı yetersayısı öngörüldüğü kabul edilmiş olsa bile; bu hükümlere aykırı bir toplantının İçtüzük hükümlerini değiştirdiğini kabul etmek mümkün değildir. Zira böyle bir durumda, TBMM'nin İçtüzük hükümlerini değiştirmek gibi bir iradesi yoktur.”⁵⁶⁰ Buna paralel bir biçimde Gözler de; “hukukun genel teorisinde bir düzenleyici işleme (norma) aykırı bir bireysel işlem (karar) yapılması, o düzenleyici işlemin (normun) değiştirildiği anlamına değil, o bireysel işlemin (kararın) o düzenleyici işleme (norma) aykırı olduğu anlamına gelir. (...) Nasıl fail suç teşkil eden bir fiiliyle ceza kanununun bir maddesini ihlâl ederek, ceza kanununun o maddesini değiştirmiş olmuyorsa, Türkiye Büyük Millet Meclisi de İçtüzüğü'nün bir maddesini ihlâl ederek o maddeyi değiştirmiş olamaz.” diyerek Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesi hakkında düşüncelerini ortaya koymuştur.⁵⁶¹ Nitekim bu husus karşı oy yazılarında da

⁵⁵⁹ AYM, 2007/45 E. 2007/54 K sayılı, 27/06/2007 tarihli kararı.

⁵⁶⁰ Korucu (2014), s. 94.

⁵⁶¹ Gözler (2007), s. 19.

belirtilmiş ve İctüzüğe aykırılık ile İctüzüğün eylemli olarak değiştirilmesinin farklı kavramlar olduğu belirtilmiştir.⁵⁶²

“Eylemli içtüzük değişikliğinin söz konusu olabilmesi için hakkında hüküm bulunmayan bir konuda karar alınması gerekir şeklindeki görüş göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanlığı seçiminin birinci tur oylamasının eylemli içtüzük değişikliği anlamına gelmediği anlaşılmaktadır. Ancak bu görüş tamamen göz ardı edilecek olsa bile; Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk tur oylamasında var olduğu iddia edilen aykırılığın içtüzük değişikliği niteliğinde olmadığını kabul etmek gerekir.”⁵⁶³ Bir düzenleyici işleme aykırı bir bireysel işlemin tesis edilmesi, o düzenleyici işlemin değiştirildiği ya da değiştirilmek istendiği anlamına gelmemektedir. Aksinin kabulü halinde, içtüzüğe aykırılık taşıyan tüm parlamento kararları Anayasa Mahkemesinin denetimine açık hale gelecektir. Anayasada, denetime açık parlamento kararlarının net bir şekilde belirtildiği hususu göz önünde bulundurulduğunda Mahkemeye bu türden geniş bir yetkinin tanınmadığı ifade edilebilir.

Hakyemez’e göre bir yargı organı olarak Anayasa Mahkemesine düşen, verdiği kararlar kriz yaratmak değil anayasal sınırlar içerisinde kriz çözmektir.⁵⁶⁴ Hakyemez, Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı olarak bilinen kararının ise Cumhurbaşkanlığı seçiminde tıkanıklığa yol açtığını, bu seçimi siyasal bir krize dönüştürdüğünü ifade etmiştir.⁵⁶⁵ Bütün bu belirtilenlerden hareketle Anayasa Mahkemesinin bu kararı, yargısal denetimi olanaksız olan bir yasama işleminin denetiminin gerçekleştirilmesi ve anayasa metnine ve bu metnin temelinde yatan iradeye aykırılık teşkil etmesi

⁵⁶² Karşı oy yazısında Mahkeme üyesi Tülay Tuğcu; “İctüzükte veya Anayasa’da hüküm bulunmaması nedeniyle ve hemen çözüm bekleyen bir sorunun halli amacıyla alınan ve yeni bir hüküm getiren Meclis kararlarının içeriği itibariyle ihdası bir İctüzük değişikliği olarak kabulü mümkünse de İctüzükte veya Anayasa’da hüküm bulunması ve Meclis kararı ile bu hükme uyulmamış olması hali İctüzük değişikliği değil, İctüzüğe ya da Anayasa’ya aykırı Meclis kararı olur ve İctüzük değişikliği anlamına gelmez.” gerekçesi ile karar muhalif kalmıştır.⁵⁶² Yine Haşim Kılıç da “bir konu mevcut İctüzükte düzenlenmiş, nasıl yapılacağı ayrıntılı biçimde belirtilmiş ise bunun eylemli biçimde değiştirilmesinden bahsedilemez. Mevcut kuralın aksine bir uygulama yapılmış olması ancak içtüzüğe aykırı bir tasarruf olarak nitelendirilebilir. İctüzüğe aykırı bir uygulamanın denetim yeri ise ne Anayasa Mahkemesi ne de başka bir yargı kuruluşudur. Anayasakoyucu Anayasa’da açıkça belirtilen parlamento kararlarının denetimi dışında bu kararların denetleneceğini öngörmemiştir. ... Aksi halde İctüzüğe aykırı her durumun bir içtüzük değişikliği nitelmesi ile Mahkeme önüne getirilmesi kaçınılmaz olur.” ifadeleriyle karara muhalif olduğunu ifade etmiştir.

⁵⁶³ Korucu (2014), s. 94.

⁵⁶⁴ Hakyemez (2009), s. 117.

⁵⁶⁵ Hakyemez (2009), s. 117.

sebebiyle iki farklı açıdan aktivist bir nitelik taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kararının siyaset gündeminde yarattığı etki, söz konusu kararın yargısal aktivizm bağlamında eleştirilmesini ve değerlendirilmesini çok daha kolay hale getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı alırken temel hak ve özgürlüklerin korunması gibi bir amacının bulunmadığı, söylenebilir. Bu kararın Anayasa Mahkemesinin olumsuz aktivist tutumuna bir örnek teşkil ettiği ifade edilebilir.

3.5. Siyasi Partilerin Kapatılması Hakkında Verilen Kararlar

Günümüzde, siyasi partilerin serbestçe kurulmaları ve faaliyet göstermeleri, demokratik bir toplumun önemli bir gereği olarak kabul edilmektedir. Siyasi partilerin demokratik rejimin işleyişi açısından sahip oldukları önem büyüktür. Bu önem sebebiyle siyasi partilere çeşitli güvencelerin tanındığı görülmektedir. Bu güvencelerden bir bölümü ise siyasi partilerin kapatılmalarına ilişkindir. Demokratik bir toplumun temelini oluşturan ve varlıkları da Anayasa ile güvence altına alınmış olan siyasi partilerin kapatılmaları, çeşitli koşulların gerçekleşmesi halinde mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda siyasi partilerin kapatılması yönündeki Anayasa Mahkemesi kararları, siyasi alanda doğurduğu etki ve sonuçlar bakımından da önem taşımaktadır.

Türkiye’de siyasi parti özgürlüğü ile ilgili olarak en fazla tartışılan konu, siyasi partilerin hareket alanlarının ideolojik çerçevesinin ne olduğunun tespitidir. Siyasi parti faaliyetlerinin denetimi ile halkın politik tercihlerini yönlendirmeye çalışmak arasındaki sınırın belirsizliği, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kapatma kararlarının başlıca eleştirilen noktası olmuştur.⁵⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında verdiği temelli kapatma kararı, Türkiye’de hem siyaset hem de hukuk alanında uzun süredir gündemde yer almaktadır. Bu sorunun halen güncelliğini koruduğu ifade edilebilir. Anayasa Mahkemesinin kurulduğu günden bu güne kadar açılan siyasi partilerin kapatılması davalarında genellikle kapatma yönünde karar aldığı görülmektedir.⁵⁶⁷ Bu kararları değerlendiren Arslan’a göre Anayasa Mahkemesi, siyasal özgürlükler noktasında hak eksenli yaklaşım yerine ideoloji

⁵⁶⁶ Ahmet Erdem, **1982 Anayasası'na Göre Siyasi Parti Özgürlüğü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 161.

⁵⁶⁷ Hakyemez (2009), s. 314.

eksenli bir yaklaşımı benimsemiş ve böylece kendi meşruiyetine de zarar vermiştir.⁵⁶⁸ Anayasa Mahkemesinin kurulduğu günden bugüne kadar verdiği temelli kapatma kararları incelendiğinde üç temel gerekçenin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu gerekçeler; “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” “laiklik” ve “demokratik devlet ilkelerine aykırılık” şeklinde sıralanabilir.⁵⁶⁹

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin, “Türkiye İşçi Partisi”⁵⁷⁰, “Türkiye Emekçi Partisi”⁵⁷¹, “Sosyalist Parti”⁵⁷², “Halkın Emek Partisi”⁵⁷³, “Özgürlük ve Demokrasi Partisi”⁵⁷⁴, “Sosyalist Türkiye Partisi”⁵⁷⁵, “Demokrasi Partisi”⁵⁷⁶, “Sosyalist Birlik Partisi”⁵⁷⁷, “Demokrasi ve Değişim Partisi”⁵⁷⁸, “Emek Partisi”⁵⁷⁹, “Demokratik Kitle Partisi”⁵⁸⁰, “Halkın Demokrasi Partisi”⁵⁸¹, kapatma kararlarında kapatma gerekçesi olarak kullanıldığı görülmektedir. Laiklik ilkesi ise “Milli Nizam Partisi”⁵⁸², “Huzur Partisi”⁵⁸³, “Özgürlük ve Demokrasi Partisi”⁵⁸⁴, “Refah Partisi”⁵⁸⁵, “Fazilet Partisi”⁵⁸⁶ kararlarında kapatma gerekçesi olarak kullanılmıştır. Bunlara ek olarak Anayasa Mahkemesi, “Adalet ve Kalkınma Partisi” hakkında da laiklik ilkesine dayanarak devlet yardımından yoksun bırakma kararı vermiştir.⁵⁸⁷ Anayasa Mahkemesinin bir diğer kapatma gerekçesi olarak da demokratik devlet ilkelerine aykırılığı kullandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin “Türkiye Birleşik Komünist Partisini” sırf adında komünist ifadesi olmasından dolayı, Siyasi

⁵⁶⁸ Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayınları, 2008, s. 53.

