

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

**HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN KANUNLARIN
ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN
YARGISAL DENETİMİ**

Onur SIR

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER

2010

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluđunun Yargısal Denetimi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gűsterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Adı SOYADI

Onur SIR

İmza

ÖZET

Doktora Tezi

**Hukuk Devleti Açısından Kanunların
Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi
Onur SIR**

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Programı

Hukuk devleti bir kavram olarak ilk kez XIX. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte ilke bir siyasal ideal olarak ilkçağlardan beri bilinmektedir. Bugün hukuk devleti, evrensel ilkelerle uyumlu bir anayasanın üstünlüğü ile karakterize edilir. Kavram Almanya’da *Rechtsstaat*, Fransa’da *état de droit*, İngiltere’de *the rule of law* ve Amerikan hukukunda da *due process of law* şeklinde kullanılır. Kavramın Türk hukukundaki karşılığı hukuk devletidir.

XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk devletini gerçekleştirmenin en iyi yolunun yargısal denetim (anayasallık denetimi) olduğu söylenilmektedir. Mukayeseli hukuk açısından yargısal denetim, merkezîleşmiş yargısal denetim ve merkezîleşmemiş yargısal denetim olarak ikiye ayrılır.

Merkezîleşmiş yargısal denetimde, anayasallık uzman bir mahkeme tarafından sorgulanırken, merkezîleşmemiş denetimde genel mahkemeler bu denetimi yerine getirir. Anayasaya yargısı, iktidarın sınırlandırılmasının ve temel hakların korunmasının anayasal yolu; bireyciliğin ve hukuk güvenliğinin güvencesi; bir toplumsal uzlaşma aracıdır. Ayrıca anayasa yargısının demokratik ilkenin korunmasında da önemli olduğu ifade edilmektedir.

Buna karşılık yargısal denetime ilişkin temel bir itiraz da, demokratlardan yükselmektedir. İtiraz, anayasa yargısının çoğunluk karşıtı bir ilke olması temeline dayanır. Bugün demokrasi, sınırsız bir çoğunluğu değil fakat çoğunluğun sınırlı yönetimini ifade ediyor olması bakımından yargısal denetimin bir çoğunluk karşıtlığını ifade etmesi garip karşılanmamalıdır. Bununla birlikte yargısal denetimin bir yargıçlar hükümetine dönüşmesi de

yargıçların kendi kendilerini sınırlayıcı, hak eksenli yargısal faaliyetleri ile önlenebilecektir.

**Anahtar Kelimeler: 1) Hukuk Devleti, 2) Yargısal Denetim,
3) Anayasanın Üstünlüğü.**

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Constitutional Review of Laws in Terms
of the Rule of Law
Onur SIR

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law
Doctorate Program

The Rule of Law first appeared in the XIXth century as a concept. But as a political ideal it is well known since the first ages. Today, the rule of law is characterised with a supremacy of a constitution, compatible with constitutionalism. The concept is used as *Rechtsstaat* in Germany and as *état de droit* in France, *due process* in the United States and *the rule of law* in Great Britain.

Since the late XXth century, it is supposed to be the best way to realize the rule of law is judicial review (constitutional review). In comparative law, the judicial review of laws is separated into two: The centralized judicial review and the decentralized judicial review.

In the former, the constitutionality is supervised by a special tribunal but the latter, the (un)constitutionality is declared via justice courts. Constitutional review is the constitutional way of restricting the political power and preserving the fundamental rights; the guarantee of the individualism; certainty and the predictability of the law and is an instrument for the social compromise.

The importance of the constitutional review in protecting the democratic principle is also expressed. But an objection against the judicial review is focused on the counter-majoritarian character of the judicial review. Even today, democracy does not mean any unlimited majorities but a government of a restrained majority; thus it is normal for judicial review to be described as counter-majoritarian. However, it is judicial self-restrained and a right-based jurisdiction prevents the judicial review to turn into a juristocracy.

**Key Words: 1) The Rule of Law, 2) Judicial Review,
3) Supremacy of the Constitution.**

**HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN KANUNLARIN
ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ**

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	II
ÖZET	III
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
KISALTMALAR CETVELİ.....	XIV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİNİN TARİHSEL VE KAVRAMSAL KÖKLERİ

I. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNE GÖRE BİÇİMLENEN DEVLET

ANLAYIŞI8

A. HUKUK DEVLETİNE KAVRAMSAL BİR YAKLAŞIM8

1. Hukuk Devletinin Kavramsallaştırılması.....8

2. Kanuna Uygunluk-Anayasaya Uygunluk ve Hukuka Uygunluk Anlamında
Hukuk Devleti13

3. Nasıl Bir Hukuk Devleti16

B. HUKUK DEVLETİ DÜŞÜNCESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ: DOĞAL HUKUKTA

ŞEKİLLENEN HUKUK DEVLETİ21

1. Sokrates'te Bağlayıcı Kanun Düşüncesi21

2. Platon'da Aydınlanmış Despotizm ya da Hukukun Altın Bağı23

3. Aristo ve Kanunun Egemenliği26

4. Helenistik Çağ: Bir Buhran Döneminde Hukuk Devleti28

a. Bireyin Kendi Çıkarımını Korumasının Aracı Olarak Hukuk Kuralları28

b. Stoa Okulu: Evrensel Düzen İçinde Birey29

5. Cicero ve Antikçağdan Ortaçağa Geçiş Sürecinde Hukuk Devletinin Bir Görünümü Olarak Doğal Hukuk Düşüncesi	30
a. Cicero	30
b. Bir İlahi Hukuk Olarak Doğal Hukuk.....	32
c. Grotius ve Akılla Kavranan Hukukun Üstünlüğü	37
6. Kanun Devletinin ve Hukuk Devletinin Ortak Temeli Olarak Doğal Hukuk..	39

II. YASA DEVLETİNDEN ANAYASAL DEVLETE

A. AYDINLANMA: ANAYASACILIĞA İLK ADIMLAR.....

1. Hukuk Devletine Modern Bir Bakış: Doğal Haklarla Ayrılmış ve Sınırlanmış Devlet Kudreti.....	45
a. Leviathan’da Hukuk Devletine Uzanan Yolda Ortak Kavramlar Arayışı	45
b. Doğal Hakların Korunması Aracı Olarak Hukuk Devleti.....	56
c. Genel İrade Kuramında Hukuk Devleti Arayışları.....	62
2. Hukuk Devletinin Temeli Olarak Güvenceli Siyasal Özgürlükler Düzeni	75
a. Despotizmin Karşısında “Yasalı” Yönetim.....	75
aa. Montesquieu’de Kanun Anlayışı	76
ab. Montesquieu'nün Kuramında Kanun Düşüncesinin Yönetim Biçimleri İle Olan İlişkileri	79
ac. Montesquieu’de Kanun ile Tanımlanan Özgürlük	83
b. Montesquieu ve Erkler Ayrılığı	84
3. Kant’ın Kategorik Emperatif’i ya da Normun Ahlaksallığı ile Biçimlenen Hukuk Devleti.....	87

B. POZİTİF HUKUKTA ŞEKİLLENEN HUKUK DEVLETİ.....

1. Hukukî Pozitivizm	93
a. Hukuk Devletini Gerçekleştirme Yöntemi Olarak Hukuki Pozitivizm.....	93
b. Hukuki Pozitivizm Nedir ya da Kanun Gerçekten Kanun mudur?.....	97
c. Keyfi İktidarın Önüne Geçmeyi Mümkün Kılan Hukuki Pozitivizm	101
2. Devletin Hukuku ya da Kanun Devleti	103
a. Hegel’in Işığında Aşkın Devlet Düşüncesine Giriş: Hukuk Devletini Aşkın Devletten Ayıran Nedir?	103
b. Carl Schmitt’in Politik Felsefesinde Devletin Hukuku.....	107

3. Hukuk Devlet Özdeşliği: Hans Kelsen'in Hukuk Devleti Anlayışı ve Anayasa Yargısının Zorunluluğu.....	118
a. Normlar Hiyerarşisi.....	121
b. Kelsen'de Hukuk Kaynaklarının Plüralizmi Yahut Hukuk Devlet Özdeşliği.....	124
c. Anayasanın Üstünlüğü, Bağlayıcılığı ve Anayasaya Uygunluk Denetiminin Gerekliliği	127

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİNDE ANAYASA YARGISINI ZORUNLU VE MUTLAK BİR YETKİ OLARAK DOĞURAN OLGUSAL VE KURAMSAL TEMELLER

I. AŞKIN DEVLET – ARAÇ DEVLET ÇIKMAZINDA BİR ANAYASA DÜZENİYLE TEŞHİS EDİLEN HUKUK DEVLETİ:

ANAYASAL DEVLET	133
II. SİYASAL DÜZENİN KURULMASI VE SÜRDÜRÜLMESİ.....	140
A. İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI YOLUYLA TEMEL HAKLARIN GÜVENCELENMESİ DÜŞÜNCESİ.....	141
B. BİREYCİLİK İLKESİ.....	146
C. HUKUK İLE SAĞLANAN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK: HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ	150
D. ORTAK BİR HUKUK ÜZERİNDE UZLAŞAN TOPLUMUN VARLIĞI.....	152
E. RASYONEL TOPLUMUN SEKÜLER AHLAKI OLARAK MODERN HUKUK DÜŞÜNCESİ	154
F. HUKUK İLE GÜVENCELENEN DEMOKRATİK İLKE.....	155
III. HUKUK DEVLETİNİ KURAN BİR YETKİ OLARAK ANAYASA YARGISININ ERKLER ARASINDAKİ YERİ.....	159

IV. ÖZGÜRLÜKÇÜ BİR HUKUK SİSTEMİNDE YASAMANIN VE YARGININ ORTAK ROLÜ	166
A. DICEY’NİN HUKUK DEVLETİ ANLAYIŞI VE YARGISAL YASAMA DÜŞÜNCESİ	168
B. HAYEK’İN HUKUK DEVLETİ ANLAYIŞI VE KENDİLİĞİNDEN DÜZEN.....	173
1. Hayek’in Hukuk Devleti Anlayışı.....	173
2. Kendiliğinden Düzen: Eleştirisel Akıl Kurucu Akla Karşı ya da Liberal Geleneğin İki Yüzü	177
3. Kendiliğinden Düzenin Bir Unsuru Olarak Yargı: Liberal Hukukun Üretilmesi Sürecinde Yargının Vazgeçilemez Konumu.....	183
C. FULLER VE RAZ’DA HUKUK DEVLETİNİN GEREKLERİ.....	190
1. Lon Fuller ve Hukukun İç Ahlaksallığı	190
2. Joseph Raz ve Hukukta Değer	192

V. ANAYASACILIK VE YASAMA YETKİSİNİN

SINIRLILIĞI DÜŞÜNCESİ

A. ÇOĞUNLUĞUN SINIRLANDIRILMASIYLA TEŞHİS EDİLEN DEMOKRASİ İLKESİ VE YARGISAL DENETİM	194
B. YARGISAL DENETİMİN MEŞRULUĞU SORUNU	203

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU SAĞLAMANNIN YARGISAL VE KURUMSAL GÜVENCELERİ

I. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU SAĞLAMANNIN YOL VE YÖNTEMLERİ.....	211
A. SİYASAL DENETİM	212
B. YARGISAL DENETİM.....	213
1. Yargısal Denetim Kavramı	214
2. Yargısal Denetimin Tarihsel Arka Planı	218
a. 1610 Tarihli Doktor Bonham Kararı.....	218
b. Marbury V. Madison Kararı	221

c. Türkiye’de Anayasa Yargısı Yolunda İlk Adımlar	227
ca. Cumhuriyetten Önce	228
cb. Cumhuriyet Döneminde Kanunların Anayasa Uygunluğunun Yargısal Denetimi Yolunda Adli Yargıda Atılan Adımlar	229
cc. Yerel Mahkeme Yüksek Mahkemeye Karşı	231
cd. Danıştay’ın Değerlendirmesi	234
ce. Doktrindeki Tartışmalar	236
cf. Yasal Düzenleme Girişimleri	239
II. YARGISAL DENETİMİN KONUSU OLARAK KANUN.....	242
A. KANUN KAVRAMININ BELİRLENMESİNDE ESAS	
ALINAN ÖLÇÜTLER.....	243
1. Maddi Ölçüt	243
2. Şekli Ölçüt.....	244
B. ANAYASA MAHKEMELERİ TARAFINDAN KANUNLARIN YANISIRA DENETLENEN DİĞER NORMLAR	246
1. Genel Olarak	246
2. Türkiye’de Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi.....	249
C. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KRİTERİ: ANAYASALLIK BLOKU	262
1. Denetimin Genel Ölçütü Olarak Anayasa.....	262
2. Uluslararası Hukuk	265
a. Hukukun Genel İlkeleri	268
b. Uluslararası Andlaşmalar	270
3. Anayasa Mahkemesi Kararları.....	271
III. KANUNLARIN YARGISAL DENETİMİNDE KABUL EDİLEN SİSTEMLER	274
A. ÖNCEDEN DENETİM (A PRIORI DENETİM) – SONRADAN (A POSTERIORI DENETİM)	275
1. Önceden Denetim ve Fransa Örneği	275
2. Sonradan Denetim ve Macaristan Örneği	282

B. KANUNLARIN YARGISAL DENETİMİ MODELLERİ.....	284
1. Amerika Modeli: Yaygın Denetim.....	285
a. Norveç	286
b. Brezilya	286
d. Finlandiya.....	288
e. Yunanistan.....	288
f. Meksika.....	290
2. Avrupa Modeli: Merkezi Denetim	291
a. Genel olarak	291
b. Kelsen Modeli Anayasa Yargısı.....	294
ba. Avusturya	295
bb. Almanya	299
bc. İtalya.....	303
c. Türkiye	308
ca. Türk Anayasa Mahkemesinin Yapısı, Görev ve Yetkileri	308
cb. Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması	311
C. YARGISAL DENETİM YOLLARI	314
1. Soyut Norm Denetimi: Dava Yolu.....	315
a. Genel Olarak.....	315
b. 1982 Türk Anayasası’na Göre Soyut Norm Denetimi	317
2. Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu.....	318
a. Genel Olarak.....	318
b. 1982 Türk Anayasası’na Göre Somut Norm Denetimi.....	321
3. Anayasa Şikâyeti.....	322
a. Genel Olarak.....	322
b. Türk Anayasal Düzeninde Anayasa Şikâyeti.....	331
IV. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ	
SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	
VE ETKİLERİ	334
A. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ	
SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ	335

1. Ret Kararları.....	335
a. İlk İncelemeden Ret.....	335
b. Esastan Ret.....	335
c. Şekil Açısından Ret.....	336
d. Anayasaya Uygun Yorum ya da Yorumlu Ret Kararı	337
2. Kabul Kararları.....	343
a. İptal Kararları	343
b. İhmal Kararları	344
3. Yokluk Kararı.....	350
4. Parlamentoya Çağrı Kararları	357
5. Yürürlüğün Durdurulması Kararı.....	358
6. Değerlendirme.....	364
B. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ	
SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ ETKİSİ.....	367
1. Kararların Kesinliği.....	367
2. Kararların Bağlayıcılığı.....	369
3. Hüküm ve Sonuçları Bakımından Anayasa Mahkemesi Kararları: Inter Partes mi Erga Omnes mi?.....	374
4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geçmişe Yürütülebilmesi Sorunu	375
V. ÇAĞDAŞ HUKUK DEVLETİNİN İŞİĞİNDA YARGISAL DENETİMİ	
YENİDEN DÜŞÜNMEK.....	379
SONUÇ.....	387
KAYNAKÇA	400

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
A.B.D.	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
bkz.	: bakınız
BVerfGG	: Bundesverfassungsgerichtsgesetz
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DDDGK	: Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu
Der.	: Derleyen
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEÜSBE	: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Dn.	: Dipnot
E. T.	: Erişim Tarihi
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EJLS	: European Journal of Legal Studies
EÜİTBF	: Ege Üniversitesi İktisadi Ticari Bilimler Fakültesi
gbi.	: geniş bilgi için

GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
HD	: Hukuk Dairesi
HFSA	: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
hk.	: hakkında
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜSBE	: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K. T.	: Karar Tarihi
K.	: Karar
KHukA	: Kamu Hukuku Arşivi
m.	: madde
MÜİFV	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı
RG	: Resmi Gazete
S. K.	: sayılı Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
ss.	: sayfaları arasında
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
t.	: tarihli
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TODAİE	: Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Yay.	: Yayını – Yayınları – Yayınevi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Hukuk devleti, kanunların yönetilenleri ve yönetenleri bağladığı bir devletin düzeni olarak ifade edilebilir. Bu anlamıyla hukuk devleti XIX. yüzyılın bir ürünüdür; fakat yapıtaşları ilkçağlardan itibaren oluşturulmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda hukuk devletinin ilk görünüm biçiminin ve çekirdeğinin “üstün yasa” düşüncesi ile belirdiğı söylenebilir. Bu “üstün yasa” fikri ilk kez eski Yunan’ın mekânında bir “doğal hukuk” düşüncesi şeklinde ortaya çıkmıştır. Eşyanın tabiatından kaynaklanan kurallar olarak doğal hukuk, ataların sözlerinden kaynaklanabileceğı gibi Tanrı’dan da, insan aklından da kaynaklanabilir. Kaynağı ne olursa olsun yazılı olmayan bir hukuk olarak doğal hukuk, hukukun ahlak ile birlikte düşünüldüğü ve yürürlükteki düzeni hukuksallaştıran ve meşrulaştıran bir işlev yerine getirir.

Doğal hukuk, doğal hukuka uygun biçimde ortaya konulmuş olan kanunlar düzeni ile tanımlanan hukuk devletinin olduğu kadar; hukuk düzenini sadece kanunlardan ibaret görmeyen, “hukukun üstünlüğü ve yönetimi” anlamında bir hukuk devletinin de temelini teşkil eder. Bugün doğal hukukun, hukuk devletini ve onun unsurlarını üstün bir insan hakları düşüncesi bağlamında şekillendirdiğı söylenebilir. Buna karşılık hukuk devleti bir pozitif hukuk düşüncesi içinde anlamlandırılır. Herhâlde bu “kanuncu” bir yaklaşımdır. Ancak kanun kavramının neyi ifade ettiğı tartışılmaz değildir. Bu açıdan tarihsel süreç içinde kanun, başlangıçta tabiat kanunları ile birlikte ele alınmış, daha sonra hukuk dışı unsurlardan arındırılarak saf hukuksal bir metin formunda algılanmıştır. Bu sefer de “saf kanun” münhasıran halkın iradesi ile özdeşleştirilmiş ve toplumların özgürlük mücadelelerinin itici gücü olan Parlamentoların iradesine indirgenmiştir. Özellikle Fransa’da kanun en üstün ilke olarak doğal hukukun en yetkin ifadesi olarak algılanmış ve kanun koyucunun üstün iradesi olarak takdis edilmiştir.

Ancak özellikle İkinci Dünya Savaşı’nın ağır sonuçları, uzun zamandan beri bir devlet yetkisi olduğu tartışmasız biçimde kabul edilen “hukuku üretmek” yetkisinin münhasıran tek bir devlet organı eliyle değil fakat birçok devlet organı eliyle kullanılması gerektiğı yönündeki düşüncelerin de yaygınlaşmasına katkı sağlamıştır. Böylece kanun, sadece şekli anlamıyla değil fakat maddi anlamıyla da

ele alınmış; yasamanın yanında idarenin ve bilhassa yargı organlarının hukuk üretmek yetkisi aktif biçimde kullanılmaya başlanmıştır.

Kanun kavramının anlam ve bağlamındaki bu gelişim ve değişim hukuk devletinin de anlam ve bağlamını sıkı biçimde ilgilendirmektedir. Buna göre hukuk devleti, kanuncu bir bakış açısı içinde katı bir prosedüralizm ile hukuku önceleyen bir yaklaşım ve sosyal gelişmelerin de etkisiyle maddi değerlere atıf yapan bir yaklaşım arasında farklı biçimlerde algılanabilir. Bununla birlikte “liberal bir kurum olarak” hukuk devleti, asgari ve zorunlu bir maddi içeriğe sahip olan usuli birtakım güvencelerden ibarettir, demek hatalı değildir.

Bu güvenceler farklı zamanlarda farklı biçimlerde ifade edilebilir ve hukuk devletinin gerekleri birkaç maddeden birkaç yüz maddeye kadar çıkartılabilir. XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk devletini anlamlandıran ve “değer”lendiren, anayasa yargısı olmuştur.

Bu çalışmanın konusunu da hukuk devletini gerçekleştiren ve güvenceleyen bir araç olarak anayasa yargısının temel işlevi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, teşkil etmektedir. Bu sebeple çalışmanın başlığı “*Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*” olarak tespit edilmiş; çalışma ile kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi kurumuna hukuk devleti açısından bir yaklaşım sergilenmesi hedeflenmiştir.

Anayasal düzenler içinde farklı yetkilerle donatılan anayasa yargısı organlarının yetki ve görevleri arasında ortak olanı, kanunların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmektir. Böylece asgari düzeyde kanunların egemenliği ile betimlenen bir hukuk devletinin unsurları, kendi içinde uyumlu ve ortak değerlere yönelik bir bütün inşa etmek için elverişli birer araç haline gelmiş olacaktır. Bunun diğer bir ifadesi, anayasa yargısının kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle hukuk devletinin kurulmasında ve korunmasında önemli bir role sahip bulunduğuudur.

Bununla birlikte “kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile anayasayla uyumlulaştırılan kanunlar devleti” her zaman bir hukuk devletini ifade etmez. Diğer bir ifadeyle, anayasa yargısı hukuk devletinin belki temel bir şartıdır ancak bu kurum, anayasacılık felsefesinin gereklerinden uzak bir anayasal düzen içinde hukuk devletinin tek şartı değildir. Liberal bir toplumun siyasal bir ilkesi

olarak hukuk devleti, kanunların saf hukuksal, genel, soyut metinler olmasını gerektirdiği gibi, anayasaların da ve “düzen”in de liberal değerlerle uyumlu olmasını gerektirir.

Hukuk devletinin liberal bir ilke olduğunu ve Batı'nın kültür dairesinde ortaya çıktığını ifade etmek, Batı'ya, liberalizme ve hukuk devletine güzelleme yapmak değildir. Ancak bir hukuk devletine atıf yapılacaksa bunun unsurlarını ve zeminini doğru biçimde tespit etmek kaygısının bir ifadesidir. Böylece hukuk devletinin bu kültür dairesine ait bir dizi “değer”den bağımsız biçimde ele alınmasının da mümkün olmadığı görülebilir; yahut hukuk devleti onu hukuk devleti yapan ve tarihsel ve kuramsal bir mirasın yan yana getirdiği bir dizi ilkedен bağımsız olarak düşünülürse aslında kendisi olmayan bir şeyden bahsedildiğini kabul etmek gerekir.

Böylece hukuk devleti, bireyci bir toplumsal yapıdan, sınırlı ve keyfi olmayan bir siyasal iktidar fikrinden ve güvencelenmiş, sürekli geliştirilen bir haklar ve özgürlükler düzeninden bağımsız olarak düşünülemez. Aydınlanmanın bir neticesi olarak olgunlaşan bu değerler aynı zamanda modern toplumun da ifadesidir: hukukla düzenlenmiş olan bir (modern) toplumun. O nedenle ki, hukuk devletine anlamını veren anayasal düzen, anılan değerlerin karakterize ettiği bir anayasaya uygunluğun yargısal denetimi aracılığıyla inşa edilir ve yine aynı nedendir ki, hukuk devletinin en temel aracı olan anayasa uygunluk denetimi de tıpkı yasama faaliyeti gibi bu değerler ile karakterize edilmesi gereken bir yargısal faaliyettir.

Böylece yargısal denetim hukuk devletini yaratan, koruyan ve geliştiren bir faaliyet ve hukuk devleti de yargısal denetimi meşrulaştıran ve etkinleştiren bir ilke olarak bir “karşılıklılık” ilişkisi içinde düşünülür. Bu ilişki aynı zamanda bu çalışmanın amacına da işaret etmektedir: Bu çalışma ile güdülen amaç, sadece belli bir anayasal düzene özgü olarak kanunların anayasaya uygunluk denetiminin ne şekilde gerçekleştirildiğini incelemek değildir. Daha ziyade bu çalışma, hukuk devleti ilkesinin tarihsel süreç içinde birbirinden farklı uygulamalar ile karakterize edildiğini fakat son tahlilde bir sınırlı iktidar ve güvenceli haklar düzeni ile teşhis edilen hukuk devletinin bugün -XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren- yargısal denetim ile anlamlandırıldığını kurgulamaktır.

Bu nedenle çalışmamızda vurgu yargısal denetime değil fakat hukuk devletine yapılacaktır ve yine bu nedenle Birinci Bölüm “**Hukuk Devletinin Tarihsel ve Kavramsal Kökleri**” başlığını taşıyacaktır. Bu bölümde önce hukuk devleti kavramının, Almanya’da ve Fransa’da yüklendiği anlam ile Anglo-Sakson geleneğinde neyi ifade ettiğine değinilecektir. Buradaki temel bakış açısı, ortaya çıktığı dönem itibariyle Almanya ve Fransa’da ve bu devletlerin etkisiyle kıta Avrupası hukukunda hukuk devletinin kanuncu bir bağlamda düşünüldüğü; buna karşılık İngiliz ve Amerikan hukuk geleneklerinde hukuk devletinin daha ziyade “geçerliliği yazılı biçimde düzenlenmiş olmasına bağlı bulunmayan üstün bir yasa”ya uygunluk ekseninde ele alındığı fikridir. Bu başlığa yönelik bakış açısını şekillendiren olgu her iki hukuk geleneğinde de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin ortak olduğudur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu denetimin yöntem ve kapsamı, hukuk devletine yüklenen anlama bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir.

Birinci Bölüm, Batı’nın düşünce dünyasına ait olan bir kavramın, hukuk devletinin, olgunlaşmasında bir temel olan doğal hukuk okulunun ve bu okulun belli başlı düşünürlerinin hukuk devleti düşüncesine yaptıkları katkıyı ele alacaktır. Hiç şüphesiz, burada, anılan düşünürlerin bir hukuk devleti kuramcısı olmadıkları daha bu işe girişmeden tespit edilmelidir ancak “üstün bir yasaya uygunluk” fikri doğal hukukçuların hukuk devletine en temel katkısı olmuştur. Bu bölüm, üstün yasanın pozitifleştirilmesi ile modern bağlamına kavuşan kanunun evrimi sürecinin de ana hatlarıyla izleneceği bir bölüm olacak ve kanunun bağlayıcılığı ve kademelenmesi düşüncesiyle anayasal devletin temellerini atan, Avrupa tipi anayasa yargısını inşa eden **Hans Kelsen**’in hukuk-devlet özdeşliği ile anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin incelenmesiyle sona erecektir. **Kelsen**’in bu çalışma için önemi anayasanın üstünlüğü ve normların bir düzen oluşturacak şekilde kademelenmesinin “kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi” düşüncesinin zeminini, iskeletini ve çatısını oluşturmasındadır.

İkinci Bölüm, bir geçiş bölümü olarak tasarlanmıştır. “**Hukuk Devletinde Anayasa Yargısını Zorunlu ve Mutlak Bir Yetki Olarak Doğuran Olgusal ve Kuramsal Temeller**” başlığını taşıyacak olan bu bölüm “kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi hukuk devletini gerçekleştirmenin en etkin aracıdır”

şeklinde özetlenebilecek olan bu çalışmanın ana fikrinin özlüce temellendirilmeye çalışılacağı bir bölümdür.