⁵⁶⁹ Hakyemez (2009), s. 320.

⁵⁷⁰ AYM, E.1971/3, K.1971/3 sayılı, 20/07/1971 tarihli kararı.

⁵⁷¹ AYM, E.1979/1, K.1980/1 sayılı, 08/05/1980 tarihli kararı.

⁵⁷² AYM, E.1991/2, K.1992/1 sayılı, 10/07/1992 tarihli kararı.

⁵⁷³ AYM, E.1992/1, K.1993/1 sayılı, 14/07/1993 tarihli kararı.

⁵⁷⁴ AYM, E.1993/1, K.1993/2 sayılı, 23/11/1993 tarihli kararı.

⁵⁷⁵ AYM, E.1993/2, K.1993/3 sayılı, 30/11/1993 tarihli kararı.

⁵⁷⁶ AYM, E.1993/3, K.1994/2 sayılı, 16/06/1994 tarihli kararı.

⁵⁷⁷ AYM, E.1993/4, K.1995/1 sayılı, 19/07/1995 tarihli kararı.

⁵⁷⁸ AYM, E.1995/1, K.1996/1 sayılı, 19/03/1996 tarihli kararı.

⁵⁷⁹ AYM, E.1996/1, K.1997/1 sayılı, 14/02/1997 tarihli kararı.

⁵⁸⁰ AYM, E.1997/2, K.1999/1 sayılı, 26/02/1999 tarihli kararı.

⁵⁸¹ AYM, E.1999/1, K.2003/1 sayılı, 13/03/2003 tarihli kararı.

⁵⁸² AYM, E.1971/1, K.1971/1 sayılı, 20/05/1971 tarihli kararı.

⁵⁸³ AYM, E.1983/2, K.1983/2 sayılı, 25/10/1983 tarihli kararı.

⁵⁸⁴ AYM, E.1993/1, K.1993/2 sayılı, 23/11/1993 tarihli kararı.

⁵⁸⁵ AYM, E.1997/1, K.1998/1 sayılı, 16/01/1998 tarihli kararı.

⁵⁸⁶ AYM, E.1999/2, K.2001/2 sayılı, 22/06/2001 tarihli kararı.

⁵⁸⁷ AYM, E.2008/1, K.2008/2 sayılı, 30/07/2008 tarihli kararı.

Partiler Kanununun 96'ncı maddesindeki yasağa aykırılıktan kapatması bu konuda verdiği kararlara örnek olarak ifade edilebilir.⁵⁸⁸

Anayasa Mahkemesinin verdiği parti kapatma kararlarıyla birlikte Türkiye'nin çağdaş demokratik rejimler içerisinde en fazla siyasi parti kapatan ülke olarak anıldığı söylenebilir.⁵⁸⁹ Özellikle devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık sebebiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iddianame düzenlenen siyasi partilerin tamamına yakını hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılma kararı verilmesi dikkat çekmektedir. Bu kararlara karşı, Anayasa Mahkemesinin bölünmez bütünlük ilkesini katı bir şekilde yorumladığı gerekçesiyle doktrinde çeşitli eleştiriler getirilmiştir.⁵⁹⁰ Yine Anayasa Mahkemesinin bu kararlarıyla birlikte "devletin resmi ideolojisinin siyasi partilere dayatıldığı ve siyaset alanının Mahkemenin hassasiyetleriyle sınırlandırıldığı" yönünde de eleştiri getirildiği görülmektedir.⁵⁹¹

Anayasa Mahkemesinin tarihsel süreç içerisinde verdiği siyasi parti kapatma kararlarına karşı siyasi partiler de harekete geçmiş ve yasama organı tarafından çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda 1986 yılında Siyasi Partiler Kanununda 3270 sayılı Kanunla bir değişiklik yapılmış ancak Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi davasında ilk olarak bu değişikliği iptal etmiş, sonrasında da iptal hükmüne dayanarak Refah Partisi hakkında kapatma kararı vermiştir.⁵⁹² Bu iptal kararının ardından yine benzer bir biçimde 1999 tarihinde 4495 sayılı Kanun çıkarılmış ve Siyasi Partiler Kanununun 101 ve 103'üncü maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu kez de ilk olarak 103'üncü maddeyi iptal etmiş, sonrasında da Fazilet Partisi hakkında kapatma kararı vermiştir. 2001 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile birlikte iptal edilen Anayasanın 103'üncü maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 69'uncu maddesine eklenmiş buna ek olarak Anayasanın 149'uncu maddesinde değişikliğe gidilerek parti kapatma davalarında kararın salt çoğunluk yerine beşte üç şeklinde nitelikli bir çoğunlukla alınabileceği düzenlenmiştir. Son olarak 2010 yılında

⁵⁸⁸ AYM, E.1990/1, K.1991/1 sayılı, 16/07/1991 tarihli kararı.

⁵⁸⁹ Hakyemez (2009), s. 314.

⁵⁹⁰ Ergun Özbudun, **Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı**, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu Uluslararası Sempozyum: Siyasi Partiler ve Demokrasi, 2006, s. 104.

⁵⁹¹ Serap Yazıcı, **1982 Anayasası ve Parti Yasakları**. E. Göztepe, & A. Çelebi içinde, Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, 2012, s. 265.

⁵⁹² Özbudun (2007), s. 262.

yapılan anayasa değişikliği ile birlikte de Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararı verebilmesi için üçte iki çoğunluk oyunun gerekli olduğu düzenleme altına alınmıştır. Kanun koyucunun, Anayasa Mahkemesinin sık sık siyasi parti kapatma kararı vermesi karşısında, yapılan anayasa ve kanun değişiklikleri ile bir çözüm bulma arayışı içerisinde olduğu görülmektedir. Bu bağlamda 1995 Anayasa değişiklikleri ile “odak olma” terimi anayasaya dâhil edilmiş, 2001 Anayasa değişiklikleri ile de “odak olma” halinin şartları tanımlanmıştır. Ancak yapılan bütün bu değişikliklere rağmen Anayasa Mahkemesinin parti kapatma yönünde verdiği kararlara devam ettiği görülmektedir.

Mevcut hükümler incelendiğinde, siyasal partilerin kapatılması ile ilgili temel düzenleme, Anayasanın 68’inci maddesinde yer almaktadır. Anayasanın 69’uncu maddesinin altıncı fıkrasında da "Bir siyasî partinin 68 inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmesi halinde karar verilir" hükmü yer almaktadır. Anayasada öngörülen düzenlemeye Siyasi Partiler Kanununun 101’inci maddesinin birinci fıkrasında kapatma kararı verilebilecek hallerin düzenlendiği maddede atıf yapılmıştır.⁵⁹³ Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da odak haline gelme durumu açıklanmıştır.⁵⁹⁴

Anayasada ve Siyasi Partiler Kanununda yer alan, siyasi parti kapatma sebepleri ele alındığında, yorumlamaya ihtiyaç duyulan çeşitli maddelerin bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesine önemli bir görev düşmektedir.

⁵⁹³ Söz konusu hüküm; “a) Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi, b) Bir siyasi partinin, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti, c) Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması, Hallerinde verilir. (Ek:26/3/2002-4748/4 md.) Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının (...) (2) (...) (2) kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir.” Şeklinde dir.

⁵⁹⁴ Söz konusu hüküm; “Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarıncı kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.” şeklindedir.

Siyasi partiler hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılma kararı verilebilmesi için Anayasada belirtilen değerlere açık aykırılıkların bulunması gerekmektedir. Açık aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında kapatma kararı vermesi, Mahkemeyi, aktivist bir tutum sergilediği gerekçesiyle eleştirilerle karşı karşıya bırakmaktadır.

Türkiye’de bir siyasi partinin, parti tüzük ve programı ya da parti üyelerinin çeşitli söylemleri ve yürüttükleri faaliyetleri sebebiyle Anayasanın 68’inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle veya Siyasi Partiler Kanununun 101’inci maddesinin a veya b bendi uyarınca kapatılabilmesi mümkündür. Belirtilen sebeplerle Anayasa Mahkemesi tarafından kurulduğu günden bugüne kadar 25 parti hakkında kapatma kararı verilmiştir. Siyasi partiler hakkında en son kapatma kararı, 11.12.2009 tarihinde Demokratik Toplum Partisi hakkında alınmıştır. Bu kararın verildiği tarihe kadar siyasi partilerin sık sık Anayasa Mahkemesi tarafından kapatıldıkları görülmektedir. “Adalet ve Kalkınma Partisi” hakkında kapatma kararı yerine hazine yardımının yarısının kesilmesine karar verilmesi ise bu süreçte kapatma kararının verilmediği istisnai bir örnektir. Ancak Erdem’e göre “Adalet ve Kalkınma Partisi” hakkında verilen bu kararın siyasi parti kapatma davalarında bir içtihat değişikliğine gidildiği şeklinde yorumlanabilmesi mümkün değildir.⁵⁹⁵

Anayasa Mahkemesinin tarihsel süreç içerisinde siyasi partileri kapatma noktasında katı, tutucu ve militan demokrasi anlayışı içerisinde hareket ettiği söylenebilir.⁵⁹⁶ Mahkeme kararlarının doğrulunun veya yanlışlığının değerlendirilmesi, hukuki olmasının yanında siyasi bir tartışmanın da konusu niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi tarafından Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında verilen karar, önceki kararlarından düşünsel arka planı itibariyle farklılık taşımamaktadır. Burada Anayasa Mahkemesinin öncesinden farklı olarak devlet yardımından yoksun bırakma imkânına sahip olmasının, kapatma dışında bir karar alınmasında etkili olduğu söylenebilir.⁵⁹⁷ Özellikle nitelikli çoğunluk sağlanamasa da Mahkeme üyelerinin önemli bir bölümü tarafından kapatma yaptırımını yönünde oy

⁵⁹⁵ Erdem (2021), s. 161.

⁵⁹⁶ Militan demokrasi anlayışının tanımı ve yargısal aktivizmle karşılaştırması için Bkz: s. 55.

⁵⁹⁷ Erdem (2021), s. 161.

kullanılmış olması, Anayasa Mahkemesinin uzun yıllardır süregelen yaklaşımının devam ettiğini ortaya koyar niteliktedir.

Anayasa Mahkemesinin, 2009 yılında kapatılan Demokratik Toplum Partisinin ardından herhangi bir parti hakkında kapatma kararı vermemiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında verdiği kararlarla gündeme gelmemesine yol açmış, Yüksek Mahkeme yargısal aktivizm bağlamında eleştirilerle karşı karşıya kalmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin yakın zamanda Halkların Demokratik Partisi hakkında açılan kapatma davasında vermiş olduğu ara karar bu anlamda üzerinde durulmasını gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının, “Halkların Demokratik Partisine ödenen ya da ödenecek devlet yardımının bulunduğu banka hesabına tedbiren bloke konulması” talebini 05/01/2023 tarihinde, 7’ye karşı 8 oyla kabul etmiştir.⁵⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin, bu türden tedbir kararı verip veremeyeceği doktrinde tartışmalı bir konudur. Anayasada ve “6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda”, Anayasa Mahkemesinin tedbir kararı verebileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak “6216 sayılı Kanunun” 52’nci maddesinin 2’inci fıkrasında; “Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, 5271 sayılı Kanunun davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden Genel Kurulca incelenir ve kesin karara bağlanır” hükmüne yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin tedbir kararı verebilmesi için 5271 sayılı Kanundan bir dayanak bulması gerektiği ifade edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararında bu tür normatif bir dayanağın bulunmaması dikkat çekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin daha önce Refah Partisi ve Halkın Demokrasi Partisi kapatma davalarında da tedbir kararı verdiği görülmektedir. Bu açıdan Halkların Demokratik Partisi hakkında verilen karar bir ilk niteliği taşımamaktadır. Anayasa Mahkemesi, daha önce yürürlüğü durdurma kararlarını “çoğun içinde az da vardır” ilkesine atıfla temellendirmiştir. Halkların Demokratik Partisi hakkında verilen karar için de benzer bir çıkarımın yapılabileceği, bir siyasi parti hakkında kapatma kararı vermeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin, devlet yardımının bulunduğu banka

⁵⁹⁸ AYM, E.2021/2 sayılı, 05/01/2023 tarihli kararı.

hesabına tedbiren bloke koymaya evleviyetle yetkisinin bulunduğu ifade edilebiliyor olsa da Anayasa Mahkemesinin kararında bu türden bir gerekçelendirmeye de yer verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararında üzerinde durulmasını gerektiren bir diğer husus da karar çoğunluğuna ilişkindir. Anayasa Mahkemesi tedbir kararını 7'ye karşı 8 oyla kabul etmiştir. Anayasanın 149'uncu maddesi uyarınca; “Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.” Yine bu konu 6216 sayılı Kanunun 52'nci maddesinde de düzenleme altına alınmıştır.⁵⁹⁹ Anayasa Mahkemesinin nihai karar için üçte iki oy çoğunluğunun arandığı bir durumda, devlet yardımından yoksun bırakma ile aynı sonucu doğuran ve normatif bir dayanağı da bulunmayan tedbir kararı için basit çoğunluk ile karar vermesi, söz konusu kararı yargısal aktivizm bakımından çok daha tartışılır hale getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin uzun sayılabilecek bir sürenin ardından siyasi parti kapatma davasında verdiği bu tedbir kararı, aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin siyasi alanda tartışılmaya devam edileceğinin de bir habercisidir.⁶⁰⁰

Demokrasinin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi ve hukuk devletinin sağlam temellere sahip olabilmesi içi Anayasa Mahkemesinin mümkün olduğunca siyasal tartışmaların dışında olması gerekmektedir. Siyasi partiler hakkında verdiği kararlar sebebiyle Anayasa Mahkemesinin siyasetin tamamen dışında kalabilmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar, siyasi alanda pek çok önemli sonuç doğurabilecek niteliktedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların mümkün olduğunca az tartışılır olması Mahkemeye duyulan güven bakımından önemli bir gerekliliktir. Siyasal partiler hakkında verilen kapatma kararı yapısı itibariyle bir yasama işleminin geçersiz kılınması niteliğinde değildir. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında anayasanın ve kanunların sınırlarını aşan ve dava konusunun dışında kalan yorumları, verilen kararı yargısal aktivizm bağlamında önem taşır hale getirmektedir. Özellikle siyasi partiler hakkında verilecek kapatma

⁵⁹⁹ Söz konusu hüküm; “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından açılan dava üzerine Mahkeme, bir siyasi partinin Anayasanın 69 uncu maddesinde sayılan hâllerden ötürü kapatılmasına veya dava konusu fiillerin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına, toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğuyla karar verebilir.” şeklindedir.

⁶⁰⁰ Erdem (2021), s. 161.

kararlarında, anayasaya açık aykırılık ölçütüne benzer bir şekilde siyasal partilerin kapatılması gerekliliğinin açık bir biçimde belirli olmaması, söz konusu kararlara karşı aktivizm eleştirileri getirilmesine yol açmaktadır. Yine verilen kararların doğası itibarıyla siyasal alanda birtakım sonuçlar doğurması, Anayasa Mahkemesinin siyasal alanda müdahalede bulunduğu ve aktivist bir tutum izlediği şeklindeki eleştirilerin yapılmasını kolaylaştırmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesinin de tarihsel süreç içerisinde özellikle, “laiklik” ve “ülke bütünlüğü” kavramlarına ilişkin geliştirdiği yorum, aktivist bir tutum teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Doktrinde, Anayasa Mahkemesinin bu yorumunun devletçi ve ideolojik aktivizm niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Yine Anayasa Mahkemesinin devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ve laiklik ilkesi söz konusu olduğunda, görülen davanın gereklerini aşan tespit ve değerlendirmelerde bulunduğu bu durumun içtihadi maksimalizm niteliğinde aktivist bir tutum olduğu ifade edilmektedir.⁶⁰¹

Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma davalarda özgürlüklerden yana bir tutum benimsemesi, Türk demokrasisinin gelişimi için büyük önem ifade etmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacının söz konusu olmadığı hallerde Anayasa Mahkemesinin aktivist bir tutum sergilemesi, verilen kararı meşruluk temelinde eleştirilere açık hale getirmektedir. Burada Anayasa Mahkemesinin sergileyeceği aktivist bir tutumun, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacı bir kenara, bireylerin seçme ve seçilme hakları bakımından bir tehlike oluşturabileceği de söylenebilir. Türkiye için doktrinde kullanılan “partiler mezarlığı” ifadesinde, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların etkisi yadsınamayacaktır.⁶⁰² Türk demokrasisinin bir “partiler mezarlığı” olarak ifade edilmemesi için Anayasa Mahkemesinin mevzuat hükümlerini dar bir biçimde yorumlaması, özgürlüklerden yana tavır takınması gerektiği söylenebilir.

3.6. İhmal Yoluyla Anayasaya Aykırılık Hakkında Verilen Kararlar

Kural olarak Anayasa Mahkemesinin yasaların anayasaya uygunluğu üzerinde gerçekleştirdiği denetim, olumlu davranışları kapsamaktadır. Buradaki olumlu davranış ise kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi ile birlikte kendi yetki alanına giren bir konuda açık bir biçimde düzenleme yapmasını ifade etmektedir.

⁶⁰¹ Korucu (2014), s. 73.

⁶⁰² Öztürk (2014), s. 141.