Bu bölümün ana teması, anayasa yargısının, hukuk devletine paralel olarak, yukarıda işaret edildiği üzere bir dizi temel ilke ve değer üzerinde şekillendiği ve bu ilke ve değerlerden bağımsız biçimde ele alınamayacağıdır. Bu bölümü şekillendirecek olan ana düşünce ise, hukuku üretmek yetkisinin devlete ait olduğu ancak tek bir devlet organına ait olmadığıdır. Bu bağlamda yargı da devlet içinde hukukun üretimi sürecinin vazgeçilemez bir parçasıdır. Daha da doğru bir ifadeyle devletin ortaya çıkış süreci içinde yargı, yürütmeden ve parlamentodan daha fazla ve daha önce bir hukuk yaratmak mercii olarak ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla yargı, hukuk devletinin zorunlu ve mutlak bir işlevidir. Bu önermede yargı, geniş anlamıyla ele alınmaktadır ve bu çalışmanın başlığı itibariyle de daha ziyade anayasa yargısı merkezli düşünülmektedir. Böylece, Diceyci ve Hayekçi bir yaklaşım içinde geliştirilen yargıç yaratısı hukukun da mantıksal bir sonucu olarak yasama yetkisinin sınırlı bir yetki olduğu ileri sürülebilecektir. Yasama yetkisi bir kere, “hukukun genel ilkeleri ile ve anayasacılık felsefesi ile şekillenmiş bir anayasa ile sınırlı bir yetki” olarak tanımlandığında artık rotamızı çizen hukuk devleti gerçek anlamına, “*the rule of law*” (hukukun yönetimi) olmak vasfına da kavuşmuş olacaktır.

Bu aynı zamanda, halkın iradesi ile seçilen vekillerin yaptığı kanunların, atanmış hâkimler eliyle denetlenip, gerektiğinde ortadan kaldırılabileceği şeklinde bir bakış açısını da bize kazandırmış olacaktır ki, Üçüncü Bölüm bütünüyle bu bakış açısı ile kaleme alınacaktır.

“Kanunların Anayasaya Uygunluğunu Sağlamanın Yargısal ve Kurumsal Güvenceleri” başlığını taşıyacak olan Üçüncü Bölüme kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamadaki yegâne denetim yolunun yargısal denetim olmadığı; siyasal denetimin de aynı amaca yönelik olarak kurulduğu ancak yargısal denetimin siyasal denetim karşısında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri eliyle gerçekleştiriliyor olması bakımından ve bir hukuka uygunluk denetimi olması bakımından daha avantajlı olduğu yönündeki görüşlere yer verilerek başlanacaktır. Bu bağlamda yargısal denetim kavramı ve yargısal denetim olgusunun tarihsel evrimi incelenecektir.

Burada 1610 tarihli *Bonham Kararı*'na ve *Madison Kararı*'na değinilecek ve yargısal denetimi doğrudan temel düşünce ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu açıdan ülkemizde de anayasa yargısına ilişkin, 1961 Anayasasıyla bir Anayasa Mahkemesi kurulana kadar, sürdürülmüş olan tartışmalara yer verilecektir. Bu tartışmalar Türkiye'de anayasa yargısına ilişkin devam etmekte olan tartışmaların anlaşılmasında ve bu çerçevede ileri sürülen ve sürülebilecek olan yeni alternatiflerin düşünülmesinde de yararlı olabilecektir. Zira bu bölümde bu doğrultuda, ülkemizde sürdürülmekte olan Anayasa Mahkemesinin kurumsal ve işlevsel olarak yeniden yapılandırılmasına ilişkin tartışmalar da mukayeseli bir yaklaşım içerisinde incelenecektir.

Bundan sonra üçüncü bölümde yargısal denetimin konusu olarak kanun ve kanunun maddi ve şekli anlamları ele alınacaktır. Kanunun kapsamının belirlenmesi, denetimin kapsamının belirlenmesi ile de sıkı bir bağlantı içindedir. Konunun ülkemiz bakımından güncel önemi sebebiyle Anayasa Mahkemelerinin denetleyebileceği diğer normlar ve Türk uygulamasında anayasa değişikliğine ilişkin kanunların anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulup tutulamayacağı ele alınacak ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde gözetilen ölçütler incelenecektir.

Üçüncü Bölüm aynı zamanda kanunlarına anayasaya uygunluk denetimi sistemlerinin mukayeseli olarak farklı anayasal düzenlerden örneklerle ele alındığı bir bölüm olacaktır. Burada önceden denetim ve sonradan denetimden başka, soyut ve somut norm denetimi yolları da incelenecek bu bağlamda Türkiye'deki düzenleme ve uygulamalara da gerektiği ölçüde yer verilerek ülkemizde henüz kabul edilmemiş olan fakat üzerinde ciddi bir tartışmanın yürütüldüğü anayasa şikâyeti müessesesi ele alınacaktır.

Bundan başka, kanunların anayasaya uygunluk denetimi sonucunda mahkemelerin vermiş olduğu kararların hukuki nitelikleri ve etkileri de bu bölümde ele alınacak olan ve konuya bütüncül bir yaklaşım sergilenebilmesi için gerekli olduğu düşünülen bir kısımdır.

Nihayet Üçüncü Bölümün "*Çağdaş Hukuk Devletinin Işığında Yargısal Denetimi Yeniden Düşünmek*" başlıklı son kısmında ise ilk iki bölümde sunulan çerçeve içinde, anayasa yargısının günümüzde hukuk devletini ne şekilde koruyup

geliştirilebileceği sorusu tartışılacak ve anayasa yargısının bu doğrultudaki işlevlerinin hangi kapsam ve anlamda yetkinleştirilmesi gerektiği sorgulanacaktır.

Yargısal denetimi ağırlıklı olarak kanunların anayasaya uygunluğu çerçevesinde ele alacağımız bu çalışmaya egemen olacak bakış açısı hukuk devletidir. Bu çalışmaya bir sav kazandıran ve onu anayasa yargısına ilişkin çalışmalardan ayıran özellik de bu olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİNİN TARİHSEL VE KAVRAMSAL KÖKLERİ

I. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNE GÖRE BİÇİMLENEN DEVLET ANLAYIŞI

A. HUKUK DEVLETİNE KAVRAMSAL BİR YAKLAŞIM

1. *Hukuk Devletinin Kavramsallaştırılması*

Hukuk devleti, hukuki bir kavram olarak kullanılmadan önce pratikte ortaya çıkmış olan bir siyasi idealdir. Bu ideal ilk kez polis devletinin (*Polizeistaat*) karşısı olarak XVIII. yüzyılın sonlarında ve XIX. yüzyılın başlarında Almanya’da kavramsallaştırılmıştır.¹

Yapısında yüksek bir zorlayıcılık potansiyeli taşıyan ve XVIII. ve XIX. yüzyıllarda teknik bir kavram olarak kullanılan polis devletini (*I. Friedrich Wilhelm*’in Prusya’sını) *Cassirer, Kant*’ın kısa yaşam öyküsünü anlatırken “...*demir gibi bir disiplinin, sınırlamalar ve kısıtlamaların hüküm sürdüğü bir ülke*” olarak nitelendirmektedir.² Polis devleti, iktidarın kurumsallaşmasına bağlı olarak hükümdarın şahsen sahip olduğu bir hakka dayanarak gerçekleştirdiği yönetimden yani “mülk devleti”nden farklıdır. Mülk devleti, hükümdarın şahsına bağlı olan ve mülkiyet hakkına dayanan bir yönetimi ifade eder. Bir feodalite mirası olarak mülk devlet, hükümdarın şahsında somutlaşan devletin (siyasi iktidarın) yegâne sınırı olarak bireylerin özel hukuktan kaynaklanmış ve kazanılmış haklarını görür. Buna karşılık polis devleti, hükümdarın yetkilerinin şahsına bağlı olan ve özel hukuktan kaynaklanan haklarına değil fakat bu yetkilerin “devlet” adına kullanılıyor olmasına dayanır. Polis devleti, hükümdarın herhangi bir kural ile bağlı olmadığı devlettir. Bunun diğer bir ifadesi şudur: Polis devleti, hukukun ne olduğuna hükümdarın karar verdiği devlettir. Memurlar, hükümdar tarafından verilen emirlerle bağlı olarak, bu emirlere göre görev yapar ve bu emirlerin yerine getirilmemesi hâlinde de hükümdara karşı sorumludurlar. Hükümdarın emirleri yönetilenler için de

¹ ÇAĞLAR Bakır, *Anayasa Bilimi*, İstanbul 1989, s. 166; DOEHRING Karl, *Genel Devlet Kuramı*, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılâp, İstanbul 2002, s. 209-210; HUBER Ernst Rudolf, “*Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*”, Çev.: Tuğrul Ansay, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 57-81, s. 59; KABOĞLU İbrahim Ö., “*Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi*”, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 89-116, s. 89; ÖKÇESİZ Hayrettin, “*Hukuk Devleti*”, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1998, ss. 17-34, s. 17.

² CASSIRER Ernst, *Kant’ın Yaşamı ve Öğretisi*, Çev.: Doğan Özlem, İnkılâp, 2. Bası, İstanbul 1996, s. 48.

bağlayıcıdır. Polis devletindeki bu yetki toplaşmasının yarattığı yoğun hak ihlalleri karşısında yurttaşların menfaatlerinin korunmasına ilişkin bir yöntem olarak “hazine teorisi” kabul edilmiştir. Hazine teorisi (*Fiscustheorie*) hukuk ile bağlı olmayan hükümdar ve memurlarının eylem ve işlemleri neticesinde hakları ihlal edilen yurttaşların, hükümdarın yanında bağımsız bir kişilik kazanmış olan hazineye başvurarak tazmin edilmesinin yöntemidir.³ Polis devletinin “*Siyasal, ekonomik ve toplumsal yaşam üzerinde, baskıcı bir hükümet denetiminin varlığı ile teşhis edilen ve kamuya açık biçimde düzenlenen hukuki usullerle iş gören idari ve yargısal organların yerine keyfi kolluk yetkilerinin kullanıldığı bir siyasi birim*”⁴ hâline gelmesi; **Chapman**’ın ifadesiyle polis devletinin modern anlamına kavuşması **Hitler** Almanya’ında olmuştur.⁵

Alman hukuk devleti anlayışını ifade eden *Rechtsstaat* katı bir hiyerarşi içinde örgütlenmiş olan ve yurttaşlar karşısında herhangi bir hukuki sorumluluğu bulunmayan idare teşkilatının sahip olduğu yetkilerin yurttaşların özgürlüklerine karşı kullanılmasını önlemek amacını güder.⁶ *Rechtsstaat*; işlevlerini yerine getirebilmek için, yürütülmesi görevini de üstlenerek, bütün kamu organlarını bağlayan “davranış kurallarını” kanunlaştırması ve kendisi için öngördüğü bu düzen kurallarına ek olarak yargılama yetkisine sahip bağımsız bir otorite yaratması bakımından *Polizeistaat*’tan ayrılır. Bu otorite aynı zamanda mevcut kuralların etkinliğini ve etkililiğini tespit etmek konusunda da yetkindir. Bu bağımsız yargısal otorite devlet yetkilerinin kullanıldığı bütün konularda; bütün kamu kuruluşları üzerinde; kamusal organlar arasında meydana gelebilecek bütün yetki uyuşmazlıklarında; devlet-yurttaş arasında ortaya çıkan çıkar uyuşmazlıkları üzerinde yargılama yetkisine sahiptir.⁷

Pozitivist ve kanuncu bir devleti ifade ettiği söylenen, **Rosenfeld**’in “*devletin yetkilerini hukuk yoluyla ve yasallığın genel ilkelerine uygun olarak kullanma*

³ NAGEL Heinrich, “*Judicial Review in Germany*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 3, No. 2, 1954, ss. 233-241, s. 233; ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 123-130; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj, 7. Bası, Ankara 2003, s. 37.

⁴ <http://www.merriam-webster.com/dictionary/police%20state>, E.T.: 14.10.2009.

⁵ CHAPMAN Brian, “*The Police-State*”, Government and Opposition, Vol. 3, Issue 4, 1968, ss. 428-440, s. 432.

⁶ KABOĞLU İbrahim Ö., Anayasa ve Toplum, İmge, Ankara 2000, s. 101, 117.

⁷ CHAPMAN, “*The Police-State*”, s. 430-431; ÇEÇEN Anıl, “*Hukuk Devleti ve Yönetim*”, B. Nuri Esen ARMAĞANI, AÜHFY, Ankara 1977, ss. 111-136, s. 118; İKİNCİOĞULLARI Füzûzan, “*Hukuk Devleti*”, GÜHFD, C. 1, S. 1, Ankara 1997, ss. 29-32, s. 30; GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 36-37.

ödevi”⁸ şeklinde ifade ettiği ilke⁹ -*Rechtsstaat*- bu açıdan parlamentonun üstünlüğünü benimseyen İngiliz ve Amerikan hukuk devleti anlayışıyla ve **Rousseau**’nun güçlü etkisi altındaki klasik Fransız hukuk devleti anlayışıyla (*légalité*) benzeşmektedir.¹⁰

Neuman’a göre hukuk devleti, Alman anayasa hukukunun “*en fazla ihraç edilebilir özelliklerinden birisi*(dir).” Bu nedenle kavram bütün dünya dillerine girmiştir.¹¹ Bununla birlikte hukuk devleti kavramsal olarak hukuk sistemlerinde nüanslı bir kullanıma sahiptir. Hukuk devletinin ne anlama geldiği sorusunun cevabı, konuya sırf hukuksal açıdan ya da politik bir bakış açısıyla bakmakla ve hukuk devleti idealinin usuli bir takım güvencelerden ibaret olup olmadığı konusunda bir tercih yapmakla da ilgilidir.¹²

Alman hukuk devleti anlayışı, devleti ve hukuku iki ayrı olgu olarak ele alır ve devlet yaratacılığı hukuku, devlet organlarının organik ve fonksiyonel ön şartı olarak kabul eder. Devleti hukuktan ayrı bir olgu olarak ele alan düşünceye yönelik en temel itiraz **Kelsen**’den gelmiştir. **Kelsen**, devleti etkin bir hukuk düzeni olarak tarif ederken, hukuku devlet ile özdeşleştirmiş ve saf hukuki bir perspektif yaratmıştır. Devletin hukuk ile özdeşliği düşüncesinin Anglo-Amerikan hukuk devleti anlayışının (*the rule of law*) da öncüsü olduğu ileri sürülmektedir. Zira *rule of law*, devlet ve hukuk arasında, neredeyse bir özdeşlik, olduğunu varsayar. **Barber**’a göre, Anglo-Amerikan devlet anlayışının devleti hukuktan ayrı düşünmesini gerektirecek bir sebep de mevcut değildir.¹³ Bu bakımdan, hukuk sistemini devlet ile aynı anda düşünmek *rule of law* anlayışının *Rechtsstaat*’tan ayrıldığı nokta olmaktadır.

⁸ Yazar “*yasallığın genel ilkeleri*” kavramı ile i. Kanunların geçmişe yürütülmemesini ii. Alenî ve açık olmasını iii. Sürekliliğini iv. Kanun önünde eşitlik ilkesini v. Hukuk devletinin gerekleri içinde düşünülen bir dizi usuli güvenceyi ifade etmektedir. **ROSENFELD** Michel, “*Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 211-255, s. 223.

⁹ Doehring, yukarıda Rosenfeld’den alıntılanan “*yasallığın genel ilkeleri*” kavramını “*temelini yurttaşlarda bulan Hukuk Devleti ifadesi ile kastedilen yasa(ma) devleti*” şeklinde kavramsallaştırmakta ve gereklerini de şu şekilde belirtmektedir: i. İdarenin kanuniliği ilkesi, ii. Kanunun önceliği ve üstünlüğü, iii. İdarenin kanun ile düzenlenecek konularda yetkisizliği kuralı. **DOEHRING**, Genel..., s. 212.

¹⁰ **ÇAĞLAR**, Anayasa Bilimi, s. 166.

¹¹ **NEUMAN** Gerald L., “*Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/ Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 557-574, s. 573. Hukuk devleti için Almanca’da *Rechtsstaat*, İngiltere’de *rule of law*, Amerikan hukukunda *due process of law*, Fransız hukukunda *Etat de droit* kavramları kullanılmaktadır. **DOEHRING**, Genel..., s. 208.

¹² **BARBER** Nicholas, “*The Rechtsstaat and The Rule of Law*”, Toronto Law Journal, Vol. 53, 2003, ss. 443-454, s. 443-445.

¹³ **BARBER**, “*The Rechtsstaat...*”, s. 449-454.

Dolayısıyla Anglo-Amerikan devlet düşüncesinde devletin hukuk ile olan “uyum”undan bahsetmek, Alman devlet anlayışının aksine, gerekli değildir. Çünkü devlet son tahlilde yürürlükteki hukuk düzeninin ta kendisidir.

Fransız hukuk devletini (*état de droit*) *Rechtsstaat*'tan ayıran nokta da yine onun Rousseaucu kanun anlayışına karşı geliştirdiği “tepki”dir. Bu *état legal* karşısına *état de droit*'nın¹⁴ yerleştirilmesidir. **Rousseau**'nun Alman ve Fransız hukuk devleti anlayışının hem ortak hem de ayırt edici noktası olduğunu söylemek bir tutarsızlığa düşmek demek değildir. Mesele daha ziyade millet iradesinin ifadesi olarak anayasanın, kanunlar karşısında ön plana geçmesi ile açıklanabilir. *État de droit*, kavramsal olarak *Rechtsstaat*'ın bir çevirisi olmakla birlikte, kanunların egemenliğinden çok “*Parlamento tarafından yapılan yasalardan kaynaklanan müdahalelere karşı temel hakların garantörü olarak anayasal devlet(i)*” ifade etmektedir. *État de droit*, bütün hukuka değil fakat uygulanma kabiliyetine sahip temel haklara atıf yapar. Böylece Fransız hukuk devleti anlayışı, son tahlilde, kanunların temel haklara uygunluğunu ifade eder ve ancak anayasal denetim ile gerçekleşebilir.¹⁵

Amerika'da hukuk devleti “hukuki usule uygunluk” ilkesi ile (*due process of law*) algılanmaktadır.¹⁶ *Due process of law*, Amerikan Anayasasının 1791 tarihli V. ve 1868 tarihli XIV. Eklerinde düzenlenmiştir. XIV. Ek bütün federe devletler için de bağlayıcıdır. Uygun hukuki usuller izlenmeden hiç kimsenin (yaşam, özgürlük ve mülkiyet) haklarına müdahale edilemeyeceğini düzenleyen ilke, *Magna Carta*'nın “ülkenin hukuku” ve “eşitlerin yargılaması” kuralından kaynaklanmaktadır.¹⁷

¹⁴ *Etat de droit*, Fransız hukuk literatürü için de yeni bir kavramdır. Belirtildiğine göre kavram ilk kez 1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı'nda kullanılmıştır. **KARAYALÇIN**, “*Hukukun Üstünlüğü...*”, s. 127-128.

¹⁵ **ROSENFELD**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 234-238.

¹⁶ Amerikan hukukunda hukukun üstünlüğü anlamında *rule of law* kullanılmakta ise de bu kavram *due process of law* gibi anayasal bir kavram değildir. Bundan başka Yüksek Mahkemenin kararlarında kullandığı ölçüt de *due process of law*'dur. **ALTIPARMAK** Kerem, “*‘Due Process of Law’ Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme*”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, Ankara 1996, ss. 219-250, s. 220.

¹⁷ “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*” <http://www.usconstitution.net/magna.html>, E.T. 13.10.2009.

ABD’de *due process* sadece yaşam, özgürlük ve mülkiyet hakları için değil, anayasada düzenlenmeyen bir dizi hak için de usuli ve maddi güvenceler sağlar.¹⁸ İlke ile yaşam, özgürlük ve mülkiyet dışındaki haklara güvence sağlanması ve ilkenin maddi kapsamının genişlemesi içtihat yoluyla ve tedricen gerçekleşmiştir.¹⁹ Zira başlangıçta ilkenin ilk yargısal uygulaması olan 1857 tarihli *Dred Scott* kararı mülkiyet hakkını yalnızca usuli açıdan, köleliği de içerecek şekilde geniş biçimde ele alması bakımından eleştirilen bir karar olmuştur.²⁰ 1890–1937 yılları arasında *due process*, klasik liberal ekonomik hakları güvenceleyen bir işlev üstlenmiştir.²¹ Yüksek Mahkemenin *due process* ilkesi bağlamında verdiği kararlar, Amerikan hukuku içinde yargısal aktivizm konusundaki tartışmanın da zeminini oluşturmaktadır.²²

Alman, İngiliz, Fransız ve Amerikan hukuk devleti düşüncesi içinde ortak nokta “kanunun ve parlamentonun üstünlüğü”dür. Farklılık, bu üstünlüğün “mutlaklık derecesinden” ve yargı organlarının parlamento karşısındaki statüsünden kaynaklanmaktadır. Gerçekten özellikle Fransa’da ve Almanya’daki teori ve uygulama daha kanuncu, bu açıdan da kanunkoyucunun iradesini daha ön planda tutan bir yaklaşım sergilemekte buna bağlı olarak yargısal içtihadın rolü nispeten ikinci planda kalmaktadır. Buna karşılık İngiltere’de ve Amerika’da hukuk, yargısal içtihat üzerinden inşa edilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hukuk devleti içinde yargının yeri söz konusu olduğunda bugün artık bu hukuk sistemleri arasında esaslı farklılıklardan bahsedilemez. Bugün bütün bu devletler farklı derecelerde de olsa “yargı bağımsızlığı” anlamında bir erkler ayrılığı prensibini ve farklı yöntemlerle de olsa “kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi” anlamında bir anayasaya uygunluk denetimini kabul etmiştir. Bu paralel gelişmenin sağlanmasında bölgesel bir etken (İngiltere, Fransa ve Almanya bakımından) Avrupa

¹⁸ Mahkemenin *due process* ilkesinden hareketle içtihatla yarattığı başlıca haklar şunlardır: kanıt ve belge sunma hakkı, bildirimde bulunulma hakkı; karşı tarafın tanığına soru sorma ve diğer uygun yollarla iddia veya kanıtı çürütme hakkı, kararın sadece duruşma tutanaklarında mevcut kanıtlara dayanması hakkı. **KIRATLI** Metin, “*Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler*”, AÜSBFD, C. 37, S. 3-4, 1982, ss. 125-129, s. 129.

¹⁹ **ÖZCAN** Mehmet Tevfik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, XII Levha, İstanbul 2008, s. 203-206.

²⁰ Kararın özeti için bkz. **ALTIPARMAK**, “*‘Due Process of Law’...*”, s. 225-227.

²¹ **NEUMAN**, “*Amerika’da...*”, s. 567.

²² **ÜSREŞLER** Aysun, *Amerika Birleşik Devletlerinde Yargıçlar Hükümeti*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, Frankfurt 1992, s. 42-57.

Birliği ve hukuku ise diğer ve daha genel bir etken de “insan haklarının evrenselliği” prensibi olmaktadır.

Türkçe’de hukuk devleti, *Rechtsstaat* ve *the rule of law* kavramlarını karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Bundan başka Türk siyaset ve hukuk literatüründe hukuk devleti, hukukun üstünlüğü kavramı ile aynı anlama gelecek şekilde; siyasi iktidarın, insan hak ve özgürlüklerine dayanan temel hukuk ilkelerine bağlılığını ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır.²³ **S. S. Onar**, önceleri hukuka bağlı devlet ifadesini kullanırken, sonraki yıllarda hukuk devleti ifadesini benimsemiştir. **Özçelik** ve **Armağan** bu etkiyle hukuka bağlı devlet ve hukuk devleti kavramlarını birlikte kullanmıştır. **Feyzioğlu**, **Balta** ve **Kubalı** da hukuk devleti terimini kullanan yazarlardır. Bugün artık anayasa hukuku literatüründe hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramları aralarında bir ayırım bulunmadan kullanılmaktadır.²⁴

2. Kanuna Uygunluk-Anayasaya Uygunluk ve Hukuka Uygunluk Anlamında Hukuk Devleti

Hukuk devletinin üç kademeli bir anlama sahip olduğu söylenebilir: kanuna uygunluk, anayasaya uygunluk, hukuka uygunluk.²⁵ Belirtildiği gibi, idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna uygun olması anlamında kanunilik ilkesi ve bu eylem ve işlemlerin kanuna uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi anlamında idarenin yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin –modern anlamda- ilk basamağını teşkil eder.²⁶ Bugün de idarenin yargısal denetimi hukuk devletinin gereklerinden biri

²³ **KARAYALÇIN**, “*Hukukun Üstünlüğü...*”, s. 129.

²⁴ **ONAR** Sıddık Sami, *İdare Hukuku*, İÜ Yay., İstanbul 1942, s. 127; **ONAR**, *İdare Hukukunun...*, 1966, s. 139 vd.; **ÖZÇELİK** Selçuk A., *Esas Teşkilât Hukuku Dersleri*, C. I, Umumi Esaslar, İÜHF Yay., İstanbul 1978, s. 219-222; **ARMAĞAN** Servet, *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi*, İÜHF Yay., İstanbul 1967, s. 2; **FEYZİOĞLU** Turhan, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, AÜSBF Yay., Ankara 1951, s. 341-342; **BALTA** Tahsin Bekir/**KUBALI** Hüseyin Nail, “*Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı*”, Çev.: Özer Ozankaya, AÜSBFD, C. 15, S. 3, 1960, ss. 1-10; **ÖZBUDUN** Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin, 10. Bası, Ankara 2009, s. 122 vd.; **GÖZLER** Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa 2000, s. 169 vd.; **TANİLLİ** Server, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, Say, 5. Bası, İstanbul 1988, s. 160-161; **SABUNCU** Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj, 14. Bası, Ankara 2009, s. 83 vd.; Eroğul’un hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti için tercih ettiği kavram “tüze devletidir.” **EROĞUL** Cem, *Anatüzeeye Giriş*, İmaj, 10. Bası, Ankara 2009, s. 320.

²⁵ **ÇAĞLAR** Bakır, “*Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği*”, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 82-88, s. 86; **KABOĞLU**, *Anayasa ve Toplum*, s. 71, 101-104; **ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “*Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı*”, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1998, ss. 147-167, s. 150.

²⁶ **ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “*Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı*”, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1998, ss. 147-167, s. 149; **AZRAK**

olarak işaret edilen yargısal denetimin bir boyutunu oluşturmaktadır.²⁷ Aynı şekilde en geniş anlamıyla, kanunla düzenlenmiş olmak ve kanuna uygun olmak anlamında kanunilik ilkesi, hukuk devletinin varlığı konusunda bir karine teşkil etmektedir. Hukuk devletinin anlamı bakımından değişen budur: Kanun koyucu sıfatıyla parlamentonun iradesinin bugün, 1789 İhtilalini yapanların görüşlerinin aksine millî iradeyi yansıttığı genel kabul gören bir görüş olmaktan çıkmıştır.²⁸ Artık hukuk devleti “idaresi kanunla bağlı olan devlet”ten ibaret değildir.²⁹

Kaboğlu, İkinci Dünya Savaşı sonrasının anayasalarını “çağdaş anayasa” olarak nitelendirmekte ve üç dalga hâlinde geliştiğini ifade etmektedir. Tarihsel olarak XX. yüzyılın ikinci yarısına karşılık gelen bu bakış açısına göre birinci dalga anayasalardan itibaren, kanun koyucunun iradesinin sınırlandırılması düşüncesi, hukuk devletine yeni bir boyut katmıştır: Anayasaya uygunluk.³⁰ **Kelsen**’in ünlü normlar hiyerarşisi ilkesinin ve -İkinci Dünya Savaşı ortamına bir tepki olarak hukuku ideolojik ve felsefi alanlardan soyutlayan- saf hukuk kuramının yapıcı katkılarıyla kendisini bir hukuk düzeni ile ifade eden devletin hukuk devleti olarak nitelendirebilmesinin önkoşulu olarak hukuk düzenini oluşturan kuralların üstün anayasa ilkelerine aykırı olmaması düşüncesi gündeme gelmiştir.³¹ Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı şeklinde ifade edilen bu yeni anlayış hukuk devletinin ancak anayasaya uygunluk denetimi ile mümkün olabileceği düşüncesinin de

Ülkü, “*Yasama ile İdarenin Yargısal Denetimi ve Siyaset*”, içinde: Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Haz.: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak, 2006, ss. 67-82, s. 71; **DOEHRING**, Genel..., s. 211; **KABOĞLU**, “*Türkiye’de...*”, s. 93.

²⁷ **GÖZLER** Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, 13. Bası, Bursa 2008, s. 210; **ÖKÇESİZ** Hayrettin, “*Hukuk Devleti Olgusu*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 44-56, s. 45.