Geleneksel yasama anlayışında yasama organına kimsenin emir ve talimat verebilmesi mümkün değildir. Yasama organının genelliği ilkesi uyarınca dilediği konuda düzenleme yapabilmesi mümkündür.⁶⁰³ Yasama organının mutlaklığını ifade eden bu anlayışta ilk kırılma anayasa yargısı ile yaşanmış yasama organı dilediği konuda düzenleme yapma yetkisine sahip olsa da istediği içerikte düzenleme yapamaz hale gelmiştir. Yasama organının mutlaklığında ikinci kırılma noktası ise yasama organının harekete geçme konusundaki takdir serbestliğinde yaşanmıştır. Günümüzde artık yasama organının yasama yetkisini kullanıp kullanmamakta takdir yetkisi de mutlak olmaktan çıkmış ve bu bağlamda da yasama organının yasama faaliyetlerinden sorumsuzluğu paradigması çökmüştür.⁶⁰⁴

Anayasaya uygunluk denetiminin tarihsel süreç içerisinde kat ettiği ilerleme ile birlikte anayasaya uygunluk denetimi kanun koyucunun olumsuz davranışlarını da kapsar hale geldiği söylenebilir. Yasama yetkisinin Anayasaya ve Anayasanın öngördüğü esaslara uygun aynı hukuksal durumda bulunanlara aynı olanaklar sağlayacak ve onları kavrayacak biçimde eşitlik ilkesine göre kullanılması gerekmektedir.⁶⁰⁵ Ancak zaman zaman bu yetkinin kullanılmasında sapmalar olabilmektedir.⁶⁰⁶ Bu sapmalar neticesinde, kanun koyucunun düzenleme yapma yükümlülüğünü kasten ya da ihmal yoluyla yerine getirmemesi, “yasama ihmali” adı verilen kavramı ortaya çıkarmaktadır.

Doktrinde henüz “yasama ihmali” kavramının anlamını ve içeriğini tam olarak belirleyecek biçimde ele alınıp değerlendirilmediği söylenebilir.⁶⁰⁷ Şirin’e göre Anayasaya aykırılıklar, yasama organı açısından bir kanun çıkarmak yoluyla icrai bir hareketin sonucunda ortaya çıkabileceği gibi bir kanunun çıkarılmaması suretiyle ihmali olarak da ortaya çıkabilmektedir.⁶⁰⁸ Yasama ihmallerini mutlak ihmaller ve nispi ihmaller olarak ikiye ayırarak inceleyen Şirin’e göre, yasama organının ihmallerinin anayasaya aykırılık yaratacağı açıktır. Anayasanın üstünlüğünün söz

⁶⁰³ Anayurt (2022), s. 843.

⁶⁰⁴ Anayurt (2022), s. 843.

⁶⁰⁵ Yancı Özalp (2018), s. 248.

⁶⁰⁶ Aliefendioğlu (1996), s. 292-293.

⁶⁰⁷ Türk Anayasa yargısında yasama ihmali sorunları hakkında hazırlanan bir rapor için Bkz: XIV. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Yargısında Yasama İhmali Sorunları Türkiye Raporu, https://www.confueconstco.org/reports/rep-xiv/report_Turkey_tu.pdf E.T: 17/08/2023.

⁶⁰⁸ https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri E.T: 17/08/2023.

konusu olduğu bir hukuk düzeninde tüm anayasaya aykırılıkların yargısal denetime tabi olması gerekmektedir.⁶⁰⁹ Anayasa Mahkemelerinin temelde yasama organı tarafından yapılan düzenlemelerin üst norm niteliğinde olan anayasaya uygunluğunu denetlemekle yetkili oldukları söylenebilir. Bununla beraber yasama organının bir konu ile ilgili yasal düzenleme yapması gerekirken bu düzenlemeyi yapmaması halinde de denetim yapılabilmesi mümkündür. Şirin’e göre; “Anayasanın üstün olduğu bir hukuk düzeninde, tüm anayasaya aykırılıkların yargısal denetime tabi olması beklenir. Fakat anayasa hükümleri çoğu kez bunu sağlayacak kapsamda değildir. Bu, yasama ihmalleri yönünden fazlasıyla böyledir. Genç bir hukuk dalı olarak anayasa hukukunda konsantrasyon, icrai hareketlere yoğunlaşmış, ihmaller göz ardı edilmiştir. Fakat yine de anayasaların mevcut hükümleri veya içtihadi dinamizm, bu eksikliği tamamlayabilmektedir.”⁶¹⁰

Şirin’in bu sınıflandırmasına göre mutlak yasama ihmali, mevcut herhangi bir düzenlemenin söz konusu olmadığı hallerde geçerli olmaktadır. Bu düzeydeki yasama ihmallerinin anayasal denetimi ile ilgili anayasada açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Şirin’e göre Anayasa Mahkemesi bu yönde bir değerlendirme yapsa da mutlak yasama ihmali söz konusu olduğunda iptal kararı veremeyecektir. Anayasa Mahkemesi yalnızca karar gerekçesinde bu konuya yer verebilecek olup ayrıca bireysel başvuru ile önüne gelmesi halinde ihmalleri tespit edebilecektir.⁶¹¹ Benzer bir biçimde Tanör/Yüzbaşıoğlu da yasama organının hiçbir düzenleme yapmaması durumunda ortada bir kanun olmadığı için Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin söz konusu olmadığını belirtmiştir.⁶¹² Ancak konu nispi ihmaller olduğunda durum farklılaşmaktadır. “Bir normun “var” olduğu ancak yasama ihmalinden dolayı anayasanın gerektirdiği koşullarda nispeten eksiklikler bulunduğu hallerde, yapma ve yapmama sorunu görece hâle gelmektedir. Bu bakımdan yürürlükteki düzenlemenin bünyesindeki ihmallerin tespit edilmesi, söz konusu düzenlemenin iptaliyle birlikte mümkün olabilmekte ve ihmal belirlemesi ile iptal ayrılmaz biçimde kaynaşmaktadır. Dolayısıyla söz konusu belirleme, nispi ihmaller açısından kategorik olarak doğru

⁶⁰⁹ https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri E.T: 17/08/2023.

⁶¹⁰ https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri E.T: 17/08/2023.

⁶¹¹ https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri E.T: 17/08/2023.

⁶¹² Bülent Tanör & Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 569.

kabul edilemeyecektir.”⁶¹³ Nispi ihmallerin söz konusu olduğu hallerde Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verebilmesi mümkün hale gelmektedir.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesine yönelik yargısal aktivizm sebebiyle getirilen eleştirilerin genel olarak yasama ihmaline karşı Yüksek Mahkemenin takındığı tutumdan kaynaklanmadığı söylenebilir. Yancı Özalp’e göre Türk Anayasa Mahkemesine aktivist olduğu yönünde getirilen eleştiriler, Anayasa Mahkemesinin, yasama organının siyasal tercihlerini yansıtan yasaların geçersizliğine hükmederken zaman zaman kendi siyasal tercihlerini yasama organının tercihlerinin önüne geçirmekte olduğu iddialarından kaynaklanmaktadır.⁶¹⁴ Bu bağlamda yasama ihmalinin yargısal aktivizm kavramı ekseninde değerlendirmeye tabi tutulmadığı için bu tutumun yargısal aktivizm olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasında doktrinde bir uzlaşının bulunduğundan da söz edilemeyecektir. Ancak Anayasa Mahkemesinin Anayasada açık bir şekilde düzenlenen yetkilerinin dışına çıkarak, Anayasaya açık aykırılığın bulunmadığı hallerde, birtakım eksikliklerden yola çıkarak içtihadi bir biçimde yasama ihmallerine karşı iptal yaptırımını uygulamasının aktivist bir tutum olduğu söylenebilir.

Yasama ihmali, temel olarak eksik bir düzenleme bulunmasından kaynaklanmaktadır. Tanör/Yüzbaşıoğlu, eksik düzenlemeyi iki boyutlu bir şekilde değerlendirmektedir. Kanunla konunun yeterli açıklığa kavuşturulamaması, eksik düzenlemenin bir boyutunu oluştururken eksik düzenlemenin ikinci boyutu Anayasanın öngördüğü, düzenlenmesini zorunlu kıldığı bir konudaki boşluk olarak ifade edilebilir.⁶¹⁵ Bunun yanında Anayasa Mahkemesinin kararları da göz önünde bulundurularak eksik düzenlemeye üçüncü bir boyutun eklenebilmesi mümkündür. Bu boyut, yasal düzenleme ile kimi kişi veya durumların kapsam dışında bırakılması şeklinde açıklanabilir.⁶¹⁶ Yasama ihmali karşısında Anayasa Mahkemesinin farklı kararları bulunmaktadır. Hem 1961 Anayasasının hem de 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde verilen farklı kararların bulunduğu ifade edilebilir. Bu bağlamda söz konusu kararların değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

⁶¹³ https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri E.T: 17/08/2023.

⁶¹⁴ Yancı Özalp (2018), s. 248

⁶¹⁵ Tanör & Yüzbaşıoğlu (2018), s. 569.

⁶¹⁶ Yancı Özalp (2018), s. 249.