²⁸ **ÇAĞLAR**, *Anayasa Bilimi*, s. 175.

²⁹ **ÖZBUDUN**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 127.

³⁰ **KABOĞLU**, *Anayasa ve Toplum*, s. 113. Yukarıda 9 numaralı dipnotta belirtilen Doehring’in hukuk devletinin gereklerine bu noktada bir dördüncüsünü de eklemek gereklidir. Doehring, bu dördüncü ilkenin *Rechtsstaat*’ın ortaya çıktığı ilk dönemlerin ürünü olmadığını daha sonraki dönemlerde işlenip geliştirildiğini belirtmektedir. İlke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlandırılması gerekliliğini ifade eder. Doehring ilkenin anlamını şu şekilde açıklamaktadır: “*Eğer anayasa temel haklarla ilgili hükümlere yer vermişse o zaman bunlar sadece, gene anayasanın yasa koyucuya açıkça tanıdığı hareket alanı içinde görülmelidir.*” Yazarın Alman hukukuna bir hayli gecikmiş olarak girdiğini söylediği bu ilke hukuk devleti anlayışının kanuna uygunluk aşamasından anayasaya uygunluk aşamasına geçişinin de bir göstergesi olmaktadır. **DOEHRING**, Genel..., s. 213.

³¹ **AKBAY** Muvaffak, “*Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi*”, AÜHFD, C. 4, S. 1-4, Ankara 1947, ss. 29-47, s. 34-42; **İŞIKTAÇ** Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 279; **ATALAY** Ahmet Halûk, “*Saf Hukuk Kuramı ve Anayasa Yargısı*”, İzBD, Y. 73, S.4, İzmir 2008, ss. 168-177, s. 169-173.

yerleşmesine sebep olmuştur.³² Böylece anayasaya uygunluk denetimi XX. yüzyıl liberal-Batı demokrasisinin ve hukuk devletinin asli aracı olarak büyük rağbet görmüştür.³³ Bir başka ifade ile XX. yüzyıl “anayasa ve anayasa mahkemesi yoluyla hukuk devleti çağı” olmuştur denilebilir.³⁴ Her anayasalı devletin anayasal devlet olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki ortak bilince rağmen, siyasi iktidarlar kendi şekillendirdikleri anayasaları millî iradenin yansıması ve demokratik hukuk devletinin aracı olarak lanse etmişlerdir. Böylece, anayasa, önceki asrın kanun kavramı ile benzer bir kadere uğramış, hukuk devletinin anayasaya uygunlukla gerçekleşeceği savı da artık şüphe ile karşılanmaya başlamıştır.

Bununla birlikte henüz, anayasa bütünüyle “itibar kaybetmiş” de değildir. Ancak küreselleşme, kanunlardan başka anayasaların da uluslararası ve ulusalüstü hukukla uyumlulaştırılmasını gündeme getirmiştir.³⁵ Güçlü ulus devletler kendi hukuk sistemlerine uygun bir uluslararası hukuk yaratmakla, uluslararası hukuka uygun bir hukuk düzeni inşa etmek arasında mücadele vermektedir. **Çağlar**, anayasa mahkemelerinin yanında uluslararası-ulusalüstü yargı yerlerinin de gündeme geldiğinin altını çizmektedir.³⁶ Gerçekten de özellikle insan haklarının evrenselliği düşüncesi, ulusal hukukları haklar ve özgürlüklerin ekseninde şekillenen bir anayasal düzene yönlendirmektedir. Hukuk devleti haklar ve özgürlüklerin korunması işlevini uluslararası hukuk üzerinden de sürdürmektedir.

³² LIMBACH Jutta, “*The Concept of the Supremacy of the Constitution*”, *The Modern Law Review*, Vol. 64, No: 1, 2001, ss. 1-10, s. 3-4.

³³ DURAN Lûtfî, “*Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu*”, AYD, C. 1, 1984, ss. 57-87, s. 57.

³⁴ ÇAĞLAR Bakır, “*Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teoride ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik Bir Deneme İçin Notlar*”, AYD, C. 3, Ankara 1986, ss. 137-187, s. 154.

³⁵ Bugün siyaset ve hukuk alanında zihinleri en çok meşgul eden konulardan birisi de küreselleşme olgusudur. Ulus devlet ve ulusa dayalı siyaset anlayışına yönelik bu aşındırıcı müdahalenin ulusal hukuktan ve anayasal düzenden bağımsız biçimde düşünülmesi söz konusu olamaz. Bu bağlamda küreselleşme devlete paralel olarak (yani ulus devlete ve aynı zamanda demokratik devlete ve hukuk devletine paralel olarak da) hukuku da yeniden tanımlamakta ve biçimlendirmekte, kanunların anayasaya uygunluğu anlamında hukuk devletini, yerini anayasal düzenin uluslararası hukuka uyumluluğu anlamında hukuk devletine terk etmeye zorlamaktadır. Yeni hukuk devleti söylemini belirleyen de büyük ölçüde evrensel insan hakları düşüncesidir. OKUTAN Cevat (ed.), *Küreselleşme ve Türkiye: Türkiye’de Devletin Gelişimi*, Seçkin, Ankara 2007, s. 135-141; JOWITT Ken, “*Yeni Dünya Düzensizliği*”, Çev.: Levent Köker, içinde: *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Der.: Larry Diamond/ Marc F. Plattner, Yetkin, Ankara 1995, ss. 303-313, s. 303-312; ŞAYLAN Gencay, *Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi*, İmge, 2. Bası, Ankara 2003, s. 213-216; “*İnsan hakları hukuku devleti kuşattı*”, <http://www.tumgazeteler.com/?a=2536828>, E. T. 17.10.2009.

³⁶ ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa Yargısının Güncelliği: ‘Yargıçlar Zamanı’*”, AYD, C. 15, Ankara 1998, ss. 51-69, s. 60 vd.

3. Nasıl Bir Hukuk Devleti

“İnsanların değil hukukun yönetimi” anlamında hukuk devletine ilişkin iki anlayıştan bahsedilebilir. Usuli (*procedural*) hukuk devleti, maddi (*substantive*) hukuk devleti.

Liberalizmin kendi koşulları içinde kendini var eden piyasa anlayışı, yasama organının toplumsal düzeni sağlayan yasama faaliyeti dışında sınırlandırılmasını gerektirir. Liberal bir felsefeden hareketle şekillenen İngiliz ve Amerikan hukuk devleti anlayışlarının da yaşam, özgürlük ve mülkiyet bağlamında, doğal haklar sınırında ele alındığı söylenmektedir. Bu hakların yeniden düzenlenmesi söz konusu olmayacağı için de aslolan maddi hukukun değiştirilmemesidir. Hukuk kurallarının yasama yoluyla yürürlüğe konulmasının liberal ilkelerin tayin ettiği sınırlar içinde kaldığı ve temel rolün yargıya devredildiği bu hukuk devleti anlayışına usuli hukuk devleti denir.³⁷

Usuli hukuk devleti yalnız İngiliz ve Amerikan hukuklarında değil Fransız ve Alman hukuklarında da yer alan bir taleptir. **Çağlar**, burjuva toplumu olmakla karakterize edilen sivil toplumun devlet karşısında konumlanması ile temellenen bireyci liberal düşüncenin Fransa’da da Amerikan Yüksek Mahkemesinin klasik hakların korunması yolundaki işlevlerine benzer bir yetkinin Fransız yargı yerlerine tanınması taleplerini aktarmaktadır. Aynı bağlamda yazar, Almanya’da hukuk devleti formülü ile dile getirilmeye çalışılan liberal taleplerin kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi projesini hayata geçirdiğini belirtmektedir.³⁸

Usuli hukuk devleti, devletin, siyasi iktidarın sınırlandırılması ve temel hakların korunması amacına uygun olarak bir dizi şekli gerekliliğe uygun biçimde örgütlenmesini ve faaliyette bulunmasını gerektirir. **Küçük**, prosedüral hukuk devletinin kurumlarını şu şekilde sıralamaktadır: Erkler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, hâkimlerin tarafsızlığı, hâkim teminatı, tabii hâkim ilkesi, idarenin kanuniliği, idarenin her türlü işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tâbi olması, anayasal yargı denetimi, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın tazmini teminatı, hak ve hürriyetlerin anayasal ve kanuni teminat altına alınması ve sadece kanunla sınırlandırılması, hukuki eşitlik ilkesi, iyi niyet, ahde vefa, kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredememesi, kimsenin kendi davasında hâkim olamaması, idari

³⁷ ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 202-209.

³⁸ ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, s. 168-169.

şeffaflık, idari bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, devletin faaliyetlerinin önceden hesap edilebilirliği anlamında genel olarak hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanması, hak arama hürriyeti, suçsuzluk karinesi, suç ve cezaların kanuniliği, sanığın aleyhine olan ceza normlarının geçmişe yürümezliği, adil yargılanma hakkı, güvenlik hakkı, makul bir süre içinde açık duruşma ve hakkaniyete uygun biçimde dinlenilme, kararların kamuya açık bir şekilde verilmesi, hiç kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılamaması, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kullanılamaması, ceza sorumluluğunun şahsiliği, genel müsadere yasağı, ceza hukukunda kıyas yasağı, ceza kanunlarının geriye yürümezliği, aynı fiilden dolayı iki kez yargılama yasağı, idarenin takdir yetkisinin sınırlılığı, savunma hakkı, kararların gerekçeli olması, kanunların genelliği, soyutluğu ve kişisel olmaması, anayasanın üstünlüğü, kazanılmış haklara saygı, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan normların açıklığı, kamu işlemlerinde oranlılık ilkesinin gözetilmesi, hakların kötüye kullanılması yasağı, kusur sorumluluğunda kusurun oranının gözetilmesi, kesin hükme saygı, zaman aşımı, mücbir sebep, özel kuralın genel kural karşısındaki önceliği, sonraki kuralın önceki kural karşısındaki önceliği ilkesi.³⁹

Hukuk devletinin kurumsal garantileri olarak da adlandırılan bu güvencelerin net biçimde listesini ortaya koymak kolay görünmemektedir. Bu doğrultuda Türk doktrininde **Günday**, yedi temel prensibe işaret etmektedir: Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanuni idare ilkesi, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin yargısal denetimi, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ve nihayet idarenin mali sorumluluğu.⁴⁰ **Ökçesiz** ise hukuk devletinin “öğelerini” 142 madde hâlinde aktarmaktadır.⁴¹

Usuli hukuk devleti düşüncesi, devletin fonksiyonlarının eylem ve işlemlerini belirli bir prosedüre uygun olarak yapması hâlinde hakkaniyetin korunmuş olacağı varsayımına dayanır. Bununla birlikte, ilkenin doğal haklarla olan ilişkisi de göz

³⁹ **KÜÇÜK** Adnan, “*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*”, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 351-454, s. 353-354.

⁴⁰ **GÜNDAY**, İdare Hukuku, s. 38-50.

⁴¹ **ÖKÇESİZ** Hayrettin, “*Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama Şeması*”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2003, s. 113-117.

önünde bulundurulduğunda bütünüyle maddi bir kapsamdan yoksun olduğu da söylenemez. Bir başka ifadeyle usuli hukuk devletinin dahi asgari bir maddi içeriğe sahip olduğu bir vakiadır.

XX. yüzyıla gelindiğinde çalışan sınıfların sosyal taleplerine paralel olarak gelişen demokratik söylem, serbest piyasanın kendiliğinden düzenini bozmuş ve yasama organlarının kanunlaştırma faaliyetlerinin artması sonucunu doğurmuştur. Bu yoğun kanunlaştırma faaliyeti, hukuk devletinin anlamında bir değişmeyi tetiklemiştir. Bu taleplerin karşılanması, liberalizmin dokunulmaz alanlarını da yeniden düzenleyen bir hukuk politikasına yön vermiş; sosyal hukuk devleti bu kaçınılmaz gelişimin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.⁴²

Maddi hukuk devleti, yükselen sosyalist talepler karşısında kapitalizmin “siyasal sisteme entegre ettiği”⁴³ işçi sınıfının da ihtiyaçlarını dikkate alarak yeniden düzenlenen bir haklar ve özgürlükler sistemini ifade eder. Böylece temel haklar ekseninde ve bir kanunlaştırma/anayasalaştırma faaliyetine paralel olarak ortaya çıkan yeni hukuk devleti anlayışının önceki dönem anayasalarından farkı, **Çağlar**’ın ifadesiyle “çoğunluk kuralını sınırlayıcı kurumsal ve usuli düzenlemelerden meydana gelen bir “patchwork” olmasıdır.”⁴⁴

Ökçesiz’in “içerikli hukuk devleti” şeklinde kavramsallaştırdığı maddi hukuk devleti, yazara göre bir bakıma pozitivizmden uzaklaşmayı da ifade etmektedir. Yazarın aktardığı bir tanıma göre maddi hukuk devleti “(D)evlet gücünün belirli yüksek hukuk ilkeleriyle, ya da hukuksal değerlerle bağlı bulunması ve onun gerçekleşmesinin ilk önce biçimsel garantilerde değil, tersine ister belirli kültürel değerlerin, isterse maddi anlamda adil bir hukuksal durumun gerçekleşmesinde görülmesi olmaktadır. Bunun içerisine özgürlük güvencesi bir boyut olarak, ama yalnızca bir boyut olarak, dahil edilmektedir. Anayasa, devlet gücünün yurttaş özgürlükleri ile siyasi irade oluşturmanın ve egemenlik kullanmanın sınırlayıcı ve sınıflandırıcı organizasyonu karşısında yalnızca sınırlanmasıyla yetinmemekte, o ayrıca toplumsal yaşam düzeninin ve temel değerlerinin hukuksal pozitifleştirilmesi olmaktadır.”⁴⁵ Böylece maddi hukuk devleti hukukun içeriği itibariyle haklar ve

⁴² ÖZCAN, Modern Toplum..., s 238.

⁴³ LIPSET Seymour Martin, Siyasî İnsan, Çev.: Mete Tunçay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., Ankara 1964, s. 60.

⁴⁴ ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, s. 170.

⁴⁵ ÖKÇESİZ, “Hukuk Devleti”, s. 25.

adalet olguları bağlamından rasyonel bir tasarımı ifade eder.⁴⁶ Maddi hukuk devleti düşüncesi “hukuk devletine” bir dizi “değer”in gerçekleştirilmesi “amacı”nı da yükler. Hukukun bir amaca yönelmesi ise onun kendi kendini meşrulaştırma özelliği ile bağdaşmaz ve böylece hukuk bir insan yaratacılığı olmaktan çıkarak yeniden “aşkın ve verili bir düzen”i ifade etmeye başlar. **Özcan**’a göre maddi hukuk devletinin genişleme eğiliminin hukukun teknik sınırlarını zorlama ihtimali vardır. Bundan başka maddi hukuk devleti “*devletin işlevlerinin bütününe sirayet eden bir iktidar büyümesine yol açar(ak)*” onu “*George Orwell’in Big Brother’ına*” yahut modern bir Leviathan’a dönüştürür.⁴⁷ Hukuk devletinin sırf şekli garantilerden ibaret bir düzen olmasının yaratabileceği adaletsizlik gibi siyasal değerlerin genel ve soyut biçimde normatifleştirilmesi anlamında maddi bir boyuta kavuşturulması suretiyle adalet ile özdeşleştirilmesi de hukuk devletini kendisi olmayan bir şeye dönüştürebilir. Nitekim **Doehring**, normal bir hukuk düzeninin uzun zamandan beri yerleşik bulunan ilkelerinin de hukuk devleti içine dâhil edilmesinin kavramın taşarak içinin boşalması tehlikesini doğurabileceğini ifade etmektedir. Kavramların ancak karşıtlarından hareketle bir anlam ifade edeceğini vurgulayan yazar, bu şekilde içi doldurulmuş bir hukuk devletinin karşıtının en fazla “hukuk dışı devlet” ya da “adaletsiz devlet” olabileceğini belirtmektedir. Bu ise cevabı “hukuk devleti” şeklinde verildiğinde kaçınılmaz bir kısır döngüyü başlatacak olan ilk sorunun yeniden sorulması sonucunu doğurur: Adalet nedir? **Doehring**’e göre bu açmazın çözümü, hukuk devletinin içini usuli güvencelerle doldurmaktır. Zira soyut adalet kavramının genel geçer bir tanıma kavuşturulmasındaki imkânsızlık onun normatif bir düzenleme konusu olmasını da engeller. Eğer maddi adaletin temel haklara riayet ve sosyal devlet ilkeleri ile sağlanacağı kabul edilir ve hukuk devleti usuli güvenceler şeklinde algılanıp bağımsız yargının eline verilirse bu çözümsüzlük de ortadan kalacaktır.⁴⁸

Caniklioğlu’nun demokrasi konusundaki yargılarını hukuk devleti üzerinden okumak da mümkündür. Bu bağlamda hukuk devleti “...amaçlandığı anlamda yaşama aktarılması için insanlara, toplumlara ve yönetimlere ağır sorumluluklar ve borçlar yükleyen üstün bir değerler bütünü ve hedefler kümesi olarak teorik anlamda

⁴⁶ **KÜÇÜK**, “Hukuk Devleti...”, s. 355-356.

⁴⁷ **ÖZCAN**, Modern Toplum..., s. 224, 243.

⁴⁸ **DOEHRING**, Genel..., s. 214-218.

saflığını korumaktadır, korumalıdır.”⁴⁹ Bu açıdan bakıldığında hukuk devleti usuli teminatlardan, özgürlük güvencelerinden ve denetim mekanizmalarından oluşan bir dizi kural, güvence ve kurumdan müteşekkil bir katalogu ifade eder.⁵⁰ **Ökçesiz**, hukuk devletinin “*yurttaşların karşılıklı etkileşimleri ile oluşturup geliştirdikleri süreçsel ve içeriksel bir temel haklar ve özgürlükler gerçekliği*” olarak bir “*bilinç içeriğini*”, bir “*programi*” ifade ettiğini söylemektedir.⁵¹ Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarında hukuk devleti anlayışını inceleyen **Heper** de Mahkemenin hukuk devletini ve hukuk devletinin unsurlarını bir bütün olarak değerlendirdiğini ve güvencelediğini ifade etmektedir.⁵² Aynı yönde **Neuman**, Amerikan hukukunda da hukuk devletinin, pozitif bir anayasa normu olmadığını daha ziyade anayasal ve anayasa dışı teorilerin arkasında yatan ve onlara yön veren bir ideali ifade ettiğini belirtmektedir.⁵³ Bu doğrultuda atılan her adım hukuk devleti ilkesini olgunlaştırırken ters yönde gerçekleştirilen her türlü eylem ve işlem de hukuka bağlı olduğunu iddia eden her siyasal bütünü hukukun üzerine ve ötesine taşır.

Şekli ya da maddi anlamda olsun iktidar karşısında güvencelenen bir haklar ve özgürlükler düzenini ifade eden hukuk devletinin yetkinleştirilmesi ve olgunlaştırılması sürecinde iktidarın hukukla bağlanması temel araç yargısal denetim olmaktadır. Siyasal iktidarın hukuk ile bağlanması temel aracın yargı iktidarı olması sebebiyledir ki hukuk devleti, olumlu ya da olumsuz anlamda, yargıçlar devleti ile sıkı biçimde ilişkilendirilmektedir.⁵⁴

⁴⁹ **CANİKLİOĞLU DİKMEN** Meltem, “*Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, DEÜHF Yay., İzmir 2000, ss. 93-115, s. 95.

⁵⁰ **SANCAR** Mithat, ‘Devlet Akli’ Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 79.

⁵¹ **ÖKÇESİZ**, “*Hukuk Devleti*”, s. 34. Kaboğlu’na göre hukuk devleti, kaynağı liberalizm olan bir değerler bütünüdür ifade eder. **KABOĞLU**, “*Türkiye’de...*”, s. 95.

⁵² **HEPER** Altan, “*Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Afa, İstanbul 1998, ss. 168-179, s. 169 vd.

⁵³ **NEUMAN**, “*Amerika’da...*”, s. 560.

⁵⁴ **ÇAĞLAR**, Anayasa Bilimi, s. 170; **HIRSCHL** Ran, “*The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Polities*”, Stanford Journal of International Law, Vol. 36, 2000, ss. 73-118; **KNIGHT** Jack/ **EPSTEIN** Lee, “*On The Struggle for Judicial Supremacy*”, Law & Society Review, Vol. 30, No. 1, 1996, ss. 87-120; **VIEIRA** Edwin Jr., “*Dangers of Judicial Supremacy*”, <http://www.thenewamerican.com/usnews/constitution/794>, ss. 25-29, E. T.: 18.06.2010.

B. HUKUK DEVLETİ DÜŞÜNCESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ: DOĞAL HUKUKTA ŞEKİLLENEN HUKUK DEVLETİ

1. Sokrates'te Bağlayıcı Kanun Düşüncesi

Hukuk devleti, XVIII. yüzyıl sonlarında Almanya'da kullanılan bir kavram olmakla birlikte kökleri Eski Yunan'a kadar uzayan bir siyasal ilkedir.⁵⁵ Eski Yunan'da hukuk kurallarının bağlayıcılığı ve kanun önünde eşitlik ile ifade edilen hukuk devletini daha çok bir demokratik ilke olarak anlamak gerekir. Hukuk devletinin demokrasi ile bağlantısını üç nokta üzerinden kurmak mümkündür. i. Kanunların yapılışına bütün yurttaşların katılması hakkı, ii. Yurttaşların iradelerinin ifadesi olarak herhangi bir bağışıklık veya ayrıcalık söz konusu olmaksızın bütün yurttaşların kanun önünde eşit haklara ve eşit yükümlülüklerle sahip olması, kanunların bütün yurttaşları eşit biçimde bağlayıcılığı, iii. Kanunların yönetilenler gibi yönetenleri de bağlaması, yönetimde keyfilik yerine kanunların egemen kılınması. Bu bağlamda monarşinin, oligarşinin ve tiranlığın karşıtı olarak halkın yönetimi, *isonomia* kavramıyla ifade edilmektedir. *Isonomia*, yalnızca kitlelerin yönetimini değil, halkın kanunlar aracılığıyla yönetimini ifade eder. Bu şekilde, kanunların yönetimi ile sağlanan bir hukuk güvenliği ile teşhis edilen *isonomia*; kanun önünde eşitlik düşüncesinin bireyler nezdindeki haklılığı sebebiyle hukuksal adaletin bir görünümü olarak da düşünülmektedir. Bir adalet ilkesi olarak *isonomia* tarafsızlık, kanunun geçmişe yürütülmemesi, kanunun genelliği gibi bir dizi şekli güvenceyi de içinde barındırır.⁵⁶

⁵⁵ BARNETT Hilaire, *Constitutional & Administrative Law*, 5. Bası, Cavendish, Londra 2004, s. 72-73; HAYEK Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago 1960, s. 162-175; ÖKÇESİZ, "Hukuk Devleti", s. 17 vd. Akal, "yasa – uygulama" ayrımının ilkel topluluk ile uygar toplum arasındaki ayırt edici özellik olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre "Hiçbir toplum, Yasa'yla uygulama arasında belli bir ilişki kurmadan ya da yürütmeyi bir Yasa'yla doğrulamadan varolamaz." AKAL Cemal Bâli, *İktidarın Üç Yüzü*, Dost, 2. Bası, Ankara 2003, s. 341. "Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi" konulu bu çalışmada, Akal'ın anılan yaklaşımından hareketle hukuk devleti geniş bir perspektiften ele alınmış ve yöneten-yönetilen ayrımının yapıldığı bütün topluluklarda mevcut yönetim ilişkisinin özgül bir hukuk düşüncesiyle düzenlendiği düşünülerek hukuk devletinin farklı zaman ve mekânlarda farklı görünüm biçimlerinden hareketle teşhis edileceği kabul edilmiştir.

⁵⁶ ARSAL Sadri Maksudi, *Umumî Hukuk Tarihi*, İÜ Yay., 2. Bası, İstanbul 1944, s. 130; HAYEK, *The Constitution...*, s. 164-165; HAYEK Friedrich A. Von, "Siyasi Bir İdeal Olarak Hukuk Devleti", Çev.: Sevdâ Gültekin Göktolga/ Ali Rıza Çoban, içinde: *Hukuk Devleti*, Ed.: Ali Rıza Çoban/ Bilal Canatan/ Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 41-116, s. 48-52; ÖZCAN, *Modern Toplum...*, s. 197-198, dn. 11; TAMMELO Lyndall Lorna, "Adaletin Özü Olarak Eşitlik", Çev.: Murat Önderman, HFSA, S. 1, 1993, ss. 75-81, s. 78; UNGER Roberto Mangabeira, "İzonomi ve Adalet", HFSA, S. 1, 1993, ss. 83-87, s. 83-84; VLASTOS Gregory, "Isonomia", *The American Journal of Philology*, Vol. 74, No: 4, 1953, ss. 337-366, s. 337, 341 vd., 356 vd.

Hukukun bütün yurttaşlar için her zaman üstün ve bağlayıcı bir değer olmasının en didaktik örneğini *Sokrates*'ta (MÖ 470 – MÖ 399) gözlemlemek mümkündür. *Platon*, *Kriton* diyalogunda, *Sokrates*'a kendisini hapisten kaçırmak için ikna etmeye çalışan arkadaşına, yurttaşın içine doğduğu, hayatını idame ettirdiği ve eğitim aldığı Site ile bir sözleşme yaptığını söyler. Bu sözleşmeye göre devlet, birey için kendisini var edip geliştirebileceği imkânları sunmak zorundadır. Buna karşılık birey de devletin kanunlarına itaat etmek için söz verir. Bu kanunları beğenmeyen bir kimsenin sözleşmeyi reddederek ülkeyi terk etmek ve başka bir yere yerleşmek hakkı vardır. Ancak bir kere sözleşme yapıldıktan sonra yurttaşın kanunlar kendi aleyhine uygulanacağı zaman dahi bunlara karşı çıkması, devletin otoritesine tâbi olmayı kabul etmemesi sonuçta devletin ve hukukun ortadan kalkmasına sebep olur. Bu nedenle yurttaş için, devletin hukukuna riayet etmek yurttaşlık bilgisinin ve devlete kötülük yapmamanın bir gereğidir. Erdemli yurttaşın kanunlara itaat eden yurttaş olması sebebiyledir ki, *Sokrates* ailesini ve arkadaşlarını geride bırakarak Atinalılar'ın kendisi hakkında uyguladıkları kanuna rıza göstermiştir.⁵⁷

Kendisinden önceki doğa felsefecilerinin aksine insanı düşüncesinin merkezine koyan *Sokrates*, kendini tanıyan, bilgili ve dolayısıyla da erdemli olan ve kötülük yapmaktan kaçınan yurttaş ile ilgilenir. *Sokrates*'a göre insanın iki temel özelliği vardır; erdemli olmak ve kötülük yapmamak. Erdem ancak bilgiyle elde edilebilir. Yurttaş söz konusu olduğu zaman bu bilgi kanunların bilgisidir. *Sokrates*'a göre iki tür kanun vardır. Yazılı kanunlar ve yazısız kanunlar. Yazılı olmayan kanunlar üstün bir aklın kanunlarıdır. Yazılı kanunlar ise bizzat yurttaşların yaptığı, insan yapısı kanunlardır. Yönetenler ve yönetilenler bu kanunlarla bağlıdır. Bu bağlılığın temelinde de insanın kötülük yapmamak özelliği gelir. Nitekim erdemli yurttaş; yani doğrunun bilgisine ulaşmış, iyinin ne olduğunu bilen yurttaş; yani kanunları bilen yurttaş bu bilgisiyyle uyumlu hareket etmediği takdirde kötülük yapmış olur. Ne var ki insan bilerek kötülük yapmaz, yani kanuna aykırı davranmaz. Bu “adalet”in bir gereğidir. Buna karşılık olarak devletin amacı da yurttaşın mutluluğunu sağlamak olmalıdır.⁵⁸

⁵⁷ PLATON, Crito, Çev.: Benjamin Jowett, <http://classics.mit.edu/Plato/crito.html>, E. T.: 21.10.2009.