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, kanundaki eksik düzenlemeyi Anayasaya aykırı saymayan bir içtihat geliştirdiği görülmektedir.⁶¹⁷ Anayasa Mahkemesi, bu dönemde vermiş olduğu bir kararda;

“3008 sayılı İş Kanununun 1 inci maddesinin birinci fıkrasında, bir iş yerinde bedenen veya bedenen ve fikren çalışanlar, bu kanunun uygulanması bakımından işçi sayılmakta ve buna göre yalnız fikri çalışma yapanlarla fikri çalışanları bedeni çalışmalarından üstün olanlar kanunun uygulama alanının dışında kalmaktadır. Meselenin yalnız bu açıdan ele alınması, ilk bakışta konuda bir adaletsizliğin ve eşitsizliğin bulunduğu iddiasının yerinde olduğu düşüncesini akla getirebilir. Ancak bu durumun, Anayasa'ya aykırılık haliyle karıştırılmaması gerekmektedir. Zira bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun iddia edilebilmesi için, söz konusu hükmün metin olarak, Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural koymuş olması gerekir İş Kanununun söz konusu 1 inci maddesinin birinci fıkrası ise, bir iş yerinde bedenen veya bedenen ve fikren çalışan kimseye işçi adını vermektedir. Anayasa'da bu durumda olan kişilerin işçi sayılamayacağı hakkında bir hüküm bulunmadığına göre bu fıkranın Anayasa'ya aykırılığı söz konusu edilemez. Her ne kadar bu fıkra, bir iş yerinde sadece fikir çalışması yapanların veya fikir çalışmaları beden çalışmalarından üstün olanların durumu hakkında bir hüküm koymamak suretiyle bunları kendi alanı içine almamış ise de bu durum Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyip, fıkra hükmünün bu bakımdan eksik olduğunun ileri sürülmesini mümkün kılabilir. Nitekim durumun bu özelliği, davacı tarafından da görülmüş olacaktır ki bu konudaki istem (..... 1 inci maddenin birinci fıkrasının, diğer işçileri de şümulüne alacak şekilde tâdil edilmesi için iptali gerekmektedir) şeklinde ifade edilmiştir. Halbuki Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir kanun hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebilir, yoksa bir hükmün, uygulama alanının genişletilmesi amacı ile, değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Zira bu yolda bir istemde, söz konusu hükmün iptali değil, daha geniş bir alana yayılmak suretiyle uygulamada kalması amacı bulunmaktadır ki bu suretle istemin kendisi dahi, mevcut hükümde Anayasa'ya bir aykırılık değil, ancak, davacının düşüncesine göre, bir eksikliğin bulunduğunu ifade etmiş olmaktadır.” ifadelerine yer vermiş ve iptal istemini reddetmiştir.⁶¹⁸

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararda metnin lafzi olarak anayasaya aykırı olmadığını belirtmiş bunun yanında İş Kanununun ilk kez kabul edilirken kanun

⁶¹⁷ Yancı Özalp (2018), s. 249.

⁶¹⁸ AYM, E.1963/172, K.1963/244 sayılı, 21/10/1963 tarihli kararı.

koyucunun göttüğü tarihsel amaca da öncelik vermiş ve kanun koyucunun fikir işçilerini İş Kanunu kapsamına almama konusundaki iradesine dayanmıştır. Özetle Anayasa Mahkemesi bu dönemde, kanun koyucunun birtakım kişileri veya durumlar kapsam dışında bırakarak yaptığı düzenlemeleri eksik düzenleme olarak görmüş ancak bu eksik düzenlemelerin iptale konu olamayacağına hükmetmiştir.⁶¹⁹

Anayasa Mahkemesinin yasama ihmali karşısındaki tavrı, 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde verilen kimi kararlarla varlığını sürdürürken kimi kararlarla ise değişikliğe uğramıştır. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki tutumunu sürdürdüğü bir kararda,

“Öncelikle belirtilmesi gereken nokta, bu tür bir gerekçe ile Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmanın mümkün olmadığıdır. Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında açıkça belirtilmiş olduğu üzere Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için bu konunun Yasa Koyucu tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Bu bakımdan eksik düzenleme nedeniyle veya mevcut kuralın uygulama alanına genişletmek amacıyla Anayasa'ya aykırılık iddiası öne sürülemez.”

ifadelerine yer vererek iptal istemini reddetmiştir.⁶²⁰ Anayasa Mahkemesi, imar affi ile ilgili olarak 3290 sayılı Kanun hakkında verdiği kararda da eksik düzenlemeyi kanun koyucunun takdiri kapsamında değerlendirmiş, anayasaya aykırı bir durumun bulunmadığına hükmetmiştir.⁶²¹

⁶¹⁹ Yancı Özalp (2018), s. 252.

⁶²⁰ AYM, E.1988/9, K.1988/28 sayılı, 27/09/1988 tarihli kararı.

⁶²¹ “Olayda, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılıktan değil, sorunu çözmeye yeterli olmayan bir yasa kuralının eksikliğinden (çekme katın kaçak bir bağımsız bölüm durumuna getirilmesinde 2981 sayılı Yasa'dan yararlanmayı sağlayacak bir hüküm bulunmadığı için) söz edilebilir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasa'nın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür eksiklikler yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Anayasa'nın öngördüğü, düzenlenmesini zorunlu kıldığı bir konudaki boşluk, aykırılık oluşturan bir eksiklik sayılarak iptal nedeni yapılmakla birlikte, yasakoyucunun anayasal ilkelere aykırı düşmeyen kimi durumlar ve kimileri için, kimi nedenlerle, kimi düzenlemelere yer vermemesi eksikliği, iptal nedeni kabul edilemez. Yasa maddesine, içindeki kimi sözcükleri ayıklayarak yeni bir kural niteliği vermek Anayasa'ya uygunluk denetimiyle bağdaşmaz. Ayırıklar bu sonucu yaratmadan iptal edilir, bu sonucun doğmaması için de yasakoyucuya süre verilir. Bunun gibi, bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez. Yasakoyucunun dilediği zaman giderebileceği eksik düzenleme, yukarıda belirtilen anayasal zorunluluk dışında, aykırılık oluşturmaz. Eşit durumda olmayanların eşitsizliği, eşitlik ilkesine aykırı düşmeyen, doğal karşılanabilecek yasal bir durumdur.” AYM, E.1988/3, K.1989/4 sayılı, 18/01/1989 tarihli kararı.

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde bazı kararlarında ise eksik düzenlemeyi anayasaya aykırı bulduğu ve iptal kararı verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bazı kişi veya durumları kapsam dışında bırakan eksik düzenleme halinde genel olarak kanun koyucuya müdahalede bulunmamakla birlikte Anayasanın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer verilmemesinin yasal düzenlemeyi anayasaya aykırı hale getireceğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında;

“3086 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasında ise; kıyılarda 'kamu önceliği olan yerler dışında' kalan alanlardan da söz edilerek bu yerlerde plan kararları ile özel yapılanmalara izin verilebileceğine işaret olunmaktadır. Anayasa'nın 43. maddesinin ikinci fıkrasında kıyılarla sahil şeritlerinden yararlanmada 'öncelikle kamu yararı gözetilir' denildiğine göre, kıyılardan yararlanmada, kimi kıyı kesimlerini 'kamu yararı önceliği' dışında bırakacak şekilde kamu önceliği olan, olmayan yer ayırımının yapılması olanaksızdır. Kaldiki, sözü edilen maddenin birinci fıkrasında 'devletin hüküm ve tasarrufu altında' olduğu belirtilen kıyıda özel yapılanmalara izin verilmesi, doğal niteliği bakımından herkesin ortak kullanımına açık bulundurulması gereken bir alanda, Anayasal ilkenin de ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Yukarıda belirtildiği gibi; bu eksikler Anayasa'nın buyruğuna uygun bir düzenlemenin yapılmadığını göstermektedir. Böylece anayasal zorunluğu ortadan kaldıran ve öngörülen sonuçların sağlanmasını engelleyen nitelikteki bu eksiklikler Anayasa'ya aykırılığı oluşturmaktadır.”

ifadelerine yer vererek eksik düzenlemeler sebebiyle Anayasaya aykırılık bulunduğuna hükmetmiştir.⁶²²

⁶²² AYM, E.1985/1, K.1986/4 sayılı, 25/02/1986 tarihli kararı.

4. SONUÇ

Anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanmaktadır. Anayasa yargısı sayesinde, anayasanın üstünlüğü sağlanmakta ve yasama ve yürütme organına karşı anayasal özgürlükler korunabilmektedir. Yargı organları tarafından gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi, yasama organına ait işlemlerin anayasaya göre geçerli olup olmadığını ortaya koyar niteliktedir. Anayasa yargısının doğası itibariyle hukuk ve siyasetin kesiştiği bir alanda yer aldığı söylenebilir. Bu durum, ortaya çıkan problemlerin çözümünü de zorlaştırmaktadır. Yüksek Mahkeme tarafından verilecek bir karar, siyasal alanda doğrudan etkili olabileceği gibi bu kararın sosyal hayata da önemli ölçüde etki edebileceği söylenebilir.

Anayasa yargısı ile ilgili temel tartışma konusu, Yüksek Mahkemenin meşruiyetidir. Bu konuda doktrinde farklı görüşlerin olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme üyelerinin, yargısal denetim aracılığıyla seçilmiş birtakım kişilerin iradelerini etkileyebilmelerinin demokrasi ile ne ölçüde bağdaştığı önemli bir soru işaretidir. Bu bağlamda halkın çoğunluğunun iradesinin aksine verilen kararların meşru kabul edilip edilmeyeceği, üzerinde durulması gereken bir husustur. Günümüzde anayasa yargısının meşruluğu, ilk ortaya çıktığı günden çok daha farklı bir şekilde değerlendirilmektedir. Artık anayasallık denetiminin yalnızca anayasanın üstünlüğünü sağlamanın tek hukuki yolu olmaktan çıktığı ve siyasal sistemlerin temelini oluşturan bir hak ve özgürlükler koruyucusu konumuna geldiği söylenebilir. Anayasa yargısının oluşumuna açıklık getiren en güçlü meşruluk kaynağı ise temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin siyasal iktidar karşısında korunması, anayasa yargısının en önemli meşruluk temelini oluşturmaktadır.

Yargı organlarının gerçekleştirdikleri anayasaya uygunluk denetimi, temelde çoğunluğun sahip olduğu güç ile sınırsız bir güç haline gelmesini önleyici niteliktedir. Üstelik bu denetim, “çoğunluğun” iradesi ile üst bir norm niteliğine kavuşan anayasa hükümleri temel alınarak gerçekleştirilmektedir. Buna ek olarak anayasa yargısının kimi hallerde demokratik değerlerin toplum tarafından daha kolay bir biçimde kabul edilmesini sağlamak gibi olumlu bir fonksiyona sahip olduğu da ifade edilmelidir. Anayasa Mahkemesinin temel görevleri olan temel hak ve özgürlüklerin korunması ve

gücün sınırlanması, ulusal egemenliği koruyan birer faaliyet olarak görülmelidir. Anayasa Mahkemesinin yürüttüğü bu faaliyetler göz ardı edilerek yalnızca “seçim” ve “sandık” gibi kavramlardan yola çıkılarak meşruiyet bakımından yüzeysel bir değerlendirme yapılması isabetli olmayacaktır.

Anayasa yargısının her ne kadar antidemokratik bir kurum olarak nitelendirilemeyeceği söylenebiliyor olsa da Yüksek Mahkemelerin kimi kararları ile demokratik meşruluk bakımından tartışmaların yaşanmasına yol açtıkları söylenebilir. Bu tür kararlar ile anayasa yargısının meşruiyeti çok daha yüksek sesle tartışılır hale gelmektedir. Yargısal aktivizm kavramı da burada Yüksek Mahkemenin, yasama organının siyasal tercihlerini değiştirebildiği, aktif bir yargısal yaklaşım içerisine girdiği ve olağan yargısal denetimin sınırlarının aşıldığı durumları ifade etmek için kullanılmaktadır.

Yargısal aktivizm kavramı ile ilgili temel konu, kavramın tanımı, kapsamı ve sınırları ile ilgili belirsizliktir. Söz konusu kavram kısaca olağan yargısal sınırların aşılması şeklinde tanımlanabiliyor olsa da yargısal sınırların belirsizliği, bir diğer ifadeyle olağan yargısal sınırların ne olduğunun belirsiz olması, yargısal aktivizm kavramını da belirsiz bir hale getirmektedir. Buna göre kavrama getirilen tanım, kavramı açıklamaktan çok, daha belirsiz bir hale gelmesine yol açmaktadır. Yine yargısal aktivizme getirilen tanımların önemli bir bölümünde, yargıçların “siyasal görüşlerine uygun bir biçimde”, “kötü niyetli olarak”, “başka birtakım saiklerle” karar almaları şeklinde çeşitli kriterlerin yer aldığı görülmektedir. Ancak ispatı mümkün olmayan ve soyut birtakım içeriğe sahip olan bu gibi hususlarla da kavramın tanımı ve kapsamı net bir şekilde ortaya koyulamamaktadır.

Doktrinde, olağan yargısal sınırların ne olduğu konusundaki belirsizliği çözüme kavuşturmak adına çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Anayasaya açık aykırılık ölçütü olarak ifade edilebilecek ölçüt ise yargısal sınırların tespiti için en geçerli ölçüt olarak değerlendirilebilecek niteliktedir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin anayasaya açık bir biçimde aykırı bir yasa hükmünü iptal etmesi, olağan yargısal sınırlar içerisinde görülmesi gereken bir durumdur. Anayasaya aykırılık açık bir biçimde belirli olmadığı hallerde verilen kararlar ise kararı veren hâkimlerin siyasal, felsefi, ideolojik düşüncelerinden ve hayat görüşlerinden izler taşımaktadır. Anayasa yargısının bulunduğu bir anayasal sistemde, yargı organlarının anayasada yer alan genel ve soyut

nitelikteki ifadeleri somutlaştırmaları, bu düzenlemelere bir içerik kazandırmaları gerekmektedir. Diğer yargılama türlerinde etkisi fazla hissedilmeyen bu zorunluluk sebebiyle anayasaya uygunluk denetiminde yargısal aktivizm veya yargısal kendini sınırlama şeklinde bir tutum takınılması da bir noktada, kaçınılmaz bir durum halini almaktadır. Anayasaya açık aykırılık ölçütü olarak ifade edilebilecek bu ölçüte göre de aktivizmin yargısal faaliyet içerisinde kaçınılmaz bir durum olduğu ifade edilebilir.

Anayasaya açık aykırılık ölçütünün, yargısal aktivizm kavramının tanımlanması ve kapsamının ortaya koyulması ile yargısal aktivizmin görünüm biçimlerinin üzerinde uzlaşa sağlanacak biçimde belirlenebilmesini sağlayacak bu durumun bir sonucu olarak da beğenilmeyen mahkeme kararları için kullanılan “aktivizm” eleştirisini ortadan kaldıracak nitelikte olduğu söylenebilir.

Yargısal aktivizm kavramının kullanımına ve çağrıştırdıklarına bakıldığında genellikle olumsuz bir anlama gelecek şekilde kullanıldığı ve olumsuz bir çağrışıma sahip olduğu söylenebilir. Yargısal aktivizm her ne kadar olumsuz bir biçimde, yargı kararlarını eleştirmek için kullanılıyor olsa da bazı hallerde gerekli olabilmektedir. Anayasa yargısı organlarının verdikleri kararlar incelendiğinde anayasal demokrasinin gerekleri açısından olumlu ve olumsuz olarak nitelendirilebilecek aktivist nitelikteki kararlara rastlamak mümkündür. Bu durum ise yargısal aktivizmin anayasal demokrasiler için hem bir güvence hem de bir tehdit niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Yargı organları, aktivist bir tutum takınarak bireylere sağlanan anayasal güvencelerin koruyucusu olabilecekleri gibi demokratik karar alma süreçlerinin zarara uğramasına da yol açabileceklerdir.

Türkiye’de anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirmek üzere ilk defa 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Türk Anayasa Mahkemesinin tarihsel süreç içerisinde hemen hemen her dönemde “aktivist” bir tutum takındığı gerekçesiyle eleştirilerle karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Öyle ki, bazı dönemlerde verdiği kararlarla Anayasa Mahkemesinin yasama ve yürütme organları kadar ülke siyasetinde etkin bir rol üstlendiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında, yasama organından gelebilecek birtakım tehditler karşısında bireylerin anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının kendi varlık

nedeni olarak ortaya koyulduğu gör÷lmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi kimi kararlarıyla bunun tam tersi bir tutum takınmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi her ne kadar hem 1961 hem de 1982 Anayasalarının yürürlükte olduğu dönemlerde aktivist bir tutum sergilemiş olsa da bu aktivizmin çoğunlukla temel hak ve özgürlükler lehine olmadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizminin “çoğunlukla” olumsuz bir aktivizm olduğu ifade edilebilir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında aktivist veya kendini sınırlayan bir tavır takınması bir noktada kaçınılmaz hale gelmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu iki uçta yer alan tutumlardan birini istikrarlı bir biçimde benimsemesi ise olumsuz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin burada aktivizm ve kendini sınırlama arasında yapacağı tercihte, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını bir referans noktası olarak hareket etmesi gerektiği söylenebilir.

KAYNAKLAR

- Abdulahakimoğulları, Erdal. & Baykan, Metin. **Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi**, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2012.
- Akça, Kürşat. **Militan Demokrasi Anlayışı Anayasal Boyutu ve Temel Hakların Etkisizleştirilmesi Örneği**, Adalet Yayınevi, 2022.
- Aktaş, Sururi. **Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, 14(1-2).
- Aktaş, Sururi. **Hukukta Yorum Çabaları**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 2011.
- Aksu, Hüseyin. **Teoriden Pratiğe Anayasa Mahkemesi ve Siyaset**, Ekin, 2022.
- Aldaş, Yunus Emre. **1982 Anayasası Başlangıç Kısmı Çerçevesinde Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu**. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Alpbaz, Mustafa Mert. **Kemalist Otoriterlik Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 74(3), 2019.
- Anayurt, Ömer. **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Aral, Vecdi. **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, 2021.
- Arslan, Zühtü. **Anayasa Teorisi**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Aslan, Yılmaz. & Şenyüz, Doğan. **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Atar, Yavuz. **Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması**, Anayasa Yargısı, 25, 2008.
- Barın, Taylan. **Anayasa Yargısının Demokratik Meşruiyeti**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara, 2016.
- Barkow, Rachel. **More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and The Rise of Judicial Supremacy**. Columbia Law Review, 102(2), 2002.
- Barnett, Randy. **Constitutional Cliches**. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 36(3), 2008,
- Benitez, Vicente. & Ortiz, Fabio Enrique Pulido. & Robledo Pablo Rivas. **Defining Judicial Activism: Judicial Activism as the (Im)proper use of Judicial Powers and the Colombian Experience of Judicial Review of Constitutional Amendments**, 2021.
- Butler, Graham. **In Search of the Political Question Doctrine in EU Law**, Legal Issues of Economic Integration, 45(4), 2018.
- Can, Osman. **Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu**, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007.
- Can, Osman. & Şimşek Aktaş, Duygu. **Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(1), 2017.
- Cohen, Harlan Grant. **A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine**, Arizona State Law Journal, 49(1), 2017.
- Cross, Frank. & Lindquist, Stefanie. **The Scientific Study of Judicial Activism**. Vanderbilt Law and Economics Research Paper, 6(23), 2006.