⁵⁸ GÖZE Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta, 9. Bası, İstanbul 2000, s. 15-18; GÜRİZ Adnan, Hukuk Felsefesi, AÜHF Yay., Ankara 1985, s. 160-164; İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 51-52; JONES W. T, Batı Felsefesi Tarihi, C. 1, Çev.: Hakkı Hünler, Paradigma, İstanbul 2006, s. 165-178; Von ASTER Ernst, Felsefe Tarihi Dersleri, Ankara 1962-1963, s. 81-91.

Işıktaç'a göre *Sokrates*'in düşüncesi içinde, “hiçbir insanın bilerek kötülük yapmayacağı”, aksayan bir unsurdur.⁵⁹ *Sokrates*, yurttaşın kendisini kanun ile tanımlaması düşüncesinden, bir başka ifade ile erdemli insan için kanuna uygun davranmaktan başka bir davranış şeklinin bulunmaması düşüncesinden hareketle kanunun üstünlüğü ve bağlayıcılığı düşüncesine ulaşmıştır.⁶⁰ Bu düşünce bugün de hukuk devleti anlayışının temelini teşkil etmektedir.

2. Platon'da Aydınlanmış Despotizm ya da Hukukun Altın Bağı

Platon'da (MÖ 427 – MÖ 347) hukuk devletinin izlerini aramak *Bodin*, *Hobbes*, *Hegel* ve *Schmitt*'te hukuk devletinin izlerini aramak kadar güçtür. Devleti, hukuk ve birey karşısında önceleyen bu bakış içinde hukuk devleti, ya doğal, maddi açıdan yaptırımı olmayan ve egemeni sadece Tanrı'ya karşı sorumluluk altına sokan bir hukukta ya da egemenin iradesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve bu iradeye uygunluk dışında herhangi bir kriter bağlamında denetlenemeyen bir pozitif hukukta somutlaşmaktadır. Elbette bu anlamda bir sınırlı iktidar anlayışı büsbütün değersiz değildir ve hukukun üstünlüğünün ilk basamaklarını oluşturmaktadır. *Jones*'un belirttiği gibi, *Platon*'un düşüncesinde devletin temel amacı adalettir. Bu adalet, değişik sınıflar arasındaki ilişkiyi –belki bir tür frenler ve dengeler sistemini- ifade eder. Toplumsal birliğin her ögesi genel düzenin sağlanmasına bu sistem bağlamında katkıda bulunur ve bu bağlamda hakkını alır.⁶¹ *Cassirer*, *Platon*'un toplumsal işbölümü düşüncesinin; filozofun “*Yasal Devlet (ya da Hukuk Devleti) düşününün kurucusu ve ilk savunucusu*” olarak nitelendirilmesine yeteceğini ifade etmektedir.⁶²

Platon'un devlet-hukuk anlayışının, ütopyadan gerçekliğe üç aşamadan geçerek ulaştığı söylenebilir. Bu süreçte ilk aşamayı filozofun *Politeia*'daki (*Devlet*) görüşleri oluşturur. *Platon*'un “ideal devlet” için öngördüğü farklı insan tipleri ve bu farklılıktan kaynaklanan toplumsal işbölümü düşüncesi sınıflı toplumsal yapıyı ifade

⁵⁹ Zira eski Yunan'ın “yurttaş”ı erdemli bireydir. Erdem ise son tahlilde hukuka itaat etmek demektir ve erdemsizlik yahut Sokratesçi anlamıyla kötülük yapmak bu hukuka bilerek aykırı davranmak demektir. *Işıktaç*'ın tespiti, insanın bilerek kötülük yapmaması demek aslında Sokrates'in bir önkabulüdür ve yurttaşın yasaya uymaktan başka bir davranışı tercih etmeyeceğinin varsayımıdır. Hâlbuki birey için hukuka aykırı davranışı tercih etmek yolu her zaman açıktır. **İŞIKTAÇ**, *Hukuk Felsefesi*, s. 53.

⁶⁰ **ARNHART** Larry, *Siyasî Düşünce Tarihi*, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, 2. Bası, Adres, Ankara 2005, s. 18-22.

⁶¹ **JONES**, *Batı Felsefesi...*, C. I, s. 240.

⁶² **CASSIRER** Ernst, *Devlet Efsanesi*, Çev.: Necla Arat, Remzi, İstanbul 1984, s. 79.

eder.⁶³ *Ağaoğulları*'na göre insanların değil fakat bütün toplumun mutluluğunun amaçlandığı bu sınıflı yapı bireyi toplumun yetkinleştirmesinin bir parçası olarak araç ve devleti de başlı başına bir amaç olarak ele almaktadır.⁶⁴ Bu açıdan *Sabine ve Thorson*, yönetme hak ve görevini bilgisine dayandıran filozof kralın, aynı zamanda 'iyi'nin ölçüsü olmasını ve birey için iyi olanın devlet için iyi olanda eritilmesini "aydınlanmacı despotizm" olarak nitelendirmektedir. Yazarlara göre bilginin erdem ile özdeşleştiği bu Sokratik düşünce *Platon*'da hukukun devletin dışına itilmesi sonucunu doğurmuştur.⁶⁵ Şüphesiz bu hukuk devletinin bireyci yaklaşımı ile de bağdaşmamaktadır.

Devlet'te ileri sürdüğü görüşlerinde *Platon* ideal devletin inşası ve yönetimini filozofların işi olarak görür.⁶⁶ Devleti kurarken bir filozofun kanunlara ihtiyacı yoktur. Bir "asli kurucu iktidar" olarak filozofun yönetiminin meşruluğunu sağlayan bilgisi, bilimi ve evrensel söylemidir. Kanunlar devlet kurulduktan ve düzen işlerlik kazandıktan sonra ortaya çıkmaya başlayacaktır. Kanun koyucu-filozof tarafından yaratılan (*yazılı kanunlar*) ve kendiliğinden ortaya çıkan kanunlar (*ahlak kanunları*), yöneticiler de dâhil, herkes için bağlayıcıdır.⁶⁷

Platon'un görüşlerinin ikinci aşamasını *Politikos*'taki (*Devlet Adamı*) görüşleri teşkil eder. *Devlet*'te her ne kadar bir kere düzen kurulduktan sonra filozof kralın kanunlara uygun biçimde yöneteceğini belirtmiş ise de *Devlet Adamı* 'nda ideal devletin yöneticisinin, "devleti yönetmek bilgisine sahip olan kişinin", kanunlarının kendisini değil fakat yönetilenleri bağlayacağını ifade etmektedir.⁶⁸ Bu "ideal"ın gerçeklik karşısında savunulma şansı yoktur. Bu nedenle *Ağaoğulları*'na göre filozof gerçek yaşamda bu kadar büyük bir yetki kullanan kralın bir tirana dönüşmemesi için "...uzun yılların bir birikimi olarak belirmiş olan yasalara mutlak itaat edilmesini zorunlu kılmak" gerektiği düşüncesine ulaşmıştır.⁶⁹

⁶³ PLATON, Devlet, 428 a – 434 e, Çev.: Sabahattin Eyüboğlu/M. Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Yay., 14. Bası, İstanbul 2008, s. 125-134.

⁶⁴ AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge, 4. Bası, Ankara 2004, s. 237-239.

⁶⁵ SABINE George H./THORSON Thomas L., A History of Political Theory, Harcourt Brace College Publishers, 4. Bası, Forth Worth 1973, s. 52-72, 92.

⁶⁶ PLATON, Devlet, 499 b, d, s. 212.

⁶⁷ PLATON, Devlet, 458 c, s. 161.

⁶⁸ PLATO, The Statesman, Çev.: Benjamin Jowett, <http://ebooks.adelaide.edu.au/p/plato/p71st/index.html>, E. T.: 18. 06.2010.

⁶⁹ AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 282; PLATO, The Statesman, <http://ebooks.adelaide.edu.au/p/plato/p71st/index.html>, E. T.: 18. 06.2010.

İdeal devletin gerçek devlete dönüşmesinin üçüncü aşaması, **Platon**'un da olgunluk çağıdır. Filozofun bu dönemdeki görüşlerini *Nomoi (Yasalar)* yansıtır. *Yasalar*'ın yazarı bir ütopya yazarı değil bir siyasal öğütçü olarak okunabilir. İdeal devletten sonraki bu en iyi ikinci devlet tasarımı, sıradan bir halkın filozof olmayan bir yöneticinin yönetimi altında belli bir mutluluğa erişmesi için tutulacak yolun işaretidir.

Platon'a göre, bireylerin korku ve güven şeklinde ifade edilen duyguları aklın emrinde erdeme yöneltir ve kötülükten uzaklaştırır. İşte aklın bu “*altından ve kutsal olan güdüsü*” devletin ortak kararı şeklinde somutlaşınca kanun hâlini alır. Etkin olmayan ve etkisiz kanunlar devletin yıkılışına işaret eder; yöneticilerin kölesi olduğu kanunlar ise devleti kurtuluşa ve “*tanrıların kentlere verdiği bütün nimetlere*” kavuşturur.⁷⁰ **Ağaoğulları**'nın aktardığına göre “*Bu devlette en üstün erdem, yasalara uygun davranarak devlete karşı saygılı olmak ve onun yasal güçlerine kendini bağlamak anlamına gelen ılımlılık ya da kendi kendine hâkim olma erdemidir.*”⁷¹

Sonuç olarak **Platon**'da hukuk devletinin izini yozlaşmış ve bozulmuş en kötü devlet olarak “zorba devlet” karşısında “ideal devlet” savunusunda; daha fazla güç talebi karşısında adalet anlayışı ile de ifade edilebilecek olan kanunların egemenliği düşüncesinde sürmek mümkündür.⁷² Bir insanın tek başına adaletsizlik yapmadan yönetmesinin olanaksızlığı karşısında **Platon** yönetimin rasyonel “*yasa(ya)*” uygun olması gerektiğini savunmuştur.⁷³ Yasalar doğrudan yetkiyi oluşturan öğelerdir. Nitekim **Platon** hukuk devleti ilkesinin “insanların değil yasaların yönetimi” şeklindeki formülasyonunu da *Mektuplar*'ında açıkça ifade etmiştir.⁷⁴

⁷⁰ **PLATON**, *Yasalar*, 644 d, e, 645 a, 715 d, Çev.: Candan Şentuna/ Saffet Babür, Kabcacı, 3. Bası, İstanbul 2007, s. 76, 173.

⁷¹ **AĞAOĞULLARI**, *Kent Devletinden...*, s. 287; **SABINE/THORSON**, *A History of...*, s. 84-87.

⁷² **CASSIRER**, *Devlet...*, s. 80-84.

⁷³ **PLATON**, *Yasalar*, 713 c, 714 a, s. 170-171.

⁷⁴ **PLATO**, *Letters*, VII, 334 c, VIII, 354 b, c, içinde: *Plato in Twelve Volumes*, Vol. 7, Çev.: R. G. Bury, Cambridge, MA, Harvard Univ. Press., London 1966, www.perseus.tufts.edu/hopper, E.T.: 24.10.2009; **BABÜR** Saffet, Giriş, içinde: *Platon, Yasalar*, Çev.: Candan Şentuna/ Saffet Babür, Kabcacı, 3. Bası, İstanbul 2007, s. 32.

3. *Aristo ve Kanunun Egemenliği*

Aristo (MÖ 384 – MÖ 322), *Platon*'un öğrencisi olmakla birlikte “birey”in yaratılmasına ilişkin attığı ilk ve küçük adımla ondan farklılaşmaktadır.⁷⁵ *Aristo*'nun kuramındaki hukuk devleti nüvesi, bu farklılaşmadan çıkarsanabilecektir. Bununla birlikte hemen ve öncelikle belirtilmelidir ki bu kuram içinde devlet karşısında özerk bir bireyden bahsetmenin imkânı olmadığı gibi filozof, devletin aileden ve bireyden önce geldiğini de açıkça ifade etmektedir.⁷⁶ *Aristo*'nun düşüncesinde insanın kendini gerçekleştirmesi ancak ve ancak devlet içinde mümkündür. Bir başka ifadeyle insanın yetkinleşmesi, amacına ulaşması, erdemli dolayısıyla da mutlu bir yaşam sürmesi için Pôlis'e ihtiyacı vardır. *Uslu*'nun belirttiği gibi insanın Pôlis'in dışında ve ona öncel bir (doğal) hakka sahip olması mümkün değildir.⁷⁷ Bu açıdan yaklaşıldığında *Aristo*'nun devletinin, evlilik, aile, özel mülkiyet gibi kavramları dışlamamış olması bakımından bireysel hakların değil fakat genel olarak özgürlüklerin kabul edildiği bir yapı olduğunu söylemek mümkündür.⁷⁸ Zira devlet belki insanların güvenliğini sağlamak için ortaya çıkmıştır ancak onun varlığını sürdürebilmesi, iyi yaşamı güvence altına almasına bağlıdır.⁷⁹

Farklı bir açıdan yaklaşıldığında ise; *Aristo*, *Sokrates*'in “Devletin mümkün olduğu ölçüde bir birlik olması en iyisidir.” görüşüne karşı çıkararak devletin ancak farklı insanların bir arada olması ile gerçekleştirilebileceğini savunur. *Aristo*'ya göre “(B)ir sitenin varlığını sürdüren şey, farklı parçaları arasındaki kusursuz dengedir.”⁸⁰ Bir toplum içindeki farklı yaşam tarzlarının varlığını kabul eden bu görüşüyle *Aristo*, farklı bireylerin haklarını karşılıklı olarak güvence altına almak görevini kanuna vermiştir ancak kanunun tek işlevi de bu değildir. İyi kanun aynı zamanda yurttaşların iyi ve adil olmasını da sağlamak zorundadır.⁸¹ Bu iyilik ve

⁷⁵ “Aristoteles ile birlikte, polis'in bir parçası biçiminde siyasal hayvan [yani Polites] olan insan öldü; Aleksandros ile birlikte insan birey olarak ortaya çıktı.” TARN W. W., La civilisation hellénistique, Payot, Paris 1936, s. 78 ve CHEVALLIER Jean-Jacques, Histoire de la pensée politique, Payot, Paris 1983, s. 115 ve SABINE George, Siyasal Düşünceler Tarihi 1, Çev.: Harun Rızatepe, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., Ankara 1969, s. 135'ten aktaran: AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 389.

⁷⁶ ARİSTO, Politika, I. Kitap, 2. Bölüm, Çev.: Ersin Uysal, Dergâh, İstanbul 2007, s. 14.

⁷⁷ USLU Cennet, Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Liberte, Ankara 2009, s. 94-101.

⁷⁸ BLUNTSCHLI J. K., The Theory of the State, Clarendon Press, 3. Bası, Oxford 1895, s. 36-37; GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 172.

⁷⁹ ARİSTO, Politika, I, 2, s. 13.

⁸⁰ ARİSTO, Politika, II, 2, s. 40.

⁸¹ ARİSTO, Politika, III, 9, s. 96; ARİSTO, Atinalıların Devleti, Çev.: Furkan Akderin, Alfa, İstanbul 2005, s. 17.

adalet devletin temel amacıdır ve ancak kanunun egemen kılınıp ona uyulması ile ortaya çıkar. Ne var ki *Aristo*'nun döneminde *Jones*'in ifadesiyle “*Şu ya da bu herhangi bir toplantıda tesadüfen hazır bulunanların çoğunluğuna dayalı basit bir oylama yoluyla iptal edilemeyecek hiçbir yazılı anayasa yasa külliyatı yoktu. Hiç kimse bir günden ertesi güne görevlerinin ya da ayrıcalıklarının ne olduğunu bilemiyordu.*” Bu durumu bir kargaşa hâli olarak gören *Aristo*'nun bu kargaşayı önlemek için ileri sürdüğü çözüm yolu kanunların yazılı hâle getirilmesidir. Böylece insanlar karar alacakları zaman azınlığın yargısı değil ancak çoğunluğun yargısı da dikkate alınmış olur.⁸² *Aristo*'ya göre “(V)atandaşların herhangi bir tanesinden ziyade yasanın hüküm sürmesi yeğ(lenmelidir)” çünkü kanunun yönetimi Tanrı'nın ve aklın yönetimidir.⁸³ Bu bakımdan kanuna uygun yönetim *Aristo*'nun yönetim biçimlerini iyi ve kötü şeklinde sınıflandırırken kullandığı bir kriterdir. Gerçekten de kötü yönetim biçimleri olan tiraninin, oligarşinin ve demokrasinin bir türü olan demagojinin ortak noktası keyfîlik ve kanunları dikkate almamaktır.⁸⁴ *Aristo*'nun kanuna tanıdığı bu üstünlük, hukuk devleti anlayışının bir yansıması olarak da anlaşılabilir.⁸⁵ *Akın*, *Aristo*'nun düşüncesinde kanunun, devlet gücünün nasıl dağılacakını ve nasıl düzenleneceğini gösteren anayasaya da uygun olması gerektiğini belirtmektedir.⁸⁶

Aristo'nun düşüncesinde hukuk devletin izi, onun “erkler ayrılığı” düşüncesi üzerinden de sürülebilir. *Aristo*'nun en iyi yönetim biçimi bağlamında incelediği anayasanın unsurlara ayrılması, ideal yönetimin bir şartıdır.⁸⁷ *Aristo*'ya göre her devlette⁸⁸ üç fonksiyon vardır. Bu fonksiyonlar müzakere fonksiyonu, yönetsel fonksiyon ve yargı erkidir.⁸⁹ Bu tasnif hukuk devletin unsurlarından birini teşkil eden erkler ayrılığı kuramının da kaynağı olarak kabul edilebilir.⁹⁰

⁸² JONES, Batı Felsefesi..., C. I, s. 436.

⁸³ ARİSTO, Politika, III, 16, s. 116.

⁸⁴ GÖZE, Siyasal Düşünceler..., s. 45-49; JONES, Batı Felsefesi..., C. I, s. 427-435; Von ASTER, Felsefe Tarihi..., s. 156.

⁸⁵ AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 348.

⁸⁶ AKIN İlhan, Kamu Hukuku, İÜHF Yay., 2. Bası, İstanbul 1979, s. 21.

⁸⁷ AKAD Mehmet/DİNÇKOL VURAL Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der, İstanbul 2000, s. 22.

⁸⁸ *Aristo Politika*'da devletin fonksiyonlarından değil fakat anayasanın unsurlarından bahsetmektedir. “*All constitutions have three elements...*”. ARISTOTLE, Politics, IV. Kitap, 14. Bölüm, Çev.: Benjamin Jowett, Batoche, Kitchener 1999, s. 100.

⁸⁹ “*There is one element which deliberates about public affairs; secondly that concerned with the magistrates...and thirdly that which has judicial power.*” ARISTOTLE, Politics, IV, 14, s. 100.

⁹⁰ AKİPEK İlhan, “*Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler*”, AÜHFD, C. 9, S. 1-4, 1952, ss. 167-182, s. 168-179; AKYILMAZ Bahtiyar, “*Tarihi Gelişim İçinde ve Özellikle*

Platon'un ve *Aristo*'nun kanunların yönetimini insanların yönetimine tercih eden bakış açısı 1870 yılında Massachusetts Anayasasında “*government of laws, not men*” şeklinde anayasal ifadesine kavuşacaktır.⁹¹

4. Helenistik Çağ: Bir Buhran Döneminde Hukuk Devleti

a. Bireyin Kendi Çıkarını Korumasının Aracı Olarak Hukuk Kuralları

Makedonya ve ardından Roma işgalinden sonra⁹² Pôlis'in de tarih sahnesinden silinmesi, kendisini bir Site ile anlamlandıran ve değerlendiren Yunan yurttaşı için yeni bir arayış başlatmıştır. Şehir devletlerinin yerini alan, coğrafi ve demografik açıdan Pôlis'ten çok daha büyük olan ve bütünüyle yeni bir siyasal-toplumsal birimi ifade eden İmparatorluk içinde eski Site yurttaşları kurtuluşu “*kendisini ayrı, bağımsız bir değer olarak algılamasını sağlayan bireyciliğe*” ve “*diğer insanlarla ortak bir doğaya sahip olduğunu gösteren evrensel insanlık düşüncesine ve bunun uzantısı olan kozmopolitizme*” yönelişte bulmuştur.⁹³

Siyasal hayata olan etkisi sınırlanan insanın -bir başka ifadeyle “yurttaştan tebaaya indirgenen insanın”- ilgisi toplumdaki kendisi üzerine dönmüştür. Bu daha sonraları liberal toplumu tasvir etmek için kullanılan bir kavramsallaştırma ile “atomize” bireylerin ortaya çıkışını da deyimler.⁹⁴

Sabine ve Thorson'un belirttiği gibi *Epikür*'ün felsefesinde bağımsız entiteler olarak bireylerden oluşan (tabiat hâlindeki) toplum, insanların bencilliği sebebiyle çatışmacı bir yapıyı ifade eder. Hâlbuki kendi çıkarlarının peşinde olan ve bunları kovalayan “çağdaş” insanın temel hedefi mutluluktur. Mutluluğa ulaşmak için acıdan, kaygılardan ve korkudan kaçınmak gerekir. Ne var ki kendi yararını gerçekleştirmek konusundaki eşitlik herkesin çıkarını ve mutluluğunu tehlikeye atar. Bu nedenle birey, kendi haklarına saygı gösterilmesini sağlamak için başkalarının da

Montesquieu'de Kuvvetler Ayrılığı”, Prof. Halil Cin'e ARMAĞAN, Konya 1995, ss. 43-60, s. 45-47; FEYZİOĞLU Turhan, “*Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi*”, AÜSBFD, C. 2, S. 1, 1947, ss. 50-60, s. 50.

⁹¹ SANCAR, ‘Devlet Akli’ ..., 34.

⁹² DAVIES Norman, Avrupa Tarihi, Çev.: Burcu Çıgman/Elif Topçugil/Kudret Emiroğlu/Suat Kaya, İmge, Ankara 2006, s. 121, 125; McNEILL William H., Dünya Tarihi, Çev.: Alâeddin Şenel, İmge, 5. Bası, Ankara 2001, s. 241 vd.

⁹³ AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 389-390.

⁹⁴ ÖZCAN Zeki, “*Ortaçağ'da Birey ve Bireyleşme*”, Doğu-Batı, Y. 8, S. 33, 2005, ss. 11-37, s. 17-18; ŞAYLAN, Değişim..., s. 49. “*Evrendeki atomlar gibi, dünyadaki insanlar da kendi başlarındadır ve bunların davranışlarını belirleyen hiçbir aşkın güç yoktur...insanlar özgür istençleri doğrultusunda birbirleriyle ilişkiye girmekte, birleşerek toplumsal-siyasal kurumlar oluşturmaktadır...insanların bu davranışlarında göz önünde bulundukları tek ölçüt hazdır, bireysel yarar ilkesidir.*” AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 406.

haklarına saygı göstermeye mecbur kalır. Devleti ve hukuku doğuran da bu mecburiyettir. Zira eğer bir zorunluluk söz konusu olmasaydı bilge bir insanın siyasetten uzak durması beklenirdi. Ne var ki insan mutluluğa erişmesinin önşartı olan güvenlik ihtiyacını karşılamak için diğerleriyle bir anlaşma yapar. Bu anlaşmaya riayet etmemenin karşılığı olan ceza karşısında duyulan korku ve bunun getireceği elem bu anlaşmaya riayet etmeyi de katlanılabilir kılar.⁹⁵ Bencil bireyler arası çatışmanın yarattığı güvensizlik ortamını bertaraf etmek için hukukun ve devletin güvenliğine başvurmak düşüncesi, daha sonra **Hobbes** tarafından da ileri sürülmüş; bağlayıcı bir hukukun üstünlüğü düşüncesi güvenlik ihtiyacına dayandırılmıştır.

Helenistik dönemde bireyci felsefenin tek savunucusu **Epikür** değildir. Bu uç bireyciliği bir düzen içinde yeniden ele alan bir okul da *Stoa okulu* olmuştur.

b. Stoa Okulu: Evrensel Düzen İçinde Birey

Stoa Okulu, **Platon**'un *Akademi*'si, **Aristo**'nun *Lise*'si (*Peripatos Okulu*), *Epikür Okulu* yanında MÖ III. yüzyılda mevcut olan dört okuldan birisidir.⁹⁶ Stoacılık hukuk devletine, bireyciliğin ve hak eşitliği düşüncesinin felsefi temellerini atarak katkıda bulunmuştur.⁹⁷ *Stoa okulu* -manevi yönü ağır basan- bir bireysel bağımsızlık düşüncesi üzerinde yükselir.⁹⁸ **Güriz**'e göre ihtiraslarını yenerek akla göre hareket etmeyi başaran özgür insanın insan olmak dolayısıyla saygıya değer sayılması *Stoa* felsefesinden çıkarılabilecek bir sonuçtur.⁹⁹ “Kendi kendine yeten bilge” ideali ile ifade edilen bu bağımsız ve herhangi bir topluma ya da devlete ihtiyacı olmayan birey düşüncesinden hareketle ulaşılan bir diğer nokta da, Aklın (*Logos*¹⁰⁰) bütün insanlara aynı yasayı ve aynı hakları verdiği fikrinden hareketle, haklarda eşitlik prensibine dayalı bir evrensel yurttaşlık düşüncesidir.¹⁰¹

Gökberk'in “doğanın yasasına boyun eğmek” şeklinde ifade ettiği *Logos*'a ya da üstün akla uygun olmaktan kaynaklanan evrensel yurttaşlık düşüncesi **Jones**'e göre, bir yandan “*Roma hukukçularına İmparatorluğun çeşitli halklarının farklı yerel*

⁹⁵ SABINE/THORSON, A History of..., s. 132-135.

⁹⁶ Von ASTER, Felsefe Tarihi..., s. 160.

⁹⁷ IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 93.

⁹⁸ AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 419.

⁹⁹ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 177.

¹⁰⁰ *Logos* Stoacılar'a göre bir “dünya aklı”nı ifade eder. Stoacılar'a göre akıllı bir varlık olması bakımından nasıl ki insanın hayatı düzeni, yasayı ve akli içerir; benzer bir düzenlilik sergileyen dünyada da bir üstün akıldan bahsetmek mümkün olmalıdır. JONES, Batı Felsefesi..., C. I, s. 485.

¹⁰¹ AĞAOĞULLARI, Kent Devletinden..., s. 429-430; GÖKBERK Macit, Felsefe Tarihi, Remzi, 10. Bası, İstanbul 1999, s. 92, 96-97; IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 90-91.

yasaları ile tüm bu halkları aynı şekilde bağlayan evrensel imparatorluk yasası arasında faydalı bir pratik ayırım sağlamakla, bu halkları ve onların alabildiğine farklı kurumlarını tek bir potada eritmek için işe yarar bir dayanak haline gel(irken)” diğer yandan da Hristiyan inancı içinde Tanrı’nın buyruğu olarak yeniden yorumlanmış ve orta çağlardan modern döneme kadar kaybolmadan kalmayı başarmıştır. Yazar, Birleşik Devletler’in kurucu babalarının Bağımsızlık Bildirgesi’ni, Anayasa’yı ve Haklar Beyannamesi’ni kaleme alırken bu doğal haklar düşüncesi ile hareket ettiklerini belirtmektedir.¹⁰² **İzveren** de doğal hukukun 1789 İhtilali üzerindeki etkisine işaret etmektedir.¹⁰³

Bu ilk anlamıyla *Logos* bir *modus vivendi*¹⁰⁴ olarak da düşünülebilir. İkinci anlamıyla Stoa felsefesi hukuk devletinin haklar düşüncesini oluşturacak olan doğal hukuk anlayışına giden yolu açmıştır.¹⁰⁵ İlkçağdan ortaçağa doğal hukuk anlayışı yolu üzerinde yürüten önemli bir isim de **Cicero**’dur.