- Çağlar, Bakır. **Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları**, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 5, 1984.
- Çakırcı, Tayyip. **Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmde Negatif Tutumu**, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Çoban, Ali Rıza. **Anayasayı Değiştirme Yetkisi, Sınırları ve Denetimi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Dağ, Mehmet. **Türkiye’de ve İngiltere’de Siyasal Partilerin Ortaya Çıkışı**, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, 4(2), 2012.
- Dede, Kadir. **Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2014.
- Demir, Ömer. & Acar, Mustafa. **Sosyal Bilimler Sözlüğü**, Vadi Yayınları, 2005.
- Dikmen Caniklioglu, Meltem. **Anayasal Devlette Meşruiyet**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.
- Doğan, İlyas. **Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma**, Astana Yayınları, 2023.
- Doehring, Karl. **Genel Devlet Kuramı**, İstanbul: İnkılap Yayınları, 2018.
- Duman, Enis. **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi: Laiklik İlkesi Çerçevesinde Verilen Kararlar Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Dural, Mustafa. & Sarı, Suat. **Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri)**, Filiz Kitabevi, 2011.
- Erdem, Ahmet. **1982 Anayasası'na Göre Siyasi Parti Özgürlüğü**, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Erdoğan, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017.
- Ergül, Ozan. **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Ergül, Ozan. **Berraklaştırılmayan Bir Kavram: ‘Yargısal Aktivizm**. TBB Dergisi, 104, 2013.
- Eroğul, Cem. **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Olağanüstü Yasa Gücünde Kararnamelerin TBMM’ce Onaylanması Sorunu**. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54(4), 1999.
- Evans, Cory E. **A Philosophical Defense of Judicial Minimalism**, City University of New York, 2018.
- Gedik, Ömer. **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Göksu, Hasan Tahsin. **Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Yargısı: Kendini Sınırlama İlkesi (Judicial SelfRestraint)**. E. Yıldırım içinde, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012.
- Gören, Zafer. **Anayasa Yargısı ve Yasama-Türk ve Alman Hukukunda Anayasa Mahkemesi ve Parlamentonun Karşılıklı Etkileşimi**, Anayasa Yargısı, 13, 1996.
- Gören, Zafer. **Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Gözler, Kemal. **Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2023.
- Gözler, Kemal. **Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 61(3), 2006.

- Gözler, Kemal. **Cumhurbaşkanının Seçimi Konusunda Zorunlu Bir Açıklama**, Türkiye Günlüğü, 89, 2007.
- Gözler, Kemal. **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2014.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2021.
- Gözübüyük, Şeref. & Tan, Turgut. **İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2013,
- Feyzioğlu, Turan. **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi (Yabancı Memleketlerde-Türkiye’de)**, Güney Matbaacılık, Ankara, 1951.
- Graglia, Lino Anthony. **It's Not Constitutionalism, It's Judicial Activism**, Harvard Journal of Law & Public Policy, 19, 1996.
- Green, Craig. **An Intellectual History of Judicial Activism**. Emory Law Journal, 58(5), 2009.
- Grove, Tara Leigh. **The Lost History of the Political Question Doctrine**, New York University Law Review, 90(6), 2015.
- Gülener, Serdar. **Türkiye’de Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu**, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Gülsoy, Mehmet Tevfik. **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Güneş, Mehmet. **Vesayetçi Demokrasi**, Savaş Yayınevi, 2013.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Seçkin Yayınevi, 2000.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. **İkibinli Yıllarda Militan Demokrasi Anlayışının Güncelliği: Federal Almanya, Avusturya ve Türkiye Örnekleri**, Liberal Düşünce Dergisi, 22, 2001.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. **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, 23(1), 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Hakyemez, Yusuf Şevki. **Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi ve Anayasa Mahkemesi’nin Anayasaya Aykırı İçtihadı**, Liberal Düşünce, 15(57), 2010.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan. **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, 2004.
- Hatch, Orrin G. **The Constitution as the Playbook for Judicial Selection**, Harvard Journal of Law and Public Policy, 32(3), 2009.
- Işıқтаç, Yasemin. & Metin, Sevtap. **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, 2023.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. **Anayasa Yargısı**, İmge Kitabevi, 2007.
- Kanadoğlu, Osman Korkut. **Anayasa Mahkemesi**, Beta Basım, 2004.
- Kapani, Münci. **Politika Bilimine Giriş**, Ankara: Bilgi Yayınları, 2007.
- Karahanoğulları, Onur. **İdarenin Yargısal Denetimine Yönelik Anayasa Değişiklikleri ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi**, Mülkiye Dergisi, 35(270), 2011.
- Karataş, Tuba Dilşat. **Teoride ve Farklı Hukuk Sistemlerinde Hâkimin Hukuk Yaratması**, Adalet Yayınevi, 2023.
- Kaya, Asım. **Amaçsal Yorum**, Ankara Barosu Dergisi, 4, 2014.
- Kaya, Cemil. **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Levha, 2014.

- Kaya, Semih Batur. **Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 2015.
- Kaya, Semih Batur. **Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 32(143), 2019.
- Keskinsoy, Ömer. **Anayasa Değişikliklerine Dair Kanunların Yargısal Denetimine Eleştirel Bir Bakış**, Liberal Düşünce, 16(61), 2011.
- Keskinsoy, Ömer. & Batur Kaya, Semih. **Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum**, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2021.
- Kılınç, Bahadır. **Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa Kavramı ve Yargısal Denetim**, Anayasa Yargısı İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ed.: Mehmet Turhan/ Hikmet Tülen, 2006.
- Kmiec, Keenan. **The Origin and Current Meanings of Judicial Activism**, California Law Review, 92(5), 2004.
- Korucu, Serdar. **Yargısal Aktivizm: Anayasal Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Küçük, Adnan. **Batıda ve Türkiye Örneğinde Yargısal Aktivizm Tartışmaları ve Yargısal Aktivizmin İyi ya da Kötü bir Tutum Olup Olmadığı Meselesi**. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 31, 2017.
- Lawrence, Hayley N. **A Comparative Study of the Political Question Doctrine in the Context of Political System Failures: The United States and the United Kingdom**, Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, 16, 2021.
- Lawson, Garry. **Constitutional Case Against Precedent**. Harvard Journal of Law and Public Policy, 17(1), 1994.
- McCormack, Wayne. **The Political Question Doctrine--Jurisprudentially**, University of Detroit Mercy Law Review, 70(4), 1993.
- Memiş, Emin. **Anayasaya Uygun Yorum**, Filiz Kitabevi, 2007.
- Metin, Yüksel. **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım, 2008.
- Oder, Bertil Emrah. **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınevi, 2010.
- Oğuzman, Kemal. & Barlas, Nami. **Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)**, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Onar, Erdal. **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara Üniversitesi Yayınları, 1993.
- Öden, Merih. **Anayasa Mahkemesi Ve Olağanüstü Hal Ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetim**. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58(3), 2009.
- Özbudun, Ergun. **Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu**. O. Ergül içinde, **Demokrasi ve Yargı**, 2005.
- Özbudun, Ergun. **Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı**, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu Uluslar Arası Sempozyum: Siyasi Partiler ve Demokrasi, 2006.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi**. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 2007.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Özbudun, Ergun. **Anayasalcılık ve Demokrasi**, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Özkul, Fatih. **Anayasaya Uygunluk Denetiminin Amacı Kapsamında, Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği İlkesinin, Anayasa**

- Yargısında Yürürlüğü Durdurma ve Yokluk Kavramlarının Değerlendirilmesi**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6, 2016.
- Öztürk, Fatih. **Karşılaştırılmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun Doktrini Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, Beta Yayınları, 2014.
- Palshikar, Vishwanth Gopal. **Judicial Activism**, Law Review, Government Law College, 7, 2007.
- Perry, Michael J. **Judicial Activism**, Harvard Journal of Law and Public Policy, 7(1), 1984.
- Pettinato, Jared S. **Executing the Political Question Doctrine**, Northern Kentucky Law Review, 33(1), 2006.
- Posner, Richard A. **The Meaning of Judicial Self-Restraint**, Indiana Law Journal, 59(1), 1983.
- Posner, Richard A. **The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint**, California Law Review, 100(3), 2012.
- Ray, Clyde. **John Marshall, Marbury v. Madison, and the Construction of Constitutional Legitimacy**, Law, Culture and the Humanities, 15(1), 2019.
- Philips, Jerry J. **Revisiting Marbury v. Madison**, Tennessee Law Review, 71(2), 2004.
- Sağlam, Fazıl. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararının Partiler Hukukuna Etkisi**, Anayasa Yargısı, 19, 1999.
- Sağlam, Fazıl. **2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Üzerine Sürdürülen Yorum Tartışmalarının Hukuksal Analizi**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aydın Aybay'a Armağan, 6(2), 2007.
- Sağlam, Fazıl. **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2013.
- Sağlam, Musa. **Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında)**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), 2005.
- Sancar, Mithat. **Temel Hakların Yorumu**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1995.
- Sarıca, Ragıp. **Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(3-4), 1942.
- Schwarz, Timothy. **Cases Time Forgot: Why Judges Can Sometimes Ignore Controlling Precedent**, Emory Law Journal, 56(5), 2007.
- Selçuk, Sami. **Ardışık Hukuk Yanılgılarının Tarihe Not Düşen Örneği: AYM'nin 367 Kararı**, Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan. Cilt II. 2008.
- Shaman, Jeffrey M. **The End of Originalism**, San Diego Law Review, 47(1), 2010.
- Stone, Geoffrey R. **Selective Judicial Activism**, Texas Law Review, 89(6), 2011.
- Şahin, Adil. **Burjuvazi ve Bürokrasi Kıskaçında Özgürlük Versus İktidar**, Trabzon: Celepler Matbaacılık, 2018.
- Şemsi, Aytaç. **Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Kararlarının Hukuka Uygunluğu Sorunu**, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- Tanör, Bülent. & Yüzbaşıoğlu, Necmi. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Tavaş, İbrahim Halil. **Türk Anayasalarında Cumhurbaşkanlığı Seçimi**, Yasama Dergisi, (5), 2007.
- Tekin, Abdurrahman. **Olağanüstü Hal Rejimi Hususunda Anayasa Değişikliği İhtiyacı**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2021.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**. Beta Basım Yayım, 2021.