5. Cicero ve Antikçağdan Ortaçağa Geçiş Sürecinde Hukuk Devletinin Bir Görünümü Olarak Doğal Hukuk Düşüncesi

a. Cicero

Cicero’nun (MÖ 106 – MÖ 43) hukuk devletine katkısı, daha sonra **Grotius**, **Hobbes**, **Locke**, **Rousseau** ve **Kant**’ta izi sürülecek olan “doğal hukuk”u bir siyasal pratik üzerinden savunmuş olmasıdır. **Cicero**, Stoacıların “doğaya uygunluk” anlamındaki ahlak anlayışını hayatın her alanında mevcut olan kendine özgü ödevlerin yerine getirilmesi şekline dönüştürüp bunun da aklın bir gereği olduğunu ifade ederek bu aklın bireyi kendi yurttaşlarıyla ve bütün insanlıkla toplumsal bağlar kurmaya teşvik ettiğini söylemektedir. **Jones**’un aktardığı kadarıyla **Cicero**’ya göre

¹⁰² **JONES**, Batı Felsefesi..., C. I, s. 487-488.

¹⁰³ **İZVEREN** Âdil, Hukuk Felsefesi, DEÜHF Yay., 2. Bası, Ankara 1994, s. 38.

¹⁰⁴ Farklı hayat tarzlarının bir arada ve uyumlu bir biçimde varlıklarını sürdürme yöntemi olarak *modus vivendi* kavramı için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II/D. **Ortak Bir Hukuk Üzerinde Uzlaşan Toplumun Varlığı**, s. 152-154.

¹⁰⁵ Roma hukuk düşüncesindeki *jus naturale* kavramının da Stoa felsefesinin bir sonucu olduğu söylenmektedir. *Jus naturale* Roma İmparatorluğunda *jus civile* ve *jus gentium* yanında üçüncü bir tür hukuk anlayışını ifade eder. *Jus naturale*, bir ideali ifade eder. Bu ideal Roma’da yargı yerlerinin pozitif hukuku şekillendirmesinde, yurttaşlık hak ve ayrıcalıklarının ülke sathında genişleyip yaygınlaşmasında önemli bir işlev görmüştür. *Jus naturalenin* yargı organlarının elinde başlangıçta İngiliz ve Amerikan hukuk sisteminde ve bugün de bütün uygar hukuk sistemlerinde (insan hakları formunda) hukukun yeniden yaratılmasına yönelik bir işlev gördüğü söylenebilir. **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 179-180; **İŞIKTAÇ**, Hukuk Felsefesi, s. 97-98; **JONES**, Batı Felsefesi..., C. I, s. 510-512; **LIPSON** Leslie, Politika Biliminin Temel Sorunları, Çev.: Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHF Yay., Ankara 1973, s. 142-144.

bu şekilde, aklın teşvikiyle bir araya gelen halk alelade bir kalabalığı değil “*adalet üzere bir ittifak ve ortak iyi üzere bir beraberlik içinde bir araya toplanmış büyük sayıda bir insan yığını(nı)*” ifade eder. **Jones**’a göre bunun anlamı devletin kanunlarının ancak öncesiz ve sonrasız bir doğal yasayı model aldıklarında etkin bir hukuk düzenini ifade ettikleridir. Bundan başka “*doğa yasası yalnızca akla sahip olmaları koşuluyla tüm insanlara eşit ölçüde uygulanabilir olduğundan...tek bir devletin yurttaşları olarak tüm insanlar kardeştir; ve tek bir yasanın uyruğu olarak hepsi eşittir.*”¹⁰⁶

Buna göre devlet halktan başka bir şey değildir. Halk ise rastgele bir araya gelmiş insan topluluğunu değil, ortak bir yarar etrafında hukuki bağlarla birbirine bağlanmış insanları ifade eder. Bu birliktelik insanın doğasının bir gereğidir.¹⁰⁷ Bu bağlamda **Cicero**’nun düşüncesinde devletin varlık sebebinin, doğal adaleti hukuk aracılığıyla gerçekleştirmek olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰⁸ Bu da hukuku devlet karşısında bir amaç hâline getirir. Aynı zamanda hukuk, bireyleri birbirine bağlayan bir bağ olarak devletin iş görme aracıdır da. Bu hukuk, **Cicero**’ya göre devletten önce var olan bir hukuktur. İnsan aklında beliren, değişmez ve ebedi olan bu hukuk karşısında devletin görevi pozitif hukuku ile bu ilkelere hayatiyet kazandırmaktır. Doğal hukukun bütünüyle ortadan kaldırılması mümkün değildir. Bütün ulusların tâbi olduğu bu hukuku değiştirmek de devletin ya da toplumun yetkisinde değildir. **Ağaoğulları ve Köker**’in belirttiği gibi, **Cicero**, bu doğal kanunların kimin tarafından tespit edileceğini elitist bir yaklaşım içinde açıklar. **Cicero**’ya göre doğruyu yanlıştan, iyiyi kötüden ayırabilecek doğru akıl “*bilgelerin zihninde bulunmaktadır; dolayısıyla neyin doğal yasa olduğunu belirleyecek olanlar bilgelerdir.*”¹⁰⁹ **Cicero**’ya göre bir birliğin devlet sıfatını hak edebilmesi için yurttaşları ile olan ilişkisini haklar üzerinden tesis etmiş olması ve bir özgürlük düzeni kurmuş olması gerekir.¹¹⁰ Halkın çoğunluğunun iradesine dayansa bile “*müşterek hukukun muhafazasına çalış(mayan)...yığın tek bir hükümdardan farksız biçimde tiran sayılır.*”¹¹¹

¹⁰⁶ **JONES**, *Batı Felsefesi...*, C. I, s. 496-498.

¹⁰⁷ **CICERO**, *De Republica*, Çev.: Nermin Abadan, içinde: *Devlet Felsefesi*, Der.: Yavuz Abadan, AÜSBF Yay., Ankara 1959, s. 95.

¹⁰⁸ **GÜRİZ**, *Hukuk Felsefesi*, s. 178; **İŞIKTAÇ**, *Hukuk Felsefesi*, s. 96.

¹⁰⁹ **AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/KÖKER Levent**, *İmparatorluktan Tanrı Devlete*, İmge, 3. Bası, Ankara 1998, s. 47.

¹¹⁰ **CICERO**, *De Republica*, s. 96.

¹¹¹ **CICERO**, *De Republica*, s. 98.

Cicero haklar üzerine inşa edilen özgürlük düşüncesiyle ve bireylerarası ilişkilerin hukuksallığıyla hukuk devleti düşüncesinin bir öncüsü sayılabilir. Bundan başka, *Cicero*, devletten önce gelen bir doğal hukuk düşüncesi ile devleti basit bir güç ile özdeşleştiren görüşün karşısında onu ancak hukuk ile anlamlandıran bir bakış açısı içinde bugünün insan hakları bağlamında şekillenen hukuk devleti düşüncesine de dayanak olmaktadır.¹¹²

b. Bir İlahi Hukuk Olarak Doğal Hukuk

Doğal hukuk düşüncesi, ilkçağdan itibaren var olan bir hukuk düşüncesidir.¹¹³ Sofistler ve *Protagoras*'ın "her şeyin ölçütü olarak insan" düşüncesi; *Sokrates*'in üstün aklın kanunları olarak ifade ettiği yazılı olmayan kanunları; *Platon*'un adalet idesi; *Aristo*'nun erdem ve adalet anlayışı; *Stoa okulunun* "doğaya bağlılık" ilkesi, insan yapısı hukukun üzerinde birtakım üstün ilkeler bulunduğu ifadesidir. İnsana, topluma ve devlete düşen, toplumdaki ve devletten önce var olan bu düzen ilkelerini ortaya çıkartarak, bununla uyumlu bir sistem inşa etmektir. Klasik liberalizmin "devletten önce haklar" söylemi ile bağlandığı doğal hukukun pozitif hukuku şekillendiren bir araç hâline gelmesi özellikle yargı organlarının elinde gerçekleşmiştir. Bir haklar ve özgürlükler algısı bağlamında devletin her türlü eylem ve işleminin denetlendiği bu uygulama son tahlilde devleti "haklı bir hukukla" bağlama çabası anlamında hukuk devletinin de bir aracıdır. Roma İmparatorluğu döneminde *Pretorlar*'ın *ius civile*'yi, doğal hukukun ışığı altında, "gelişen bir ticaret toplumunun ihtiyaçlarına cevap ver[ebileceği]" yetkinliğe kavuşturması¹¹⁴; modern hukukun bir "yargıç yarattığı hukuk" hâline gelmesine de tarihsel bir dayanak teşkil etmiştir.¹¹⁵ Roma İmparatorluğu'nun en yaygın felsefesi olarak *Stoa okulunun*

¹¹² AĞAOĞULLARI/KÖKER, İmparatorluktan..., s. 51-52.

¹¹³ KİA AKKAYA Rukiye, Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk, Beta, İstanbul 2006, s. 34 vd.; TOKARCZYK Roman A., "Sosyal Düzenin Evrensel Temeli Olarak Doğal Hukuk", Çev.: Sururi Aktaş, AÜEHFD, C. 1, S. 1, Erzincan 1997, ss. 267-275, s. 269.

¹¹⁴ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 149.

¹¹⁵ ARSAL, Umumi..., s. 303-309. "Ticaret" kavramı hukuk devleti için ayrıca önemlidir. Çünkü ticaretin "hukuk tarafından düzenlenmiş toplum" düşüncesi üzerinde belirleyici bir etkisi vardır. Zira ticaret, rasyonel bireyi ve hukuk güvenliğini zorunlu kılar. DAVID René, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, Çev.: Argün Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966, s. 42-43. Bu çalışmada da vurgulanan bir nokta olarak, hukuk devleti, liberal düşünce geleneği içinde ortaya çıkmış bir ideal olarak her şeyden önce "mülkiyet eksenli" haklar ve "siyasal özgürlükler" için bir "hukuk güvenliğini"; geleneksel kurallar ekseninde çerçevesinde sürdürülmekte olan ticari ilişkiler için bir müdahaleci olmayan fakat bulanıklığa da yer vermeyen bir düzeni ve nihayet ticari faaliyetlere ilişkin olarak sıkça ortaya çıkan uyuşmazlıkların herkesin rıza göstereceği, önceden belirlenmiş olan hukuk ekseninde çözümlenmesini ifade eder. Hukukun önceden belirlenmişliği bu bağlamda bir "yasama" faaliyetine

“doğaya uygun yaşama” düşüncesi bağlamında şekillenen doğal hukuk, Hıristiyanlığın resmî din olmasından sonra dinsel yönü ağır basan bir hukuk hâline dönüşmüştür.¹¹⁶

Hıristiyanlık, ortaçağın eksen iki kavramından birisidir. Bu dönemin felsefesi gibi hukukunun da dinsel bir renginin olduğunu söylemek mümkündür.¹¹⁷ Bu açıdan ortaçağda hukuk devleti düşüncesinin, hukuk düzeninin ilahî hukuka uygunluğu şeklinde algılandığı da söylenebilir. Bunun doğal bir sonucu olarak da Kilise, devletin (daha doğru bir ifadeyle Kralların) ve engizisyon mahkemeleri de bireylerin, “hukuka uygunluğunu sağlamanın” temel aracı olarak düşünülebilir.

Ortaçağda hukuk ve devlet düşüncesi, dönemin teolojik felsefesi içinde şekillenmiştir. Bu dinsel doğal hukuk söyleminin felsefi arka planını *Patristik Felsefe* oluşturur. Patristisizm “*Hıristiyan dogmasına Antik Felsefenin araçlarıyla bir biçim kazandırmak... uğraşlarını içine alan Hıristiyan Felsefesinin ilk dönemi(ni)*” ifade eder.¹¹⁸

Patristik felsefenin, belki de en önemli ismi, **Augustinus**'tur (354 – 430).¹¹⁹ Antikçağ felsefesinin de etkisiyle dünya üzerinde yaşayan insan topluluklarını dört gruba ayıran **Augustinus** (aile, *domus*; devlet, *civitas*; bütün yeryüzünü ve insanları kapsayan *orbis terrae*; yeryüzünü, gökyüzünü, Tanrı'yı, meleklerini ve ruhları, insanları kapsayan evren, *mundus*) bu toplum tiplerinin hepsinde Tanrısallıktan ve şeytanîlikten; iyilikten ve kötülükten; ilahî sevgiden ve benlik sevgisinden bir parça bulunduğunu ifade eder. Bunlar arasında birincilerin egemen olduğu devlet, hukukun ve adaletin bulunduğu devlet, Tanrı devletidir (*De Civitate Dei*). Hukukun ve adaletin olmadığı devletler ise ancak bir haydut çetesi olarak nitelendirilebilirler. Ne var ki dünya üzerinde hakiki adaletten dolayısıyla de “hakiki devlet”ten bahsetmek mümkün değildir. Olsa olsa “görelî bir adalet”ten bahsedilebilir. Bu görelî adaletin

işeret etmez. Söz konusu olan daha ziyade, hukuku bilen, bağımsız ve tarafsız hâkimler eliyle “söylenen” geleneksel kurallardır. Bu nedenle hukuk devleti için esas olan “yargıç-yararısı hukuk”tur. Kanunlar bu hukukun istikrarını sağlamak ve kesinliğini “tespit etmek” amacıyla girilen ikincil bir faaliyettir. Özetle, liberal hukuk devleti için esas olan, devletten de önce gelen, “ticaret”in güvenceli sürdürülebilirliğini sağlamaktır. Ticaretin devlet karşısında öncelliğine ilişkin **HAYEK** Friedrich A., *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism, the Collected Works of F. A. Hayek, Vol. I, Ed.: W. W. Bartley III, The University of Chicago Press, Chicago 1989, s. 43-44.*

¹¹⁶ **TOKARCZYK**, “*Sosyal Düzenin...*”, s. 269.

¹¹⁷ **GÖKBERK**, *Felsefe Tarihi*, s. 125.

¹¹⁸ **GÖKBERK**, *Felsefe Tarihi*, s. 126.

¹¹⁹ **MAGEE** Bryan, *Büyük Filozoflar: Platon'dan Wittgenstein'a Batı Felsefesi, Paradigma*, İstanbul 2000, s. 56.

düzenini ifade eden devlet de yeryüzü devletidir. Tıpkı insanın yaratılıştan günahkâr olması gibi yeryüzü devleti de doğuştan kötülük barındırır. Ancak tıpkı insanların bir ömür boyu kendilerini iyinin arayışına adanmaları gibi yeryüzü devletleri de Tanrı devletinin düzeninin arayışındadır. Bu arayış ancak hukuk aracılığıyla mümkündür. *Augustinus*'a göre üç tür hukuk düzeni vardır. Kutsal aklın ürünü olan ilahî hukuk; ebedi hukukun insan aklı tarafından algılanmış, dolayısıyla da deforme olmuş hâli olan doğal hukuk ve insanın kurmuş olduğu devlette geçerli olan dünyevi-pozitif hukuk. Pozitif hukukun “adil” olması onun ilahî hukuk ile uyumlu olmasına bağlıdır.¹²⁰

Görüşleri Katolik Kilisesi'nin resmi öğretisi olarak kabul gören *Augustinus*'un dolayısıyla da patristik felsefenin üstün hukuku bütünüyle Tanrısaldır. İlahî hukukun insani hukuk karşısında üstünlüğü düşüncesi XII. yüzyıla gelindiğinde artık kurumsallaşmış Kilise'nin, ruhani iktidarın, cismani iktidar karşısındaki üstünlüğüne dönüşmüştür.¹²¹

XII. yüzyılda *Salisburyli John* (1120 – 1180), ilkçağdan Hıristiyanlaştırarak ödünç aldığı kavramlar bağlamında, Kilisenin üstünlüğü esasına dayalı organizmacı devlet tasarımı yapmıştır. Bu tasarım, Kilise aracılığıyla ortak iyiliği gerçekleştirmek ve bireylerin yaşamlarını güvence altına almak amacını güden bir merkezî iktidar düşüncesi üzerinde yükselir. *Salisburyli*'nin özgünlüğü, bu iktidarın hukukla bağlı olduğunu ileri sürmesindedir. *John*'a göre hukukun ilkeleri göz ardı edilerek yürütülen bir iktidar, karşı konulması meşru olan bir tiranlıktır. *Salisburyli John*'a göre tiranlık, iktidarın hak ve adalet tanımaksızın, hukuk kuralları ile bağlı olmaksızın, keyfi biçimde yönetimini ifade eder.¹²²

Patristik Felsefenin yerini Skolastik Felsefeye bıraktığı, kent yaşamının ve burjuvanın gelişmeye başladığı bu dönem içinde *Augustinus*'un adaletin egemen olmadığı bir devleti ve *Salisburyli John*'un da hukukla bağlı olmayan iktidarı olumsuzlaması *Aquinolu Thomas*'da (1225 – 1274) “adalete uygun bir iktidarın

¹²⁰ AĞAOĞULLARI/KÖKER, İmparatorluktan..., s. 120, 130-135; CROZAT Charles, Âme Hukuku Dersleri, C. II, Kısım II, Orta Zamanlar, Çev.: Recai Galip Okandan, İÜ Yay., İstanbul 1946, s. 432-444; GÖKBERK, Felsefe Tarihi, s. 134-138.

¹²¹ WEBER Alfred, Felsefe Tarihi, Çev.: Vehbi Eralp, Sosyal, 5. Bası, İstanbul 1998, s. 138-140.

¹²² AĞAOĞULLARI/KÖKER, İmparatorluktan..., s. 185-193.

hukukla bağılı yönetimi” düşüncesi şeklinde ortaya konacaktır. Bu *Ağaoğulları ve Köker*’e göre aynı zamanda “*anayasal ve demokratik yönetimin de ifadesi*”dir.¹²³

Gökberk’in “*skolastik çığırın en büyük düşünürü*”¹²⁴ olarak nitelendirdiği ve öğretisinin bugün de Katolik Kilisesinin resmi felsefesi olduğunu belirttiği *Aquinolu Thomas*’nın “*doğal hukukun klasik teolojik versiyonunu kurduğu*” söylenmektedir.¹²⁵ *Aquinolu Thomas* bir putperest hukuku olarak Hıristiyan dünyada eleştirilen Roma hukukunun ilahi kanuna uygunluğunu göstererek bu hukukun tekrar dirilmesine yardımcı olmuştur. Bunun önemi, toplumsal ilişkilerin yeniden “laik” bir hukuk ve “hukuk kuralı” üzerinden inşa edilmesinin yolunu açmış olmasındandır. *David*’e göre bu, aynı zamanda “*hukukun hakimiyeti*” yolunun da başlangıcıdır.¹²⁶

Aquinolu Thomas’nın, insanı akıl sahibi bir varlık olarak gördüğünü belirten *Güriz*’e paralel olarak *Işıktaç* da bu sebeple özgür ve eşit olan insanın amacının Tanrısal bilgi aracılığıyla “doğru ve erdemli” yaşamın kapısını aralayacağını ifade etmektedir. Bu ancak “*doğa yasasının doğal eğilimlerin düzenine denk düşen hiyerarşik bir düzen içinde sıralanmış buyruklarını hesaba katarak*” kanunlar aracılığıyla gerçekleştirilebilir.¹²⁷ Bu *Uslu*’ya göre hiyerarşik, teleolojik ve rasyonel bir evrensel düzenin ifadesidir.¹²⁸ Bu, iyi’nin ve adil olanın aşkın bir irade tarafından ortaya konulduğu, insanın özgürlük alanının bu iradenin sınırları bağlamında düzenlendiği ve bu üstün iradenin dışında ve onun karşısında herhangi başka bir iradenin geçerlilik şansı bulmadığı bir düzendir. *Aquinolu Thomas* için esas olan, “*Ortak İyi için, topluluğu gözetmekle sorumlu otorite tarafından yapılmış ve ilan edilmiş, aklın kesin bir emri*”¹²⁹ olarak nitelendirdiği beşeri kanunun akıl ile ortaya konan bir davranış kuralı olarak nitelendirdiği doğal kanuna, adalete uygunluğudur. *Bix, Thomas*’nın düşüncesinde doğal hukukla uyumlu kanunların vicdani bağlayıcılık gücüne sahip olduğu görüşüne işaret eder. Üç hâlde ise kanunun adalete

¹²³ AĞAOĞULLARI/KÖKER, İmparatorluktan..., s. 206, 209.

¹²⁴ GÖKBERK, Felsefe Tarihi, 151.

¹²⁵ IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 113.

¹²⁶ DAVID, Çağdaş..., s. 45, 50. Aynı yönde Sarıca da Aquinolu Thomas’ı bir sınırlı iktidar kuramcısı olarak anayasacılık felsefesinin ilk düşünürleri arasında saymaktadır. SARICA Murat, 100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi, Gerçek, 8. Bası, İstanbul 1999, s. 42-44.

¹²⁷ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 186; IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 112.

A. Thomas kanunları hiyerarşik bir tasnife tâbi tutar: Sonsuz kanun (*Lex Aeterna*), Doğal kanun (*Lex Naturalis*), İlahi kanun (*Lex Divina*), beşeri kanun (*Lex Humana*).

¹²⁸ USLU, Doğal Hukuk..., s. 93-94.

¹²⁹ AQUINAS, Summa Theologiae, q. 90, art. 4, corpus, aktaran: BIX Brian H., “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çev.: Ertuğrul Uzun, DEÜHFD, C. 6, S. 2, 2004, ss. 291-343, s. 304.

uygun olmadığından, bir başka ifadeyle vicdani bağlayıcılık gücüne sahip olmadığından bahsedilebilir: ortak yarara ilişkin olmama, “*kanunkoyucunun ultra vires eylemde bulunması*”, kanundan kaynaklanan yükümlülüklerin bütün topluma eşit olarak dağıtılmaması.¹³⁰ Kanun bir kere devletin/siyasi iktidarın doğal hukuka/adalete uygun olarak ortaya konan iradesi şeklinde tanımlandığında devlet için artık doğal hukuka aykırı bir irade koymaktan bahsedilemez. Bir başka ifadeyle –adil olmayan kanunların dahi bağlayıcı olmaya devam edebilecekleri konusundaki çekince ile birlikte- *St. Thomas*’nın devleti, zorunlu olarak bir hukuk devletidir. Ortak yararı gözetmeyen, adalete aykırı kanunlar, keyfi ve zalim kanunlar, kanun koyucunun yetkisini aşarak ortaya koyduğu kanunlardır. Beşeri kanunun doğal kanuna aykırı olması hâlinde *St. Thomas*, içeriği muğlâk ve etkinliği tartışmalı bir direnme hakkından bahsetmektedir. *Aquinolu Thomas*’nın kuramında, iktidarın hukukla uyumlu biçimde yürütüleceği ilkesi, iktidarın iradesinin, hukuksal ya da siyasal herhangi bir denetime sahip olacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte üstün bir hukuka göre şekillenen kanun düşüncesinin kökenlerini *Aquinolu Thomas*’nın hukuk düşüncesine dayandırmak mümkündür.¹³¹

Uslu’ya göre *Aquinolu Thomas*’nın doğal hukuk teorisi, *Augustinus*’un görüşleri ile kıyaslandığında “seküler” sayılabilirse de Thomasçı hukuk anlayışı aklın Tanrı ile olan sıkı bağlantısı sebebiyle son tahlilde teolojiktir ve Tanrı’yı amaç edinmiş olmak itibarıyla de teleolojiktir.¹³²

Ortaçağın teolojisinden akla bir kapı aralayan önemli bir isim de *Ockhamlı William* (1288 – 1348) olmuştur. *William* felsefe ile teolojii birbirinden ayırarak aklın ve inancın birbirinden farklı alanlara ait olduğunu vurgulamış ve bu görüşlerinin siyasal alandaki yansıması olarak da Kilise’nin devlet üzerindeki etkisinin azaltılması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu nedendir ki *William*’ın laik düşüncenin ortaçağdaki habercisi olduğu ifade edilmektedir.¹³³

¹³⁰ AQUINAS, Summa Theologiae, q. 96, art. 4, corpus, aktaran: BIX, “Doğal Hukuk...”, s. 305, dn. 56.

¹³¹ BLACKSTONE William T., Political Philosophy: An Introduction, Thomas Y. Crowell Company, USA 1973, s. 37-45; CRANSTON Maurice, “Aquinas”, içinde: Batı Düşüncesinde Siyaset Felsefeleri, Ed. Maurice Cranston, Çev.: Nejat Muallimoğlu, MÜİFV Yay., 2. Bası, İstanbul 2000, ss. 34-43; CROZAT, Âmme Hukuku..., s. 478-487.

¹³² USLU, Doğal Hukuk..., s. 168.

¹³³ BAYAR Işıl, “Ockhamlı William’ın Epistemolojisi”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2001, ss. 165-186, s. 186; SABINE/THORSON, A History of..., s. 285-290.

c. *Grotius ve Akılla Kavranan Hukukun Üstünlüğü*

“Ortaçağ karanlığı”nın Rönesans ve Reformun ışığıyla “aydınlatılması” süreci insanın merkezî bir kavram olarak ele alındığı bir düşünce iklimini ifade eder. Aydınlanma ve daha sonra modernlik ile sonuçlanacak olan bu süreç içerisinde insan, ortaçağın tanrısallığına bir tepki olarak ve antikçağın da etkisi ile “akıl ve irade sahibi bir varlık olarak” Tanrı’nın tahtına yüceltilmiştir. Bir başka ifadeyle aydınlanma süreci ile gerçekleştirilen, verili (ilahî) bir düzenin insan aklına dayanan bir düzen ile tasfiyesidir. Bu sürecin tam ortasında yaşayan *Hugo Grotius*’un (1583 – 1645) hukuk düşüncesi de *Abadan*’a göre onun hümanist burjuva kimliğinden ve rasyonel ahlak anlayışından kaynaklanan dinde yenilik ihtiyacına olan inancı doğrultusunda şekillenmiştir.¹³⁴

Grotius’un hukuk anlayışı, uluslararası hukuka ilişkin pratik bir dizi sorunun çözümlenebilmesi bağlamında, daha çok herhangi bir düzene bağlı bulunmayan devletlerarası ilişkilerde gözetilmesi gereken üstün bir hukuk düzeninin varlığı söylemi üzerinden, Hollanda’nın uluslararası alandaki çıkarlarının savunulması ihtiyacından kaynaklanır.¹³⁵ Daha geniş bir perspektiften ele alındığında bu; bir yönü ile “uyuşmazlıkların barışçıl çözümü arayışı” diğer yönü ile de “hukuk güvenliği anlamında öngörülebilirlik” inşasıdır. Böylece uluslararası sorunlar öncelikle bir hukuk düzeni aracılığıyla; eğer barışçıl bir çözüme ulaşılamaz ise artık “haklılaşan”, sebebi ve usulü önceden belirlenen, keyfî ve sınırsız olmayan bir savaş aracılığıyla çözümlenecektir.

Bu açıdan uluslararası alanda egemen eşit birimler¹³⁶ olarak var olan ve üstün herhangi bir otoriteye tâbi olmayan, *Grotius*’un “*Bir arada yaşamann getireceği nimetlerden ve sağlayacağı haklardan yararlanmak üzere birleşen özgür insanlardan oluşan mükemmel bir organ.*” şeklinde tanımladığı devletler her türlü bağlayıcı kuraldan azade sayılamazlar. Yazara göre insan doğasındaki

¹³⁴ **ABADAN** Yavuz, *Grotius ve Tabii Hukuk*, İstanbul 1939, s. 3-8.

¹³⁵ **LARRÉRE** Catherine, “*Grotius Hugo*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: *Siyaset Felsefesi Sözlüğü*, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, ss. 349-354, s. 353; **TORUN** Yıldırım, *Hugo Grotius’un Hukuk ve Siyaset Felsefesi*, Kaknüs, İstanbul 2005, s. 33.

¹³⁶ *Grotius*’un görüşleri, ölümünden üç yıl sonra imzalanan Westfalya anlaşmasına da ilham verecek, ilk kez devletler, uluslararası toplumun egemen ve eşit birimleri olarak bir hukuk etrafında uzlaşacaklardır. Bu aynı zamanda ulus-devletin doğuşunu da ifade eder. Böylece “hukuk”, devleti içeride ve dışarıda “düzenleyen” bir ilke olarak ulusal ve uluslararası bir değer kazanmış olmaktadır. Hukukun devlete ve devletlerarası düzene olan bu etkisi, hukuk devleti düşüncesine ulaşmakta önemli bir adım olmuştur. **TORUN**, *Hugo Grotius...*, s. 37; **PIERSON** Christopher, *Modern Devlet*, Çev.: Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000, s. 81-82.

toplumsallaşma arzusu (*appetitus societatis*) onu diğer bütün canlılardan ayırır. Ayrıca bu arzu, insanın bir toplum içinde diğerleri ile doğal bir şekilde ve barış içinde yaşamasını da zorunlu kılar.¹³⁷ Böylece toplumsal birliktelik ve bunu barış içinde sürdürmeyi mümkün kılan hukuk kuralları *Ağaoğulları*, *Akal* ve *Köker*'in ifade ettiği gibi, insan doğasından türeyen bir zorunluluk olarak ortaya çıkar.¹³⁸

İnsanın doğasından çıkan bu kurallar verilen sözü tutmak, yapılan kötülüğü cezalandırmak, başkalarının mülkiyet hakkına saygı göstermek ve verilen zararı tazmin etmektir. *Larrère*'ye göre iyilik ve hayra yönlendirmekten çok haksızlığı yasaklamakla sınırlı olan bu kurallar *Abadan*'a göre *Ulpianus*'un hukuk tanımına paralel olarak da okunabilir.¹³⁹ *Ulpianus* hukuku *honeste vivere, neminem ledere, suum cuique tribuere* şeklinde tanımlamıştır: Şerefli yaşamak, kimseye zarar vermemek, herkese ait olanı vermek. Bu ilkeler daha sonra *Kant*'ın kuramında da yer alacak ve maddi hukuk devletinin temelini teşkil edecektir.

Böylece *Grotius*, insan topluluğunun insan doğasından çıkarılabilecek kurallarla düzenlenerek yaşamın ve barışın korunabileceğini kabul etmektedir. İnsanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen davranış kuralları olarak ifade ettiği hukuku doğal hukuk ve iradeye bağlı hukuk olarak ikiye ayırır. İradeye bağlı hukuk Tanrısal iradeye dayanabileceği gibi, insan iradesine de dayanabilir. *Grotius*, doğal hukuku Tanrısal iradeye dayanan hukuktan ayırarak bu hukuku ilk kez laik bir temelde ele almıştır.¹⁴⁰ Tanrısal hukuktan farklılaşmış, otonom bir hukuk olarak doğal hukukun etkinliği onun Tanrısal iradeye uygunluğuna bağlı değildir. Buna karşılık hem Tanrısal hukukun hem de insani hukukun geçerliliği doğal hukuka bağlıdır. *Grotius*'a göre doğal hukuk “*Tanrı'nın var olmadığı ya da var olsa bile insan işleriyle uğraşmadığı kabul edilse bile*” geçerlidir. Bu hukuk “*Tanrı tarafından dahi değiştirilemez.*” *Abadan* da *Grotius*'un bir Tanrı olmasaydı bile doğal hukuk ilkelerinin otonom ve geçerli bir düzen oluşturacakları düşüncesini, bütün çekincelere karşın hukukun laikleştirilmesi yolundaki ilk adım olarak değerlendirir. Buna karşılık bu ilkeler ahlaktan soyutlanmadığı gibi bir hak ve özgürlükler söylemi

¹³⁷ **GROTIUS** Hugo, Savaş ve Barış Hukuku (Seçmeler), Kitap I, Bölüm 1/XIV, Bölüm 3/I, Çev.: Seha L. Meray, AÜSBF Yay., Ankara 1967, s. 24, 26; **GROTIUS** Hugo, On the Law of War and Peace, Çev.: A. C. Campbell, A.M., Batoche Books, Kitchener 200, s. 13, 42.

¹³⁸ **AĞAOĞULLARI** Mehmet Ali/**AKAL** Cemal Bâli/**KÖKER** Levent, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge, Ankara 1994, s. 89.

¹³⁹ **ABADAN**, Grotius..., s. 31-34; **LARRÉRE**, “Grotius...”, s. 351.

¹⁴⁰ **AKAL**, İktidarın..., s. 103; **BIX**, “Doğal Hukuk...”, s. 298.

de içermez.¹⁴¹ Aynı şekilde *Grotius*'un doğal hukuk söylemi orijinal ve ilk doğal hukuk söylemi de değildir. Bu nedenle yazarın doğal hukukun kurucusu sayılması yerine onun doğal hukuku sistematize ettiğini söylemek daha uygun olacaktır.¹⁴²

Grotius'un hukuk devleti düşüncesine yaptığı katkı onun doğal hukuk kuramının ve uluslararası hukuk anlayışının birlikte düşünülmesi ile ortaya konabilir. Çünkü süjesini kendisinden daha üstün bir başka iradenin varlığını kabul etmeyen egemen devletlerin oluşturduğu bir toplum fikri, hukukun üstünlüğü düşüncesinin meşruluğu ve akla uygunluğu bakımından insanların oluşturduğu bir topluluk düşüncesinden daha elverişlidir. Zira tanımı itibariyle bağımsız bir birim olan devletin üzerinde bir başka gücün bulunamaması, kendi iradesini diğerlerine kabul ettiren üstün bir devletin varlığını da kendiliğinden dışarıda bırakır. Böylece *Grotius*'un hukuk devleti kuramı, “devletlerin değil insanlığın ortak değerlerinden akıl yolu ile çıkarsanabilecek doğal hukukun yönetimi” yanında uluslararası düzenin salt devletlerin çıkarları ile değil fakat bir dizi kuralla yaratılabileceği bir “ideali” ifade etmektedir.

Devletlerin üzerinde ve onları bağlayan üstün bir hukukun varlığı uluslararası barışın ve ticaretin dolayısıyla da uluslararası düzenin güvencesi olacaktır. Bu bağlamda uluslararası alanda ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmekte son çare olarak savaşa başvurulsa bile bu kısıcıcı ve insanlık dışı bir savaş olmayacak, aklın ilkeleri ışığında belirlenen haklı bir savaş olacaktır. Bu şekilde inşa edilen barışçıl toplumsal düzen, devletlerin ve bireylerin güvenliğini ve çıkarlarını da koruyup geliştirebilecekleri bir ortamı da ifade eder ki hukuk devletinin varlık gayesi de son tahlilde bu olmaktadır.

6. Kanun Devletinin ve Hukuk Devletinin Ortak Temeli Olarak Doğal Hukuk

İlkçağdan günümüze kadar, konjonktürel şartlarla karşılıklı bir etkileşim içinde farklı biçim ve içeriklerde ortaya konan bir dizi kuramı ifade eden doğal hukuk düşüncesi¹⁴³, *Topçuoğlu*'nun sınıflandırmasına göre ilk ve ortaçağlarda kâinatı anlamak için ortaya atılan bir teoridir. Yeni çağlarda ise, XVII. ve XVIII. yüzyıllarda, doğal hukuk siyasal bir ideolojiyi, bir özgürlük ideolojisini ifade eder. XIX. yüzyılın pozitivismi içerisinde bir efsane olarak görülen doğal hukuk, XX.

¹⁴¹ ABADAN, Grotius ..., s. 23, 27-29, 34.

¹⁴² ABADAN, Grotius..., s. 22-23, dn. 6.

¹⁴³ USLU, Doğal Hukuk..., s. 40.

yüzyılda kanun koyucunun vicdanına hitabeden ve hukuki rengi kalmamış bir ahlaki emir olarak düşünülebilir.¹⁴⁴ Her hâlde pozitif hukuk aracılığıyla etkin ve etkili olabilen doğal hukukun pozitif hukuk üzerinde onu temellendiren ve denetleyen bir etkisi olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁵ Nitekim **Aktaş** da doğal hukukun değişken içeriğine işaret ederek doğal hukuk kuramlarının üç ortak notasını tespit etmektedir: Hukuksal pozitivizme karşı olmak¹⁴⁶, pozitif hukuka bir meşruluk kazandırmak ve hukukun ahlaksallığı düşüncesi.¹⁴⁷ **Torun** da doğal hukukun ortak özelliklerini şu şekilde saymaktadır¹⁴⁸: 1. Akıl yolu ile bilinebilirlik, 2. Herkes için ortak, doğal, objektif bir kaynaktan doğma, 3. Pozitif hukuka nazaran üstünlük, 4. Evrensellik¹⁴⁹.

Doğal hukuk, her bir doğal hukuk kuramının görüşlerine paralel olarak farklı biçimlerde tanımlanabilir. Örnek olması bakımından şu iki kapsayıcı tanım yararlı olabilir. **Mardin**'in “*sert bir doğal hukuk tanımı*” olarak nitelendirdiği **Cicero**'nun doğal hukuk tanımını **Uslu** şu şekilde aktarmaktadır: “*Hakiki hukuk, doğa ile uyum hâlindeki doğru akıldır; evrensel referanslıdır, değişmez ve süreklidir; buyruklarıyla ödeve çağrı yapar, yasaklarıyla yanlış yapmaktan alıkoyar. O kötüler üzerinde bir etkiye sahip olmamasına rağmen iyi insanlar üzerine buyruk ve yasaklarını boşu boşuna yüklemeyiz. Bu hukuku değiştirmeye çalışmak günahdır. Ne onun bir kısmını ilga etmeye kalkışmak mubahtır, ne de onu tümünden lağvetmek mümkündür. Senato ya da halk, bizleri onun yükümlülüklerinden azade kılamaz. Onun tefsircisi ya da yorumcusu olarak kendimiz dışında bir yere bakmamız gerekmez. Roma'da ya da Atina'da şu anda ya da gelecekte farklı yasalar yoktur. Ebedi ve değişmez tek hukuk bütün milletler ve tüm zamanlar için geçerlidir. Bu hukukun müellifi, yürürlüğe koyanı ve tatbik eden yargıcı ve hepimizin üzerinde olan Tanrı tek efendi ve*

¹⁴⁴ **TOPÇUOĞLU** Hâmide, XXinci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı, Ankara 1953, s. 201-216.

¹⁴⁵ **ÖKTEM** Niyazi/**TÜRKBAĞ** Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der, 3. Bası, İstanbul 2003, s. 100.

¹⁴⁶ Aslında doğal hukukun pozitivizme karşı olmasından değil fakat hukuki pozitivizmin doğal hukuka karşı olmasından bahsedilmelidir. Bu bağlamda David, Avrupa'da “kanunlaştırma” faaliyetlerinin başlangıcını doğal hukukun bir başarısı olarak nitelendirir. Yazara göre doğal hukukun amacı “*aklin müeyyidesi ve kişi hürriyetlerinin garantisini altında bir tabii kanun yapmaktır*”. Bununla birlikte bir kere “kanunlaştırma” yoluna girildiğinde artık bunu amacından saptırmak da kolay olmuş; kanun koyucu sahip olduğu bu yetkiyi “*her türlü tabii kanun endişesinin dışında, bunu toplumun temellerini değiştirmek için*” kullanacaktır. **DAVID**, Çağdaş..., s. 60-62, 63 vd.

¹⁴⁷ **AKTAŞ** Sururi, “*Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi*”, AÜEHFD, C. 8, S. 1, 2004, ss. 3-22, s. 4-5.

¹⁴⁸ **TORUN**, Hugo Grotius..., s. 50.

¹⁴⁹ “*Doğal hukuk birçok bakımdan temelde evrenselcilik tarafından karakterize edilir.*” **TOKARCZYK**, “*Sosyal Düzenin...*”, s. 267.

*hükümdardır.*¹⁵⁰ **Cevizci** ise doğal hukuku birbirini tamamlayan iki bağlamda ele almaktadır. “*Genel olarak, ahlaki önermelerin nesnel bir geçerliliği olduğunu, bu önermelerin nesnel olarak doğru ya da yanlış olduklarını; ahlaklılık standartlarının dünyanın doğasından türediğini veya insan varlıklarının doğası tarafından gerektirildiğini ifade eden görüş. ... Buna bağlı olarak ve biraz daha özel bir anlam içinde, hukuku bir bütün olarak haklı kılan ve her tür hukuk sisteminden önce gelen a priori öge, her tür hukukun ideal kaynağı ve ve bu idealden türeyen pozitif hukuku sınama ölçütü, değişen kurallar ve yasalar karşısındaki değişmez hukuk kuralları bütünü olarak, insan ya da toplumun özsel, temel, aslî doğasında temellenen ve uzlaşımından, toplum tarafından sonradan koyulan yasalar ve başka kurumsal değerlerden bağımsız olan hukuk.*”¹⁵¹

Böylece doğal hukukun; insanın doğasından kaynaklanan, bütün toplumlar ve zamanlar bakımından ortak olduğu kabul edilen değerlere dayanan ve insanın akli ile kolaylıkla kavrayıp açığa çıkartabileceği; geçerliliği herhangi bir pozitif iradenin varlığına bağlı bulunmayan; buna karşılık pozitif normu meşrulaştırabilen ya da ona yol gösterici olabilen; sistematik düşünüş tarzından çıkarsanan ilkeler şeklinde tanımlanması mümkündür.¹⁵²

Doğal hukukun bu çalışma bakımından önemi, doğal hukukun aynı zamanda bir hukuk devleti kuramı olmasıdır. **Del Vecchio**'ya göre doğal hukuk kuramlarına müracaat edilmeksizin hukuk devletinin temellerini anlamak mümkün değildir.¹⁵³ **Abadan** da doğal hukukun bazı özelliklerine işaret ederken dolaylı yoldan onun hukuk devleti ile olan ilişkisini de kurmaktadır.¹⁵⁴ 1. Doğal hukuk, ulusların despotik bir siyasi iktidarın keyfi yönetimine karşı korumak için hakkaniyetin gereklerini, yürürlükteki hukuk karşısında geçerli kılmak amacı güder. Bu aynı zamanda hukuk devletinin ortaya çıkış felsefesini de ifade eder. Gerçekten de sınırlı bir siyasi iktidar

¹⁵⁰ **MARDİN** Şerif, “*Tabii Hukuk, Batı Toplumu ve Bizler*”, HFSA, S. 9, İstanbul 2004, ss. 13-18, s. 13-14; **USLU**, Doğal Hukuk..., s. 37.

¹⁵¹ **CEVİZCİ** Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Paradigma, 6. Bası, İstanbul 2005, s. 530-531.

¹⁵² **ABADAN**, Grotius..., s. 6, 17-19; **AKTAŞ**, “*Modern Doğal Hukuk...*”, s. 3; **BİX**, “*Doğal Hukuk...*”, s. 291; **DEL VECCHIO** Giorgio, Hukuk Felsefesi Dersleri, Çev.: Sahir Erman, İÜHF Yay., İstanbul 1952, s. 453 vd.; **OTAR** Gogilaşvili, “*Doğal ve İradi Hukuk Arasındaki İlişki*”, HFSA, S. 10, İstanbul 2004, s. 144-147; **TRIGEAUD** Jean-Marc, “*Hukuk*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, s. 384; **VERGARA** Francisco, Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik, Çev.: Bülent Arıbaş, İletişim, İstanbul 2006, s. 125-128.

¹⁵³ **DEL VECCHIO**, Hukuk Felsefesi..., s. 475.

¹⁵⁴ **ABADAN**, Grotius..., s. 6, 18-20.

talebi ile beliren hukuk devletinin baskıcı bir yönetimin keyfiliği karşısında savunulan doğal hukuk ile teşhis edilmesi de mümkündür. 2. Doğal hukuk bireyler kadar kanun koyucu için de bağlayıcıdır. Bu açıdan doğal hukuk yasamanın sınırlılığı ilkesinin de bir ifadesidir. Bundan başka doğal hukukun, yürürlükteki hukuk için bir değer kıstası olması da son tahlilde yürürlükteki hukukun üstün bir başka hukuk bağlamında tekrar ele alınmasıdır. Üstün bir ilke ölçütüne vurulmuş mevzu hukuk, aynı zamanda kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi fikrinin de zihinsel altyapısını hazırlamaktadır. Bu üstün ilke *Abadan*'ın da ifade ettiği gibi kamunun refahı ve yararı, kültürel gelişme, insanlık, özgürlük ve adalet kavramları ile ifade edilmiştir. Yazara göre insanlar tarafından anlaşılması mümkün olan ve pozitif hukuktan önce gelen doğal hukuk ilkelerine aykırılık hâlinde pozitif hukuk kurallarının geçerliliği de sorgulanabilir.¹⁵⁵ *Bix*'in *Blackstone*'dan aktardığı gibi, bu geçerliliği bir hukuki geçerlilik olarak anlamak isabetli olmaz.¹⁵⁶ Söz konusu olan belki daha ziyade haklılık ya da meşruluk kavramı ile de ifade edilebilir. Bununla birlikte anayasal bir değere kavuşan doğal hukuk ilkelerinin bir ölçü norm teşkil ettiğinden de kuşku duymamak gerekir. 3. Doğal hukuk, siyaset için bir yöntem olarak da düşünülebilir. Bu bağlamda doğal hukuk, toplum sözleşmesi, temel haklar, bireycilik gibi kavram ve ilkeler bağlamında devlet ve hukuk kurumlarını açıklamakta kullanılan metodik bir konstrüksiyon olarak anlaşılabilir. Bu, hukukla düzenlenmiş siyaset kavramını çağrıştırmaktadır. Siyasal olanın ve toplumsal olanın hukukleştirilmesi ise hukuk devletinin bir ifadesi olmaktadır.

Tokarczyk, doğal hukuk ile hukuk devletinin ortak temellerine işaret etmektedir. Yazara göre doğal hukuk barışçıl toplumsal düzenin kaynağı olarak insan onurunun temelini teşkil eder. Bu açıdan doğal hukukun bireyciliği de hukuk devletinin bireyciliği ile paralel biçimde çevresine karşı sorumluluklarının bilincinde olan, rasyonel insan doğasını esas almaktadır. Bireycilik düşüncesinin doğal hukuk içindeki konumu sayesinde ki doğal hukukun XVIII. yüzyılın özgürlük belgelerine belirgin bir etkisi vardır. Bu açıdan liberal düşüncenin hem hukuk devleti hem de doğal hukuk düşüncesi için bir ortak zemin olduğunu söylemek mümkündür.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Aynı yönde USLU, *Doğal Hukuk...*, s. 43.

¹⁵⁶ BIX, "*Doğal Hukuk...*", s. 306.

¹⁵⁷ TOKARCZYK, "*Sosyal Düzenin...*", s. 268-269.

Erdoğan, hukuk devletini işlevi açısından doğal hukuka benzetmektedir.¹⁵⁸ Pozitif hukukun ve siyasal düzenin “geçerlilik ve meşruluk çerçevesini” düzenleyen üstün ilkeler dizgesi: Bu açıdan doğal hukukun bugün, hukuk devleti olmak işlevini bir temel hak ve özgürlükler kuramı olarak yerine getirmekte olduğu söylenebilir.¹⁵⁹ Daha doğru bir ifadeyle hukuk devleti bugün –pozitif hukukta düzenlenmiş olsun, olmasın- bir insan hakları jürisprüdansı üzerinden de inşa edilmekte ve güvencelenmektedir.¹⁶⁰ Hemen belirtmek gerekir ki *Bix*’in de işaret ettiği gibi, doğal hukuk her zaman bir doğal haklar külliyyatını ifade etmez.¹⁶¹ Nitekim *Dred Scott* Kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, doğal bir hak olan mülkiyet hakkını kölelik kurumunu dışarıda bırakmadan ele alırken de hukuk devletinin bir gereğini yerine getirdiğini düşünmekteydi. Kölelik-mülkiyet örneği üzerinden düşünmeye devam edildiğinde *Del Vecchio*, bu bakış açısı karşısında “*tabii bir müessese olarak köleliğin her insanda mündemiç olan hak fikrini ihlâl et(tiğini)*” ifade ederken de¹⁶² dolaylı olarak hukuk devletinin ihtiva etmesi gereken bir “değer” hükmüne işaret etmektedir.

Böylece bugün hukuk devletinin, şekli ya da maddi anlamda olsun, asgari bir içeriğe sahip olarak bir insan hakları söylemi üzerinden gerçekleştirilmeye çalışıldığı söylenebilir. Yine bugün insan hakları söyleminin bir doğal hukuk söylemi ile birlikte sürdürüldüğünü söylemekte de bir sakınca yoktur. Bu bağlamda aşağıda ayrıca değinilecek olmakla beraber ifade etmek gerekir ki, hukukun bu yazılı olmayan kaynakları olarak insan hakları (söylemiyle somutlaşan doğal hukuk) XXI. yüzyıla gelindiğinde iktidarın sınırlandırılmasının en etkin aracı olarak kabul edilmektedir.

Doğal hukuk ve doğal hak kavramlarının birbirleri ile olan ilişkisi üzerindeki tartışma¹⁶³ bir yana bırakılır ve ortalama bir yol izlenerek doğal haklar, doğal hukukun bir parçası şeklinde düşünülürse, insan doğasından kaynaklanmak

¹⁵⁸ ERDOĞAN Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük, Yetkin*, Ankara 2002, s. 19.

¹⁵⁹ MARDİN, “*Tabii Hukuk...*”, s. 13. Barry’ye göre, doğal hukuk ile doğal haklar arasında tarihsel ve felsefi bir bağlantı bulunmakla birlikte doğal hukukun bir insan hakları söylemi geliştirmesi ancak onun laikleşmesinden sonra mümkün olmuştur. BARRY Norman, *Modern Siyaset Teorisi, Liberte*, 2. Bası, Ankara 2004, s. 253-255.

¹⁶⁰ ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*”, AYD, C. 8, 1991, ss. 13-62, s. 14-15.

¹⁶¹ BİX, “*Doğal Hukuk...*”, s. 303.

¹⁶² DEL VECCHIO, *Hukuk Felsefesi...*, s. 470.

¹⁶³ USLU, *Doğal Hukuk...*, s. 38-48.

anlamında “doğallık”ın hem doğal haklar hem de doğal hukuk bakımından ortak olduğu ileri sürülebilir. Nitekim **Vergara**, doğal hak kavramına herkesin sahip olduğu doğal bir duygudan, haklılık-haksızlık, hareketle ulaşmaktadır. Yazara göre “*Bir eylemin bizde uyandırdığı haklılık ya da haksızlık duygusu genellikle diğer duygulardan öylesine güçlü ve öylesine farklıdır ki, bu eylemlerde onlara özgü bir niteliğin –haklı ya da haksız olma niteliğinin- varlığını belirtir gibidir.*” **Vergara** bu hissin arkasındaki mantıksal gerçekliğin de bir tür hukuki kod, daha önceden var olan hazır bir hak (doğal hak) olduğunu belirtmektedir.¹⁶⁴

Bu noktada doğal hukuk ve doğal hak kuramları arasında bir ayrım yapmak zorunlu hâle gelmektedir. Bu ayrım Aristocu-Thomasçı çizgi üzerinden gelişen klasik-objektif doğal hukuk ile Hobbesçu-Lockeçu modern subjektif-doğal hukuk arasındaki ayrımdır. Bu ayrımın yararı, hukuk devletine yüklediğimiz farklı anlamların kökenlerinin farklı doğal hukuk anlayışlarında olduğunu ortaya çıkartmaktır.¹⁶⁵

Görüldüğü gibi **Aristo – Aquinolu Thomas** çizgisi üzerinden izlenen doğal hukuk düşüncesi, insanı ve insan aklına dayanan düzeni ancak ona aşkın bir güç bağlamında ele alan bir düşüncedir. Devlet ya da Tanrı; insan, kendisini geliştirme imkânına ancak bu üstün gücün çizdiği çerçevede sahiptir. İnsan doğasını ve aklını ancak verili bir düzen içinde ele alan bu doğal hukuk düşüncesinin ulaşacağı hukuk devleti düşüncesi de bir kanun devleti olacaktır. Buna karşılık, insanın doğuştan gelen, devredilemez ve vazgeçilemez haklara sahip bir hak süjesi olarak ele alındığı Lockeçu doğal hukuk anlayışı bu hakların sınırladığı bir devletin varlığını da gerektirmektedir. Bir başka ifadeyle devletten önce gelen ve devlete karşı ileri sürülebilecek haklar kuramı ve bunun bir sonucu olarak ortaya çıkan temel haklarla sınırlandırılmış iktidar düşüncesi anlamında hukuk devleti ancak **Locke**’un doğal hak kuramı ile temellendirilebilir.¹⁶⁶

¹⁶⁴ **VERGARA**, Liberalizmin..., s. 124-125.

¹⁶⁵ **USLU**, Doğal Hukuk..., s. 89.

¹⁶⁶ **USLU**, Doğal Hukuk..., s. 193-210.

II. YASA DEVLETİNDEN ANAYASAL DEVLETE

A. AYDINLANMA: ANAYASACILIĞA İLK ADIMLAR

1. *Hukuk Devletine Modern Bir Bakış: Doğal Haklarla Ayrılmış ve Sınırlanmış Devlet Kudreti*

Modern devlete ait bir kavram olarak hukuk devletinden bahsedebilmenin ön koşulu modern devleti inşa etmektir. Hatta daha ileri giderek modern devletin başlangıçta aslında hukuk devletinden başka bir şey olmadığı da iddia edilebilir. Ancak sonraki dönemler bakımından refah devleti, demokratik devlet gibi kavramlar da modern devlete ait özellikler olarak belirmiştir. Bu başlık altında modern devlet teorisinin kurucularının (*Hobbes, Locke ve Rousseau*) görüşleri içinde bir nüve olarak hukuk devleti aranacaktır.

a. *Leviathan’da Hukuk Devletine Uzanan Yolda Ortak Kavramlar Arayışı*

Devletin ortaya çıkması bakımından toplum sözleşmesi görüşünü benimseyenlerden biri de *Thomas Hobbes*’tur (1588 – 1679). Bir “mutlak iktidar kuramcısı” olarak bilinen *Hobbes*’un kuramının hukuk devleti ile ne şekilde ilişkilendirilebileceği haklı olarak sorulabilir. Gerçekten aşağıda incelenecek olan *Rousseau*’nun, kanunun egemenliği kuramı ile *Locke*’un da doğal haklar kuramı ile hukuk devletine yapmış olduğu katkı belki kolaylıkla kavranabilir. Daha da doğru bir ifadeyle hukuk devletini ortaya çıkartan sebeplerin izini *Rousseau*’da ve *Locke*’ta sürmek, *Hobbes*’a nazaran daha kolaydır denilebilir. Bu bakımdan itiraf etmek gerekir ki bir mutlakiyetçinin üstelik de bireylerin bütün haklarından vazgeçmelerini öğütleyen bir mutlakiyetçinin “sınırlı iktidar kuramına” giden yola döşediği taşların takdir edilmesi kolay olmayacaktır.

Nitekim *Hobbes*’a gelinceye kadar İngiltere’de 1215’te *Magna Carta* imzalanmış; Taç, yetkilerinin sınırlanmasına rıza göstermiştir. Parlamento kurulmuş; Taç karşısında bir haklar mücadelesine girişilmiştir. Nihayet dinsel alanda Püritenler, Taç ile özdeşleşmiş olan Anglikan Kilisesi karşısında anayasal hak ve özgürlükler ile Parlamento’yu savunan bir muhalefet odağı hâline gelmiştir.¹⁶⁷ Böylece, *Hobbes*’un dönemi itibariyle zaten hukuk devletini kurmak yönünde bir dizi çabadan bahsetmek mümkündür. *Thomas Hobbes*, bütün bunlardan daha fazla olarak bir hukuk devleti

¹⁶⁷ AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet..., s. 167.

kuramcısı olmak sıfatını hak ediyor mu, tartışılabilir; ancak en azından şu iki iddia üzerinde düşünmeye değer:

i) Hukuk devleti, XVIII. yüzyılda bir “iktidarın sınırlandırılması aracı” olmadan önce ve XVII. yüzyılda, henüz adı konulmaksızın, bir “iktidarı inşa etmek aracı” şeklinde de algılanabilir. ii) Güvenlik ihtiyacı, hem *Leviathan*’ın hem de hukuk devletinin ortaya çıkmasında en temel sebeptir.

Furtun bir aydınlanma düşünürü olarak nitelendirdiği *Hobbes*’un kuramının da bir aydınlanma kuramı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre *Hobbes* insanın fikrî ve cismani özgürlüğünü sağlamak amacındadır. *Hobbes*’un, yaşadığı dönemin İngiltere’sinin güvensiz ortamına karşı önerdiği *Leviathan*, insanların mutluluğu için işletilecek bir mekanizmayı ifade eder.¹⁶⁸ Bu başlığın amacı, *Furtun*’un yaklaşımı doğrultusunda *Hobbes*’un mutlak iktidarının altındaki haklar nüvesini aramaktır.