- Turhan, Mehmet. **Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu**, Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Der. Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Naturel Yayınları, 2009.
- Tülen, Hikmet. **Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Sorunu ve Anayasa Mahkemesinin Bu Sorunla İlgili Kararları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(3), 2004.
- Türk, Ender. **Anayasa Yargısında Yargısal Sınırlılık Doktrini**, Yetkin Yayınları, 2023.
- Uluşahin, Nur. **Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması**, Ankara Barosu Dergisi, 66(2), 2007.
- Uzun, Ertuğrul. **Akıl Tutkunu Hukuk**, XII Levha Yayınları, 2010.
- Vergin, Nur. **Siyasetin Sosyolojisi-Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar**, Doğan Yayınevi, 2008.
- Yancı Özalp, Nihan. **Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu**, İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2018.
- Yazıcı, Hilal. **Anayasa Mahkemesi'nin Değişen Rolü: Hegemonyacı Koruma Tezinden Hak ve Özgürlüklerin Korunması Tezine**, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018.
- Yazıcı, Serap. **1982 Anayasası ve Parti Yasakları**. E. Göztepe, & A. Çelebi içinde, Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları, 2012.
- Yıldırım, Turan & Yasin, Melikşah & Kaman, Nur & Özdemir, Halit Eyüp & Üstün, Gül & Okay Tekinsoy, Özge. **İdare Hukuku**, On İki Levha, 2013.
- Yıldızdoğan, Şerife Ilgın. **Anayasa Mahkemesi'nin Yorumlu Ret Kararları**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- Yılmaz, Safiye. **Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Yetkisinin Sınırları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2016.
- Yiğit, Aziz. **Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloğu ve Yargısal Aktivizm**, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Yongalık, Aynur. **İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(1), 2011.
- Young, Ernest. **Judicial Activism and Conservative Politics**, University of Colorado Law Review, 73(4), 2002.

İnternet Kaynakları

- https://www.researchgate.net/publication/353435432_Defining_Judicial_Activism_Judicial_Activism_as_the_Improper_use_of_Judicial_Powers_and_the_Colombian_Experience_of_Judicial_Review_of_Constitutional_Amendments E.T: 10/08/2023.
- <https://turgutcandan.com/2020/12/01/cumhurbaskanligi-kararnameleri-ve-hukuki-niteliği/> E.T: 14/08/2023.
- https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c017/mm_03017156ss0419.pdf.E.T. 21/08/2023.
- https://www.confeuconstco.org/reports/rep-xiv/report_Turkey_tu.pdf E.T: 17/08/2023.

https://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/03/Atipik_OHAL_-KHKleri-1.pdf
E.T: 17/07/2023
https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri E.T: 17/08/2023.
<https://www.sozluk.gov.tr> E.T: 17/08/2023.
<https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri-kitaptan.pdf> E.T: 14/08/2023
https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6261/2017_baskanin_acilis_konusmasi.pdf E.T:
17/08/2023.

Mahkeme Kararları

AYM, E.1963/172, K.1963/244 sayılı, 21.10.1963 tarihli kararı.
AYM, E.1963/173, K.1965/40 sayılı, 26.09.1965 tarihli kararı.
AYM, E.1970/1, K.1970/31 sayılı, 16.06.1970 tarihli kararı.
AYM, E.1970/41, K.1971/37 sayılı, 13.04.1971 tarihli kararı.
AYM, E.1971/1, K.1971/1 sayılı, 20.05.1971 tarihli kararı.
AYM, E.1971/3, K.1971/3 sayılı, 20.07.1971 tarihli kararı.
AYM, E.1972/13, K.1972/18 sayılı 04.04.1972 tarihli kararı.
AYM, E:1973/19, K:1975/87 sayılı, 15.04.1975 tarihli kararı.
AYM, E:1976/38, K:1976/46 sayılı, 12.10.1976 tarihli kararı.
AYM, E:1976/43, K:1977/1 sayılı, 27.1.1977 tarihli kararı.
AYM, E.1977/60, K.1977/81 sayılı 24.05.1977 tarihli kararı.
AYM, E:1977/82, K:1977/117 sayılı, 27.09.1977 tarihli kararı.
AYM, E.1979/1, K.1980/1 sayılı, 08.05.1980 tarihli kararı.
AYM, E.1983/2, K.1983/2 sayılı, 25.10.1983 tarihli kararı.
AYM, E.1985/1, K.1986/4 sayılı, 25.02.1986 tarihli kararı.
AYM, E.1985/659, K.1985/4 sayılı, 01.08.1985 tarihli kararı.
AYM, E.1987/9, K.1987/15 sayılı 18.06.1987 tarihli kararı.
AYM, E.1988/3, K.1989/4 sayılı, 18.01.1989 tarihli kararı.
AYM, E.1988/9, K.1988/28 sayılı, 27.09.1988 tarihli kararı.
AYM, E.1990/1, K.1991/1 sayılı,16.07.1991 tarihli kararı.
AYM, E. 1990/25, K.1991/1 sayılı, 10.01.1991 tarihli kararı.
AYM, E.1991/2, K.1992/1 sayılı, 10.07.1992 tarihli kararı.
AYM, E.1992/1, K.1993/1 sayılı, 14.07.1993 tarihli kararı.
AYM, E.1992/30, K.1992/36 sayılı, 26.05.1991 tarihli kararı
AYM, E.1993/1, K.1993/2 sayılı, 23.11.1993 tarihli kararı.
AYM, E.1993/2, K.1993/3 sayılı, 30.11.1993 tarihli kararı.
AYM, E.1993/3, K.1994/2 sayılı,16.06.1994 tarihli kararı.
AYM, E.1993/4, K.1995/1 sayılı, 19.07.1995 tarihli kararı.
AYM, E.1993/33, K.1993/40-2 sayılı, 21/0.1993 tarihli kararı.
AYM, E. 1994/49, K.1994/45-2 sayılı, 07.07.1994 tarihli kararı.
AYM, E. 1994/82, K.1995/9 sayılı, 15.02.1995 tarihli kararı.
AYM, E.1995/1, K.1996/1 sayılı, 19.03.1996 tarihli kararı.
AYM, E.1996/1, K.1997/1 sayılı, 14.02.1997 tarihli kararı.
AYM, E.1997/1, K.1998/1 sayılı, 16.01.1998 tarihli kararı.
AYM, E.1997/2, K.1999/1 sayılı, 26.02.1999 tarihli kararı.
AYM, E.1999/1, K.2003/1 sayılı, 13.03.2003 tarihli kararı.
AYM, E.1999/2, K.2001/2 sayılı, 22.06.2001 tarihli kararı.

AYM, E. 2002/143, K. 2004/46, sayılı, 31.03.2004 tarihli kararı.
AYM, E.2003/28, K.2003/42 sayılı 22.05.2003 tarihli kararı.
AYM, E.2007/45, K.2007/54 sayılı, 27.06.2007 tarihli kararı.
AYM, E.2007/72, K.2007/68 sayılı, 05.07.2007 tarihli kararı.
AYM, E.2008/1, K.2008/2 sayılı, 30.07.2008 tarihli kararı.
AYM, E.2008/16, K.2008/116 sayılı, 05.06.2008 tarihli kararı.
AYM, E.2010/49, K.2010/87 sayılı 07.07.2010 tarihli kararı.
AYM, Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013.
AYM, E.2016/166, K.2016/159 sayılı, 12.10.2016 tarihli kararı.
AYM, E.2016/167, K.2016/160 sayılı, 12.10.2016 tarihli kararı.
AYM, E.2018/119, K.2020/25 sayılı, 11.6.2020 tarihli kararı,
AYM, E.2021/2 sayılı, 05.01.2023 tarihli kararı.
AİHM, Refah Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 31.07.2001,



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Kocatürk, Halim

Uyruğu : T.C

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek Lisans	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi	Devam ediyor
Lisans	Ankara Üniversitesi	2020

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2022-	Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu	Avukat

Yabancı Dil

İngilizce