Güriz’in aktarımıyla devleti “*Muayyen kimseler tarafından karşılıklı anlaşmaya müsteniden sulhun ve müşterek müdafaaının temini zımında umumi iktidarı kendi arzusuna göre kullanmak üzere her türlü hususatı ifa müsaadesine mazhar kılınmış bir şahıs*” olarak tanımlayan *Hobbes*’a göre devletin amacı barış ve güvenliği temin etmek; yurttaşların yaşam hakkını ve güvenlik haklarını korumaktır.¹⁶⁹

Hobbes’un kuramından bir hukuk devleti çıkartılamayacağına ilişkin görüşe haklılık kazandıran, düşünürün ulaşmak istediği sonuç ile izlediği yöntem arasındaki “imtizaçsızlıktır”. Çünkü kişisel güvenlik ve yaşam haklarını güvence altına almak amacını güden klasik liberalizmin hukuk devleti bu sonuca mutlak iktidarı sınırlandırarak ulaşıırken *Hobbes*, yaşam ve güvenlik haklarının korunmasının iktidarı mutlaklaştırarak mümkün olabileceğini kurgulamaktadır.

¹⁶⁸ FURTUN Ayşen, “*Leviathan Üzerine Birkaç Söz*”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, AÜHF Yay., Ankara 1995, ss. 185-189, s. 185, 187-188. Zabunoğlu’nun Oakeshott’tan aktardığına gibi *Hobbes*’un devlet kuramı düşünürün “*memleketin maruz kaldığı felaketlerin tevliid ettiği acı*”nın etkisi altında şekillenmiş, ve *Hobbes* kurtuluşu “*sulh ve sükûnun temininde bulmuştur.*” Düşünürün toplumsal barış ve güvenliğin sağlanmasının tek aracı olarak sınırsız ve evrensel bir otoriteyi görmüştür. Oakeshott’a göre yaşadığı dönem itibarıyla *Hobbes*’a yöneltilen eleştiriler onun mutlak iktidar söylemine değil fakat iktidarın Tanrısal köklerden koparılması söyleminden kaynaklanmaktadır. ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, “*Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri*”, AÜHFD, C. 14, S. 1-4, 1957, ss. 219- 240, s. 223, 226.

¹⁶⁹ GÜRİZ Adnan, “*Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri*”, AÜHFD, C. XII, S. 1-2, Ankara 1955, ss. 298-315, s. 307; HOBBS Thomas, *Leviathan*, Çev.: Semih Lim, YKY, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 127-130, 161. *Hobbes*’ta devlete karşı ileri sürülebilir tek hak yaşam hakkıdır. AKAL Cemal Bâli, *Modern Devlet Kavramının Belirlenmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, İstanbul 1989, s. 84-86.

Yaşam ve güvenlik haklarının güvence altına alınması anlamında “hukuk devleti kuramı”na **Hobbes** bir tabiat hâli tasviri ile başlar. Son tahlilde iktidarın meşrulaştırılması işlevini gören tabiat hâlini karakterize eden, tabiat hâlindeki bireylerin özellikleridir. **Hobbes** tabiat hâlinin tasvirinde önce insanı ele alır. **Hobbes**’un kuramının başlangıcına insanı ve akli yerleştirmesi sadece onun yönteminin bir gereği olarak düşünülmemelidir. **Hobbes** insan ve akıldan hareket ederek egemenin otoritesini ilahî kaynağından koparttığı gibi; rasyonel insan ile egemen arasında kurduğu bağlantıyla da onun (devletin/egemenin) varlık sebebini ve meşruluğunu insanın akıyla kavradığı yasalara ve yaşam-güvenlik ihtiyacına dayandırmıştır.¹⁷⁰ **Hobbes**’un insanı, kendi varlığını korumak ve geliştirmek açısından kendi çıkarlarının farkında olan *homo economicus*dur.¹⁷¹ **Güriz** de **Hobbes**’ta insan davranışlarının iki sebebe dayandığını ifade etmektedir. Bunlardan birisi çıkar, diğeri de güce olan istektir.¹⁷²

Çıkarları peşinde koşan “*atomize bireyler*”¹⁷³ arasındaki yoğun rekabeti ifade eden tabiat hâli **Hobbes**’a göre insanlar arasında bir eşitlik hâlidir. Tabiat hâlindeki insanlar arasında olduğu kabul edilen eşitlik bir aynılık şeklinde değil fakat bir denklik şeklinde anlaşılmalıdır. **Hobbes**’a göre; “*Doğa, insanları bedensel ve zihinsel yetenekler bakımından öyle eşit yaratmıştır ki, bazen bir başkasına göre bedence çok daha güçlü veya daha çabuk düşünebilen birisi bulunsa bile, her şey göz önüne alındığında, iki insan arasındaki fark, bunlardan birinin diğerinde bulunmayan bir üstünlüğe sahip olduğunu iddia etmesine yetecek kadar fazla değildir.*” Çünkü, insan bedensel zayıflıklarını aklının gücüyle telafi edebilir ve bedensel açıdan daha güçlü bir kimseyi öldürmeyi başarabilir. Düşünürü göre insan eşitlik ilkesinin bir sonucu olarak kendini korumak için sahip olduğu güçleri kullanarak diğerleri üzerinde bir egemenlik kurmaya çalışır. “*İnsanın tam anlamıyla özgür ve özerk olduğu bir*

¹⁷⁰ AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet..., s. 181-182, 244; AKAL, Modern Devlet Kavramının..., s. 80, 86, 88; AKIN, Kamu Hukuku, s. 104, 111, 114; HOBBS, Leviathan, s. 23-54, 92-116, 127-163; OKANDAN Recai Galip, Umumi Âmme Hukuku: Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları, İÜHF Yay., İstanbul 1976, s. 78.

¹⁷¹ Hukuk devletinin liberal düşünce ile olan ilişkisi yukarıda ifade edilmiştir. Kendi çıkarlarının farkında olan rasyonel insan olarak *homo economicus* bireycilik ilkesi ve liberal düşünce üzerinden hukuk devleti ile ilintilendirilebilir. Kavramın ekonomik liberalizm içindeki yeri için bkz. SAVAŞ Fuat Vural, “Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım”, HFSA, S. 8, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2003, s. 195-203.

¹⁷² GÜRİZ, “Hobbes...”, s. 304.

¹⁷³ COPLESTON Frederick, Felsefe Tarihi: Hobbes, Locke, C. 5-a, Çev.: Aziz Yardımlı, İdea, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 39.

ortamda, bencil bireylerin yıkıcı gücünü vurgulayan¹⁷⁴ bu durum karşılıklı olarak insanlar arasındaki bir düşmanlığın ve güvensizliğin de kaynağını teşkil eder. Bu düşmanlığı ortadan kaldırmanın tek yolu, **Hobbes**'un ifadesiyle “herhangi bir kimsenin başkalarına olan güvensizliğinden kurtulması için, kendisi için tehlikeli olabilecek kadar büyük başka bir kuvvet kalmadığı görünceye kadar...olabildiği kadar çok insanı hakimiyet altına alması(dır).” Aslında bu bir savaştır ve bu savaş, herkesin herkese karşı olan savaşıdır¹⁷⁵; insanların hepsini birden korku altında tutacak genel bir güç olmadığı sürece de devam eder. Sürekli bir savaş hâli, yaratacağı *belirsizlik* sebebiyle her türlü çalışmanın, üretimin, sanatın, tarımın, ticaretin, bilimin ve edebiyatın ortaya çıkmasını engeller.¹⁷⁶

Ağaoğulları, Akal ve Köker'e göre **Hobbes**, tabiat hâli varsayımına “insanları korkutmaya yeterli bir güç olmadığı(nda)”¹⁷⁷ nasıl bir yaşamın hüküm süreceğini göstermek için başvurur. Bu üstün güç tabiat hâlini ortadan kaldırarak toplum hâlinde yaşama geçişin de aracı olacaktır.¹⁷⁸ Böylece toplumsal yaşam bir sözleşme ile bireylerin güvenli bir hâle geçişi olarak düşünülür. **Güriz'e** göre **Hobbes**'un toplum sözleşmesi insanın toplumsal bir varlık olmasının bir sonucu değil fakat tabiat hâlini sona erdirmenin insanın çıkarlarının bir gereği olmasının sonucudur.¹⁷⁹

Hobbes'un ilahî haklarından soyutlanmış mutlak iktidarının aslında modern devleti ifade ettiği söylenmektedir.¹⁸⁰ Modern devlete giden yolda **Hobbes**'un toplum sözleşmesine katılan bireylere yüklediği temel sorumluluk egemenin iradesine itaat etmektir. Bir başka ifadeyle uyruğun en temel görevi egemene itaattir. Bu açıdan egemenin iradesine itaat, egemen ve uyruk arasındaki ilişkinin de temelini oluşturmaktadır. Geleneksel olarak üç kurucu unsura sahip olduğu söylenen modern devletin “insan” unsuru **Hobbes**'un kavramsallaştırmasında egemenin iradesinin

¹⁷⁴ **ROWLEY** Charles, *Özgürlük ve Devlet*, Çev.: İbrahim Dalmış, Liberte, Ankara 2002, s. 57, aktaran: **İSPIR** Naci, “Thomas Hobbes ve Demokrasi”, *Felsefe Dünyası*, S. 38, 2003, ss. 141-148, s. 142.

¹⁷⁵ *Bellum omnium contra omnes*. **COPELSTON**, *Felsefe Tarihi...*, s. 40-42.

¹⁷⁶ **HOBBS**, *Leviathan*, s. 92-94.

¹⁷⁷ **HOBBS**, *Leviathan*, s. 93.

¹⁷⁸ **AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER**, *Kral Devlet...*, s. 189, 208 vd.

¹⁷⁹ **GÜRİZ**, “Hobbes...”, s. 306.

¹⁸⁰ **AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER**, *Kral Devlet...*, s. 161, 170; **KILIÇBAY**, *Önsöz*, içinde: **HOBBS** Thomas, *Leviathan*, Çev.: Semih Lim, YKY, 5. Bası, İstanbul 2005, s. 11.

üstünlüğünü ve meşruluğunu kabul eden uyruğu ifade eder.¹⁸¹ Devlet-birey arasındaki ilişki bir kere bir “bağlılık” ilişkisi olarak kurulduktan sonra bu bağlılığın mahiyeti rejimin rengini ve devletin şeklini de belirlemektedir. **İspir**, sözleşmecî gelenek içinde yer alması ve sözleşmeyi devletin meşruluğunun temeli olarak kabul etmesi itibariyle **Hobbes**’un devletin kuruluş aşamasında demokratik olduğunu ifade etmektedir.¹⁸² **Hobbes**’un toplum sözleşmesi, egemenliğin Tanrı’dan değil fakat toplumdaki kaynaklandığını ifade eden ve bugün “demokratik egemenlik teorileri” olarak adlandırılan yaklaşım içinde halk egemenliğini ifade eder ve halk egemenliği de her zaman demokrasiyi ifade etmez. Nitekim **Althusser** de insan toplumunun bir sözleşmeden doğduğunu söylemenin özünde tüm toplumsal kurumların kökeninin insan elinden çıkma ve yapay olduğunu ilan etmek anlamına geldiğini belirtmektedir. Bunun anlamı toplumsal düzenin doğal ya da Tanrısal olmadığıdır. Bu açıdan toplum sözleşmesi kuramı gelenekselin tasfiyesi ve modernin inşasını ifade eder.¹⁸³ Toplum sözleşmesi, bireyler arasında yapılması ve egemeni değil fakat sadece uyrukları bağlaması bakımından, demokratik yönetimi değil fakat daha ziyade hukuki yönetimi karakterize eder.¹⁸⁴ Rasyonel bir hukuka ve bireye yapılan bu atıf da daha ziyade hukuk devleti ile ilintilendirilebilir. Böylece modernin inşası aslında ve aynı zamanda hukuksal olanın inşası olarak da okunabilir. **Güriz** de toplum sözleşmesinin gerçek anlamının devlete karşı bireysel özgürlükler olması bakımından **Hobbes**’un sözleşme kuramını tersine çevirdiği şeklinde bir eleştiride bulunmaktadır.¹⁸⁵ Hâlbuki devlet karşısında bir haklar söylemi inşa edebilmek her şeyden önce bir “modern devletin” varlığını gerektirir. Bu bağlamda **Hobbes**’un sözleşmesi devleti, üstelik de bireysel hakların ve özgürlüklerin korunması amacıyla, inşa etmeye yöneliktir. Bir başka ifadeyle ancak **Hobbes**’un kuramından sonra devlete karşı ileri sürülebilecek haklardan bahsetmek mümkün olacaktır. **Vergin**’in aktardığına göre modern devletin **Weber**’e göre ayırt edici özelliği olan zor kullanma tekeli bir yandan bireyler için bir

¹⁸¹ Hobbes’un kavramsallaştırmasında “...devlet denilen müesseseyi idare eden şahsa hükümler...denilir; geri kalan herkes onun teb’asıdır.” ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, “Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri”, AÜHFD, C. 15, S. 1-4, 1958, ss. 141-164, s. 150.

¹⁸² İSPİR, “Thomas Hobbes...”, s. 144.

¹⁸³ ALTHUSSER Louis, Montesquieu, Siyaset ve Tarih, Çev.: Alp Tümertekin, İthaki, İstanbul 2005, s. 28.

¹⁸⁴ COPLESTON, Felsefe Tarihi..., s. 49.

¹⁸⁵ GÜRİZ, “Hobbes...”, s. 312.

ihkak-ı hak yasağı öngörürken diğer yandan da hakkın korunmasını devlet için bir görev olarak ortaya çıkartacaktır.¹⁸⁶

Birey-devlet arasındaki “bağlılık/tâbiyet ilişkisinin” hukuksal niteliği **Bodin** tarafından vurgulanmıştır ve rıza ile ilişkisi de yaklaşık elli yıl sonra **Locke** tarafından kurulacaktır. **Hobbes**’un uyruk-egemen ilişkisinin hukuk devletine katkısı ise bu bağlılık ilişkisinin zorunluluğuna ve meşruluğuna işaret etmesi olmuştur. Böylece **Hobbes**, bireyin devlete itaatini meşrulaştırırken aynı zamanda hukuk devletinin ön şartı olarak kabul edilebilecek olan hukuk toplumunu oluşturan bireylerin temel özelliğini de ortaya koymuş olmaktadır. Gerçekten de “hukuk” formunda beliren egemenin iradesi “yurttaş” için kabul gördüğü ölçüde hukuk devletinin özü olan “geçerli ve etkili bir hukuk düzeninin varlığından” bahsedilebilir.

Hobbes’un kavramsallaştırması ile uyruk (anakronik fakat yararlı olabilecek bir kavramsallaştırma ile yurttaş sorumluluğu) bu geçerli ve etkili düzenin önşartı olarak ortaya çıkar. **Hobbes**’a göre doğal hukuk vicdanen bağlayıcı bir kanun olmakla birlikte, diğerleri tarafından riayet edilmedikçe gerçek bir bağlayıcılığa sahip olmaz. “*Başkalarının onunla ilişkilerinde aynı yasalara uyacağına dair yeterli güvencesi olan bir kimse, bu yasalara kendisi uymadığı takdirde, barış değil savaş ve dolayısıyla kendi varlığının şiddet yoluyla yok edilmesini istiyor demektir.*”¹⁸⁷ **Hobbes**’un kuramında egemenin mutlak otoritesi, doğal hukuka itaate zorlayacak en etkin ve meşru güç olarak belirlemektedir. Doğal hukuk ancak bir devlet kurulduğunda gerçekten “kanun” hükmü kazanır.¹⁸⁸ Bundan başka bireyler, katıldıkları toplum sözleşmesi ile yalnız birbirlerine karşı değil fakat devlete karşı da bir sorumluluk üstlenirler. Bu, devletin hukukuna riayet yükümlülüğüdür.¹⁸⁹

Hukuk devletinin ön şartı olan hukuk toplumu, yani modern toplum, bireyler arasındaki “karşılıklı saygı” ilkesine dayanır. Bu saygı bir yandan birey olarak diğerinin hak ve özgürlüklerine yönelik olduğu gibi diğer yandan da bütün yurttaşlar için hukuk kurallarına saygı şeklinde ortaya çıkar. **Hobbes**’un tabiat kanunlarının etkinliğinin sağlanmasının ön şartı olarak yurttaşların bu kanunlara itaat etmek konusundaki kabulü hukuk toplumunun nüvesi olarak kabul edilebilir. **Hobbes**’un

¹⁸⁶ VERGİN Nur, Siyasetin Sosyolojisi: Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar, Bağlam, İstanbul 2003, s. 25.

¹⁸⁷ HOBBS, Leviathan, s. 115-116.

¹⁸⁸ HOBBS, Leviathan, s. 191.

¹⁸⁹ GÜRİZ, “Hobbes...”, s. 306-307.

Leviathan'da belirttiği bir arada yaşamakta olan bireylerin karşılıklı olarak birbirlerine saygı duymasını gerektiren adalet, minnettarlık, karşılıklı uyum ve nezaket, affedicilik ilkelerini düzenleyen doğal ilkeler de bu doğrultuda değerlendirilebilir.¹⁹⁰

Hobbes birinci ve temel ilkeyi “barışı aramak ve izlemek” şeklinde ifade etmektedir. Bu ilke “bütün yolları kullanarak kendimizi korumak” şeklinde ifade edilen doğal hak ile de sıkı biçimde bağlantılı ve yurttaşlarına mutluluğu aramak ve elde etmek hakkını tanıyan Amerikan anayasa kuralı ile de uyumludur.¹⁹¹

Hobbes'un *Leviathan*'da sıraladığı “doğal ilkeler” hukuk devletinin gereklerinden uzak değildir. Bu bağlamda on birinci ilke, insanlar arasında uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevlendirilen kişinin tarafsızlığını gerektirir. Zira tarafgirlik, bireyleri uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yollarına başvurmadan vazgeçirerek bir savaş nedeni olur. Yargı yetkisini egemenin bir işlevi olarak ele alan ve hâkimleri son tahlilde egemenin iradesini yansıtan görevliler olarak ele alan **Hobbes**'ta esas olan mahkemelerin bağımsızlığı değil bilakis tarafsızlığıdır. Zira egemenin iradesi adalettir. Bu açıdan bağımsızlık şeklindeki bir güvencenin toplum barışını ve güvenliğini sağlamakta bir yararı yoktur. Bunun için gerekli olan tarafsızlıktır. Onaltıncı ilke de uyuşmazlıkların çözümlenmesi için başvuru kişinin kararına tarafların rıza göstermesini ifade eder. Bu mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ifade eder. Hukuk devleti mahkeme kararlarının tarafları ve devlet organlarını bağlayıcılığını gerektirir. Onyedinci ve onsekizinci ilkeler kimsenin kendi davasında ya da doğal bir taraflılık nedeni bulunan davalarda yargıçlık yapamayacağını düzenler. Bir bütün olarak ele alındığında 11., 17. ve 18. ilkeler hukuk devletinin temel bir gerekliliği olan adil yargılanma hakkının içinde bugün de geçerli olan ilkelerdir.¹⁹²

Bakırcı, **Hobbes**'un insanı topluma götüren tabii hukuk ilkelerini matematiksel bir kesinlik ve fizikteki “doğa yasalarına” benzer biçimde bir zorunluluk bağlamında ele aldığına dikkat çekerek, **Hobbes**'un “doğal yasayı” ortaya çıkarmak konusunda bilimsel yönteme ve bilim adamına işaret ettiğini

¹⁹⁰ **HOBBS**, *Leviathan*, s. 106-112.

¹⁹¹ **HOBBS**, *Leviathan*, s. 97. Amerikan anayasal düzeninin *Hobbes*çu bir bakış açısıyla da okunabileceğine ilişkin **ARNHART**, *Siyasî...*, s. 222-225.

¹⁹² **HOBBS**, *Leviathan*, s. 113-115.

hatırlatmaktadır. Düşünürün bilimsel bir yöntem ışığında ve titiz bir akıl yürütme ile belirlenebileceğini söylediği tabii kanunları keşfetmek için üstün bir akıl da gereklidir. Ne var ki doğa, tabii ilkeleri keşfetmek için doğru bir akıl bahsetmiş değildir. Bir aklın “çok sayıda insan onu oybirliği ile kabul ettiği için” doğru olduğu da söylenemez. Dolayısıyla “doğa yasasının” ne olduğu konusunda insanlar arasında bir anlaşmazlık çıkması mümkündür. “Bir hesapla ilgili bir çekişme söz konusu olduğunda, taraflar kendi onaylarıyla her iki tarafın da kararlarına uyacağı belirli bir hakemi, ya da yargıcı doğru akıl yerine kurumsallaştırmalıdır... Aksi takdirde aralarındaki anlaşmazlık kavga ile bitecek veya çözülmeyen kalacaktır...” ki her iki sonuç da son tahlilde bir savaş hâlinin kaynağıdır.¹⁹³

Buna göre **Hobbes**'un toplumsal barışı sağlamak için getirdiği çözüm üstün bir üçüncü iradenin varlığını kabul etmek şeklinde ifade edilebilir. Bu üstün irade öncelikli olarak her iki tarafın da “ilminden ve hükmünden razı olacağı” bir yargıç iradesi olarak ifade edilir. Uyuşmazlık, bir yargıcın hukuku tespit etmesiyle çözümlenecektir.¹⁹⁴ Bir başka ifadeyle **Hobbes**'ta “yargı fonksiyonu” savaş hâlini ortadan kaldırmaya yönelik bir çözüm olarak devletin kaynağını oluşturur. Ne var ki tarafların her zaman basiretli davranarak rızaen bir yargılamaya tâbi olmaları kendilerinden beklenemez. Bundan başka bir hakemin ya da hâkimin vermiş olduğu hükmün infazı da zor kullanmayı gerektirebilir. Bu nedenledir ki **Hobbes**, kılıcın gücünü kalemin gücünden üstün görmüş ve ortak aklın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanmasında daha etkili olacağını ifade etmiştir. **Hobbes**'ta mutlak iktidarın varlık sebebinin, bireyler arasındaki uyuşmazlıkları kesin bir irade ile çözümlenecek ve çözümünü de herkese kabul ettirecek bir güç ihtiyacı olduğu söylenebilir.

Tabiat kanunlarının varlık sebebi toplumun tabiat hâlindeki “çatışmacı” durumuna son vererek barışı sağlamaktır. Tabiat hâlinin karşıtı olarak toplum hâli, bir egemenin zorlayıcı gücünü bütün topluma hâkim kılması ile olur. Bu durumda toplumun bütün üyeleri, yurttaşlar, karşılıklı olarak haklarını egemene devrederek bırakırlar. Karşılıklı hakların devredilmesi sözleşme ile gerçekleşir. Sözleşme yoksa

¹⁹³ **BAKIRCI** Fahri, “*Hobbes'ta Sözleşmenin Kökeni Akıl Mıdır?*”, AÜSBFD, C. 63, S. 3, 2008, ss. 1-48, s. 4, 41-46.

¹⁹⁴ Bilimsel bir yöntem izleyerek “doğa yasasını” tespit eden bilim adamının bir hukukçu, keşfettiği “doğa yasasının” hukuk ve nihayet gerçekleştirdiği faaliyetin de bir yargılama olduğundan kuşku duymak için bir neden yoktur. **ZABUNOĞLU**, “*Thomas Hobbes...*”, 1957, s. 228-229.

hakların devrinden de bahsedilemez. Bir başka ifadeyle sözleşme yoksa devlet de yoktur. Devletin olmadığı bir ortamda ise insanların barış içinde yaşamaları imkânsızdır. Toplum sözleşmesi ile “yurttaşlar” en temel doğal haklarından, eşitlikten ya da bir başka ifadeyle “güç kullanma hakkından” vazgeçerler; daha da doğru olarak bu haklarını devlete devrederler. Böylece devlet, güç kullanma tekeline sahip bir aygıt olarak ortaya çıkar.¹⁹⁵ Bu **Poggi**'nin ifadesiyle “*yasa ve düzenin her toprak parçası üzerinde ancak tek bir iktidarın özel imtiyaz sahibi olması durumunda korunabileceği fikri*”nin bir yansımasıdır.¹⁹⁶

Anlaşılabileceği gibi toplum sözleşmesi ile egemene bütün haklar ve özgürlükler değil ancak siyasi özgürlükler devredilmiştir. **Zabunoğlu** da yerinde olarak yaşam için gerekli bir dizi hakkın devredilmemiş olduğunu tespit etmektedir.¹⁹⁷ Bireylerin haklarını **Hobbes**'un ifadesiyle onları “*devrederek bırak(masının)*” sınırını can güvenliği ve canını koruma yollarının güvenliği çizer.¹⁹⁸ İnsan hakları terminolojisiyle ifade edilecek olursa hiç kimse yaşam hakkından, vücut bütünlüğünden ve kişi güvenliğinden feragat edemez ya da bu haklarını devredemez. Zira bu hakların devredilmesinin insanın yaşamının korunmasına bir yararı yoktur. Bir özgürlükler düzeni olarak hukuk devleti de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını değil ama bütünüyle ortadan kaldırılmasını engeller.

Hobbes, devletin mutlak iktidarını savunmakla beraber, bu iktidarı sınırsız ve keyfî bir iktidar olarak da kabul etmemektedir. Nitekim hukuk devleti de bir iktidarın sınırlandırılması kuramı olarak sınırsız ve keyfî bir iktidarı dışlar. **Hobbes**'a göre egemen sözleşmenin bir tarafı değil ise de –yani sözleşme ile bağlı ve sınırlı değil ise de- sözleşmenin amacı ile bağlıdır. Bu amaç yurttaşların güvenliklerinin ve barışçıl düzeninin korunmasıdır. Egemen, sözleşmenin tarafı olmadığı için sözleşmeyi sona erdiremez. Böylece egemen, devleti dağıtamaz yahut kendi yetkilerini bölemez ya da bunları devredemez.¹⁹⁹

Hobbes'un egemeni güç ile sıkı biçimde ilişkili ise de **Ağaoğulları**, **Akal** ve **Köker**'e göre “*devlet, yalnızca bir güç olgusu değil...en üstün ifadesini egemende*

¹⁹⁵ AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet..., s. 208, 211.

¹⁹⁶ POGGI Gianfranco, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Çev.: Aysun Babacan, İstanbul 2007, s. 60-61.

¹⁹⁷ ZABUNOĞLU “Thomas Hobbes...”, 1958, s. 147.

¹⁹⁸ HOBBS, Leviathan, s. 98-99.

¹⁹⁹ Aktaran: AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet..., s. 243; ZABUNOĞLU, “Thomas Hobbes...”, 1958, s. 151.

bulan kamusal erk, gücün kurumsallaşması, hukuk ile belirlenmesidir. Gerçekte devlet, hukuk ile ortaya çıkar; çünkü doğa durumundan toplum durumuna geçiş, güvenliğin bulunmadığı gücün hükmünden, hiç olmazsa insan ilişkilerinin daha önceden belirlenip güvenlik içine sokulduğu hukukun üstünlüğüne geçişten başka bir şey değildir. Egemen yasalarla bağımlı olmamasına karşın yine de yasalarla yönetir.” Egemenin yetkilerini keyfi biçimde kullanması da söz konusu değildir. Egemenin işlevi, kendi varlığını akılcı bir hesapla koruyup gözetmek ve uyruklarına iyi ve adil davranmaktır.²⁰⁰

Bundan başka **Hobbes**, siyasal organlardaki temsil yetkisinin de sınırlı bir yetki olması gerektiğini belirtmektedir. **Zabunoğlu**'nun belirttiği gibi bu sınırlama egemen tarafından yapılır. Devlet içinde sınırsız bir yetki uyrukların tek temsilcisi olarak egemene ait olabilir. Diğer siyasal organların sınırsız bir temsil yetkisine daha doğrusu sınırsız bir iktidara sahip olduğunu söylemek bu organları egemen hâline getirmek demektir.²⁰¹ Bu bakımdan **Hobbes** kaynağını egemenlikten alan devlet yetkilerinin sınırlı yetkiler olduğunu da ifade etmiş olmaktadır. Bundan başka bu, bütün devlet yetkilerinin son tahlilde egemene ait olduğunun da bir ifadesidir. Bu bakımdan “*Adalet işlerinin görülmesi...işiyile meşgul olanlar da hükümran adına hareket ederler ve hükümranın şahsını temsil ederler.*” Bu bakımdan kararlar da egemenin adına verilmektedir.²⁰² Bir başka ifadeyle egemen aynı zamanda zorunlu olarak barış için, kaos ve iç savaşı önlemek için bir hâkim olmak zorundadır.²⁰³ Bugün de yargı fonksiyonunun doğrudan egemenlikten kaynaklanan yetkiler kullanan bir fonksiyon olarak millet adına yargılama yapması egemenlik tacının mahiyet itibariyle herhangi bir değişikliğe uğramadan monarktan millete geçmiş olması ile açıklanabilir ki bunun doğal bir sonucu da yargının bağımsız bir devlet fonksiyonu olmasıdır.

Bu nedenle ki **Hobbes** nasıl ki kolaylıkla “liberal” olarak nitelendirilemiyorsa kolaylıkla “totaliter” olduğu da ileri sürülemez.²⁰⁴

²⁰⁰ AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER, Kral Devlet..., s. 232, 244.

²⁰¹ ZABUNOĞLU, “Thomas Hobbes...”, 1958, s. 162.

²⁰² ZABUNOĞLU, “Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri”, AÜHFD, C. 16, S. 1-4, 1959, ss. 277- 297, s. 278.

²⁰³ Aktaran: COPLESTON, Felsefe Tarihi..., s. 50.

²⁰⁴ EBENSTEIN William, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, Çev.: İsmet Özel, Şûle, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 210-213. Copleston, daha isabetli olarak Hobbes'un kuramının otoriter olduğunu söylemektedir. COPLESTON, Felsefe Tarihi..., s. 55.

Hobbes'un kuramında egemen, hukukun tek kaynağıdır. “Doğal yasalar” da ancak egemenin iradesi ile bir buyruk hâline geldiklerinde, pozitif kanun olarak gerçekten bir anlam ifade eder ve gerçekten bağlayıcılık kazanır.²⁰⁵ **Furtun**, bu yaklaşımın birkaç yüzyıl sonra pozitivizm olarak adlandırılacağını ifade etmektedir.²⁰⁶ *Leviathan*'da **Hobbes**, doğal hukuku, “toplumsal yasa”dan farklı bir “yasa” olarak değil fakat “toplumsal yasa”ların bir parçası olarak tarif etmektedir. Pozitif kanunlar, **Hobbes**'un kavramsallaştırmasıyla “toplum yasaları”; “*her uyruk için, sözle, yazıyla veya iradenin bir başka yeterli işaretiyle, doğru ve yanlışın ayırt edilmesi için, yani neyin kurala aykırı olup neyin olmadığı için ayırt edilmesi için kullanılmak üzere, devletin uyruklarına emrettiği kurallardır.*” Bu bakımdan tam anlamıyla bir yasadaki bahsedebilmek için, bir başka ifadeyle yurttaşların yasaya itaat etmesini beklemek için öncelikle onun egemen gücün iradesini yansıtması gerekir. Bundan başka emirlerin aleniliğinin de sağlanmış olması onların gerçek anlamda yasa sayılmasının bir gereğidir, aksi hâlde söz konusu olan ancak “doğal yasadır”. **Hobbes**'a göre açıkça tebliğ edilmemiş bir kuralın çiğnenmesi suç oluşturmaz. Çünkü bu emirlerin bir kanun olarak kabulü söz konusu olamaz. Bundan başka gerçekleştirilmiş bir eylemden sonra yapılan bir kanun ile bu eylem suç olarak gösterilemez.²⁰⁷

Hobbes'a göre yapılmış bir kanunu ilga etmek yetkisi sadece kanun koyucudadır.²⁰⁸ **Ağaoğulları**, **Akal** ve **Köker**'in aktardığına göre bunun anlamı egemenin kanun koyucu olduğunun tespitinden başka egemenliğin hukuk diliyle kendisini vurguladığıdır. Yazarlara göre *Leviathan* bu açıdan da bir hukuk devleti sayılmalıdır.²⁰⁹

Sonuç olarak **Hobbes**'un devlet kuramından bir hukuk devleti düşüncesi çıkartmak, -yöneltilebilecek bütün makul ihtirazi kayıtlara rağmen- düşünürün: “bağımsız ve özerk birey”, “yükümlülükleriyle tanımlanan insan anlamında uyruk”, “barışçıl bir düzen ihtiyacı”, “kişi güvenliği”, “yaşam hakkı”, “uyuşmazlıkların çözümünde ortak bir akıl arayışı ve bunun sonucu olarak beliren kurumsallaşmış yargı söylemi”, “etkin ve etkili bir hukuk düzeninin kurulabilmesi için üstün ve

²⁰⁵ **GÜRİZ**, “*Hobbes...*”, s. 309-310.

²⁰⁶ **FURTUN**, “*Leviathan...*”, s. 185.

²⁰⁷ **HOBBES**, *Leviathan*, s. 189, 191, 193, 208.

²⁰⁸ **HOBBES**, *Leviathan*, s. 190.

²⁰⁹ **AĞAOĞULLARI/AKAL/KÖKER**, *Kral Devlet...*, s. 232.

bağlayıcı bir iradenin gerekliliği düşüncesi”, “hukuk aracılığıyla yönetim” kavramları ışığında kurgulanan bir söylem bağlamında mümkün sayılmalıdır.

b. Doğal Hakların Korunması Aracı Olarak Hukuk Devleti

Hukuk devleti **John Locke**'un (1632 – 1704) kuramında **Hobbes**'un ve **Rousseau**'nun kuramındakilerden daha açık biçimde okunabilir. Bir arada yaşamakta olan insanların sahip olması gereken bir dizi hak ve özgürlüğün savunusunu yapan **Locke**, iktidarın sınırlılığı prensibinden hareket etmesi bakımından mutlakçı kuramcılardan ayrılır. **Zabcı**'nın belirttiği gibi; düşünür, bir devletin sadece yurttaşlarını savaş durumundan uzak tutmasının onu meşru bir otorite hâline getirmedeğini savunur.²¹⁰ **Raynaud**'ya göre **Locke**'un kuramında devlet, bireylerin özgürlük, güvenlik ve mülkiyet haklarını keyfîlik karşısında korumak ve güvencelemek için vardır. Bu ise ancak kanunların üstünlüğünün güvence altına alınması ile gerçekleştirilebilir.²¹¹ Bu açıdan **Locke**'un modern anayasalara olan doğrudan etkisi bakımından, hukuk devleti için önem taşıdığı söylenebilir.²¹² Hatta **Akıpek**'e göre **Locke**'un devleti, doğal haklarla sınırlı bir devlet olması bakımından, hukuk devletinden başka bir şey değildir.²¹³ **Özcan** da **Locke**'un kuramında, toplumsal düzeni oluşturan hukukun meşruluğunu ifade eden ve yasama yetkisinin dışında bırakılan doğal hakların korunması amacının hukuk devletinin temelini teşkil ettiğini ifade etmektedir.²¹⁴

Locke'un doğal haklarla sınırlı devlet düşüncesi onun tabiat hâli-toplum sözleşmesi dikotomisine dayanır. Bu “faraziye”²¹⁵ devletin-egemenliğin kökenine ilişkin *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*'sinin temel konusudur. Devletin kökeninin nerede aranması gerektiği sorusuna geçmeden önce **Locke**, *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*'de egemenliğin kaynağının ve dolayısıyla meşruluğunun Tanrısal

²¹⁰ AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/ZABCI ÇULHA Filiz/ERGÜN Reyda, Kral-Devletten Ulus-Devlete, İmge, Ankara 2005, s. 164.

²¹¹ RAYNAUD Philippe, “LOCKE John”, Çev.: Necmettin Kâmil Sevil, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, s. 549.

²¹² ABADAN Yavuz, Hukuk Felsefesi Dersleri, AÜHF Yay., Ankara 1954, s. 154; DIDIER Jean, John Locke, Çev.: Atakan Altınörs, Paradigma, İstanbul 2009, s. 67; TOKU Neşet, John Locke ve Siyaset Felsefesi, Liberte, Ankara 2003, s. 32. Bouillon da Locke'un 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve 1787 tarihli Amerikan Anayasası üzerindeki etkisinin altını çizmektedir. BOUILLON Hardy, John Locke, Çev.: Ali İbrahim Savaş, Liberte, Ankara 1998, s. 36; Aynı yönde GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 206.

²¹³ AKİPEK İlhan, “John Locke'un Siyasi Fikirleri”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, ss. 255-268, s. 262.

²¹⁴ ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 203.

²¹⁵ USLU, Doğal Hukuk..., s. 212.

olmadığını ve Tanrısal olmayan bu iktidarın mutlak olamayacağını *Filmer*'in *Patriarcha*'sına bir cevap olarak ele almıştır. *Filmer*'in mutlak monarşiyi temellendirmek üzere ileri sürdüğü “*Bütün hükümetlerin mutlak monarşi*” olduğuna ve insanların özgür doğmadıklarına ilişkin argümanlarının değillenmesi ile buna dayanan bütün düşünceler de reddedilecek ve devletin toplum hâlinde bir arada yaşayan bireylerin rızalarına dayandırılabilmesinin yolu açılmış olacaktır.²¹⁶ İktidarın meşruluğunun Tanrısal irade yerine halkın rızasına dayandırılması çabası insanın doğal olarak özgür olduğunun vurgulanması içindir.²¹⁷

Doğal olarak özgür ve haklara sahip olan insan, tabiat hâlindeki insandır. Tabiat hâli *Toku*'nun ifadesiyle “...insanların mülkiyet paylaşımında ve kendi eylemlerinin tanziminde yalnızca doğal hukuka bağlı oldukları ve sadece ona uygun düşündükleri bir özgürlük...” ve “... tüm otorite ve yargılama hakkının karşılıklı olarak herkese ait olduğu ve kimsenin kimse üzerinde herhangi bir egemenlik hakkının bulunmadığı bir eşitlik...” durumudur.²¹⁸ *Didier*'e göre *Locke*'un özgürlük anlayışı “*Dolu dolu, tam anlamıyla bir bireysel hürriyet*”tir.²¹⁹ Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki; diğerlerinin baskı ve engellemelerinden uzak olmak amacını güden bu özgürlük anlayışı amacına uygun olarak düşünülür. Bu bağlamda sınırları doğal haklar ile çizilen bu sınırlı özgürlük bireyin kişiliğini, eylemlerini, sahip olduğu şeyleri ve bir bütün olarak mülkiyetini hukuk çerçevesinde düzenleyebilmesi için gerekli olan otonomidir.²²⁰ “*Herkesin itaat ettiği akıl*

²¹⁶ Locke'un Hükümet Üzerine Birinci İnceleme'de *Filmer*'den alıntılanığı şu kısa paragraf *Patriarcha*'nın genel bakış açısını ifade etmek için yeterli ve yararlıdır: “*İnsanlar özgür doğmamıştır ve dolayısıyla hiçbir zaman hükümet edenleri ya da hükümet biçimlerini seçme özgürlüğüne sahip olamamışlardır. Prensler iktidarlarına mutlak biçimde ve Tanrısal bir hakla sahiptirler, çünkü köleler hiçbir zaman anlaşma yapma ya da uzlaşma hakkına sahip olmamışlardır. Adem mutlak bir monarktı ve bütün prensler Adem'den beri mutlak monarklardır.*” Birinci İnceleme bütünüyle bu görüşlerin bir anti-tezini teşkil eder. Bu temelin çökmesiyle *Filmer*'in kurduğu bütün dokunun da bununla birlikte çökeceğini belirten Locke böylece İkinci İnceleme'sinde doğal haklarla sınırlanmış siyasi iktidar söylemini temellendirmek olanağına kavuşur. **LOCKE** John, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, Çev.: Fahri Bakırcı, Kırılma, Ankara 2007, s. 4-5.

²¹⁷ **BOUILLON**, John Locke, s. 10; **SENETT** Richard, Otorite, Çev.: Kamil Durand, Ayrıntı, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 65; **USLU**, Doğal Hukuk..., s. 213.

²¹⁸ **TOKU**, John Locke..., s. 73.

²¹⁹ **DIDIER**, John Locke, s. 66.

²²⁰ **LOCKE** John, Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'den Seçme Parçalar, Çev.: Mete Tunçay, içinde: Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar: Yeni Çağ, Der.: Mete Tunçay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2002, s. 263-264.

anlamında doğal hukukun” çerçevelediği bu sınırlı özgürlük tabiat hâlinin *bellum omnium contra omnes*’e dönüşmesini de engellemektedir.²²¹

Bununla birlikte insanlar içinde her zaman özgürlüklerini kötüye kullanmak isteyenler, doğal hukuku çiğneyenler bulunabilir. Bu durumda tabiat hâlinin eşit bireyleri, meşru müdafaa haklarının ve birbirleri üzerindeki yargılama ve cezalandırma haklarının bir sonucu olarak özgürlüğün kötüye kullanılmasını cezalandırabilir.²²² Tam bir eşitliğin gereği olarak yargılama ve cezalandırma yetkisine herkesin sahip olması; insanların tarafsız davranmaması, verilecek cezanın oranını “soğukkanlı düşünce ve vicdan ışığı altında” değil bir ölçüm duygusu ile takdir etmesi ya da hakkı gaspedilen kişinin tek başına muhatabını cezalandırmaya gücünün yetmemesi gibi sebepler barışçıl tabiat hâlini bir savaş hâline dönüştürebilir.²²³ Tabiat hâline içkin bu savaş hâlinin²²⁴ gerçeğe dönüşmemesi için kesin kanunlara, tarafsız hâkimlere ve zor kullanma araçlarına ihtiyaç vardır. Zira otoriteye sahip bir ortak hâkimin yokluğu bütün insanları savaş hâline sokar.²²⁵ Bir siyasal toplumu karakterize eden bu üç unsurun (yani devletin) varlık sebebi de buna

²²¹ *Bellum omnium contra omnes*; Hobbes’un *homo homini lupus* için kullandığı bir başka ifade olarak tabiat hâlinin herkesin herkese karşı savaşı şeklinde nitelendirilmesidir. Locke, Hobbes’un aksine tabiat hâlini bir çatışma durumu olarak değil fakat bünyesinde yüksek bir çatışma potansiyeli barındıran bir barış hâli olarak nitelendirmektedir. Bu şekilde siyasal toplumun bu barış hâlini muhafaza etmek işlevine uygun şekilde yetkilendirilmesi, devletin doğası ve amacı gereği sınırlı bir organizasyon olduğu söyleminin temellendirilmesi de mümkün olabilecektir. Aktaran: AKİPEK, “John Locke’un...”, s. 259; TOKU, John Locke..., s. 74, 88.

²²² DUNN John, Locke, Altın Kitaplar, İstanbul 2008, s. 66; USLU, Doğal Hukuk..., s. 215.

²²³ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 171. İnsanlar arasında ortak bir kurallar dizgesinin ve bu dizgeyi etkin kılacak bir otoritenin bulunmaması Locke’a göre doğal bir hak olan, salt mülk sahibi olmaktan başka yaşam ve özgürlükleri de içeren bir hak sahibi olmak hakkı olarak mülkiyet hakkını da tehlikeye atar. ABADAN, Hukuk Felsefesi..., s. 160; DUNN, Locke, s. 58. Gülsoy, Locke’un mülkiyet kavramını geniş anlamda bir hak sahibi olma hakkı olarak *property* kavramı ile karşıladığına buna karşılık dar anlamda mülkiyet için de *estate* kavramını kullandığına işaret etmektedir. GÜLSOY Mehmet Tevfik, “John Locke’un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy1.html#fnB1>, E. T.: 29.04.2010. Mülkiyete yönelik bu vurgu devletin sınırlarını da teşkil edecek ve Locke’un düşüncesinde devletin görevini mülkiyet hakkını korumakla sınırlandırılacaktır. DIDIER, John Locke, s. 64; YAYLA Atilla, Liberalizm, Liberte, 5. Bası, Ankara 2008, s. 41-42, 49.

²²⁴ Locke da tabiat hâli ile savaş hâlinin birbirine karıştırılabileceğinin farkındadır. LOCKE, Uygur Yönetim..., s. 269. Locke’un tabiat hâli, Hobbes’un düşüncesinden farklı olarak bir savaş hâli ile özdeş değildir. Bununla birlikte tabiat hâlinin her zaman bir savaş hâline dönüşme potansiyeli mevcuttur. Bunun da sebebi, bireyler arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıkları çözüme bağlayacak üstün bir otoritenin bulunmamasıdır. GÜLSOY, “John...”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy1.html#fnB1>.

²²⁵ COPLESTON, Felsefe Tarihi..., s. 138; DIDIER, John Locke, s. 64.

göre muhtemel bir savaş hâlinin engellenmesi ve haklar ekseninde düzenlenen toplumsal barışın korunması olmaktadır.²²⁶

Zabci, **Locke**'un tabiat hâlinde toplumsal yaşama geçiş sebeplerini şu şekilde maddeleştirmektedir.²²⁷ a. Bir arada yaşamakta olan bireyler arasında çıkacak uyuşmazlıkları çözümlmek için başvurulacak, “*ortak rıza*” ile oluşturulmuş, yerleşik ve herkesçe bilinen ilkelerin (kanunların) bulunmaması. b. Uyuşmazlık çıkması hâlinde bu nitelikte bir kanunu uygulayacak tarafsız bir hâkimin bulunmaması. c. Haklı olarak verilmiş bir cezanın uygulanmasını sağlayacak üstün bir gücün bulunmaması.

Tabiat hâlinde sivil hâle yani devletsiz toplumdan devletli topluma geçiş, toplum sözleşmesi ile gerçekleşir. **Locke**, toplumsal sözleşmenin bir tarihsel gerçeklik olmadığını farkında ise de yine de bazı sözleşme örneklerine rastlamının mümkün olduğuna işaret eder.²²⁸ Burada esas sorun toplum sözleşmesinin tarihin verileri ile doğrulanıp doğrulanmaması değil fakat toplum sözleşmesi ile bireylerin hangi haklarından vazgeçecekleridir. **Copleston** toplum sözleşmesi ile tabiat hâline son veren bireylerin yasama ve yürütme güçlerinden vazgeçtiklerini ifade etmektedir.²²⁹ Böylece bireyler bir toplum sözleşmesi ile devleti ortak yararı gözetken kanunları yapmak, bu kanunları yürütmek ve bu kanunlar ihlal edildiğinde de ilgilileri cezalandırmak konusunda yetkilendirmiş olmaktadır.²³⁰ Derhâl altını çizerek belirtmek gerekir ki bu yetkilendirmenin amacı bireylerin özgürlüklerini güvenli bir şekilde kullanmalarını sağlamaktır. Böylece **Locke**'un kuramında devlet kendisinden önce var olan bir dizi hakkın ve bireylerin özgürlüklerinin güvence alınması amacıyla ortaya çıkmıştır. Nitekim **Locke** da siyasal erk olarak ifade ettiği devleti “(M)ülkiyeti

²²⁶ GÜLSOY, “John...”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy1.html#fnB1>; TOKU, John Locke..., s. 80; YAYLA, Liberalizm, 38-41.

²²⁷ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 190.

²²⁸ LOCKE, Uygur Yönetim..., s. 266-267; Yayla da, Locke'ta “tabiat hâli”nin ne zaman yaşandığı sorusuna ikna edici bir yanıtın bulunmadığını, tabiat hâlinin bir fiksiyon olduğunu belirtmektedir. YAYLA, Liberalizm, s. 37.

²²⁹ Aslında vazgeçilen her şeyden önce “yargılama” gücüdür. Zira Locke'a göre uygar toplum bireylerin aralarındaki anlaşmazlıkları karara bağlamak ve suçluları cezalandırmak gücüne sahip bir hukuk düzeni ve yargı organı ile teşhis edilir. Ancak Locke'un yargıyı yürütme içinde düşünmesi ve yürütmeyi de yasamaya bağımlı bir erk olarak ele alması sebebiyledir ki düşünürün kuramında bireylerin devlet lehine vaz geçtikleri temel yetkinin yasa yapmak yetkisi olduğu söylenmektedir. Nitekim Locke da “...uygar bir topluma girmiş ve herhangi bir devletin üyesi olmuş herkes(in)” suçları yargılamak yetkisini yasama organına vermiş olduğundan bahsetmektedir. LOCKE, Uygur Yönetim..., s. 271.

²³⁰ COPLESTON, Felsefe Tarihi..., s. 139.

düzenlemek ve korumak için ölüm cezası ve dolayısıyla bundan daha az şiddetli cezalar verebilen yasalar koymak, bu yasaları uygulamak ve devleti yabancılardan gelebilecek zararlara karşı korumak için topluluğun gücünü kullanma ve bütün bunları yalnızca kamunun iyiliği için yapma hakkı” şeklinde tanımlamaktadır.²³¹ *Uslu*’ya göre Locke’un doğal haklar teorisinin sonucu sınırlı devlet düşüncesidir. Klasik liberal gelenekte adaletin, iç ve dış güvenliğın korunması şeklinde ifade edilen devletin görevleri *Locke*’ta kişilerin doğal haklarını korumak ve güvenliklerini sağlamak şeklinde ifade edilmektedir. Böylece devlet, varlık amacıyla bağlı kaldığı ölçüde meşrudur.²³² *Toku* da *Locke*’un kuramında devletin meşruluğunun bir diğer kaynağı olarak insanların rızalarına dayanıyor olmayı göstermektedir. Buna göre yalnızca rızaya dayanan hukuki yönetimlerin meşruluğundan bahsedilebilir. Mutlak ve keyfi yönetimler meşru devlet biçimlerini ifade etmezler. Meşru olmayan bir siyasi otorite despotik bir otorite olarak adlandırılır. Despotluk hukukun gaspıdır ve hukukun gaspı bir sivil hâli değil ancak ve ancak bir savaş hâlini deyimler. Buna göre hukuk dışı bir otorite olarak despotik otoritenin bir devlet olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Zira hukuk yoksa devlet de yoktur.²³³

Özgür insanların, “daha rahat, güvenli ve barışçıl” bir yaşam sürmek üzere, kendi rızalarıyla bir yönetim oluşturmak için anlaşmaları, yargılama ve yasaları uygulama haklarını bir kişi ya da kurula emanet etmeleri ve yönetimi sorumluluk altına sokmaları ile birlikte ortaya çıkan devletin²³⁴ yetkilerini Locke üçe ayırır: Yasama yetkisi, yürütme yetkisi ve federatif erk.²³⁵ Bu ayırım daha sonra *Montesquieu* tarafından olgunlaştırılacak olan bir erkler ayrılığını ifade eder.²³⁶

Federatif erk, devletin uluslararası alandaki ilişkilerini yürüten erktir. Federatif erk, diğer toplumlar ile tabiat hâlini sürdürmekte olan toplumun savaş, barış, birlik, ittifak ve diğer bütün ilişkilerini içinde taşıyan gücü ifade eder. *Locke*’a göre federatif erk, gerçekte yürütmeden ayrı olmasına rağmen pratikte onunla

²³¹ LOCKE, *Uygar Yönetim...*, s. 262.

²³² USLU, *Doğal Hukuk...*, s. 220.

²³³ TOKU, *John Locke...*, s. 88, 108.

²³⁴ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, *Kral-Devletten...*, s. 194-200

²³⁵ LOCKE, *Uygar Yönetim...*, s. 276-278.

²³⁶ AKİPEK, “*Kuvvetler Ayrılığı...*”, s. 178-181; AKYILMAZ, “*Tarihi Gelişim...*”, s. 47-58; FEYZİOĞLU, “*Kuvvetlerin...*”, s. 51 vd.

birleşmiştir. Yürütme, devamlı bir erk olarak kanunların aralıksız yürütülmesi ya da gözetilmesi işlevini yerine getirir. Bu açıdan yürütme yasamaya bağlı bir erktir.²³⁷

Federatif erkin ve yürütmenin kendisine bağlı olduğu yasama **Locke**'un kuramında tartışmasız en üstün erktir.²³⁸ “Yasama erki, devlet gücünün topluluğu ve üyelerini korumak için nasıl kullanılacağını yönlendirme hakkı olan erktir.” Yasama erkinin sürekli biçimde iş başında olması gerekli değildir. Hatta kanunları yapmak gücünü elinde tutanların yürütme erkini de ele geçirerek kendilerini kanunların yükümlülüklerinden muaf tutma ihtimali sebebiyle “...iyi düzenlenmiş devletlerde yasama erki uygun biçimde toplanarak...yasayı yaptıktan sonra dağılarak kendi yaptıkları yasalarla bağlanan ve böylelikle, kamu iyiliğini gözet(en)” kimselerin ellerine verilmiştir.²³⁹ Buna göre **Locke**'un özgür insanı ve tabii hâli sivil hâlde de devam ettiren toplum hedefine uygun olarak kanun koyucu ve kanunlar için bir çerçeve çizdiği söylenmektedir.²⁴⁰ **Dunn** da **Locke**'un kuramında yasamanın en üstün güç olmasına rağmen sınırsız ve keyfi bir güç olarak tasarlanmadığını söylemektedir. Zaten tabiat hâlinin terk edilmesinin temel sebebi keyfilikten kurtulmaktır. Yasamanın sınırlarını özgürlükler, doğal haklar ve mülkiyetin dokunulmazlığı belirler. Buna göre kanun koyucunun kanunları ancak herkes için geçerli olan ve genel kurallar olabilir. Bu kanunların “kamu yararı”ndan başka bir amaç gütmesi mümkün değildir. Kanunlar mülkiyet haklarına zarar verecek biçimde düzenlenemez. Nihayet yasama gücü, halk tarafından bu konuda yetkilendirilmemiş herhangi bir kişi ya da meclise devredilemez.²⁴¹

Doğal haklarla sınırlanmış olan bir yasama yetkisinin üstünlüğü, **Toku**'ya göre, kendi doğasına veya gücüne değil, otoriteye itaati ve toplum barışını korumayı emreden doğal hukuka dayanır. Bundan başka doğal hukuk, kendisi geçerli bir hukuk düzenini ifade etmese bile pozitif hukukun ölçüsünü teşkil eder.²⁴²

Görülmektedir ki yasamanın üstünlüğü düşüncesi **Locke**'un kuramında özgürlüklerin güvencesi olarak sınırlı devlet bağlamında ele alınmıştır. Eğer devlet,

²³⁷ **LOCKE**, Uygur Yönetim..., s. 277.

²³⁸ **DUNN**, Locke, s. 41; **DIDIER**, John Locke, s. 65.

²³⁹ **LOCKE**, Uygur Yönetim..., s. 276-277.

²⁴⁰ **BOUILLON**, John Locke, s. 41.

²⁴¹ **DUNN**, Locke, s. 41-42. **COPELSTON**, Felsefe Tarihi..., s. 143; **DIDIER**, John Locke, s. 65; **GÜLSOY**, “John...”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy1.html#fnB1>; **OKANDAN**, Umumî Âmme Hukuku, s. 560.

²⁴² **TOKU**, John Locke..., s. 92, 98.

yasama ve yürütme, kendisine halk tarafından verilmiş olan yetkileri aşar ya da kötüye kullanırsa halk için bir direnme hakkından bahsetmek de mümkün hâle gelir.²⁴³ Yasamanın diğer devlet erklerine nazaran üstün olmasının sebebi yönetimin sınırlandırılması ihtiyacıdır. Lockeçu bakış açısı, yönetenler anlamında devletin sınırlandırılması düşüncesi üzerine inşa edilmiştir. Bu bağlamda halk iradesinin sınırlandırılması fikrini bu düşünce içinde görmek mümkün değildir. Zira **Locke**'ta hiç kimsenin kendi özgürlüklerini daraltmak yönünde bir iradeye sahip olmayacağı aksiyomatik bir önermedir “...çünkü hiçbir akıllı yaratığın, içinde bulunduğu koşulları daha kötüye gitmek için değiştirmek isteyeceği düşünülemez.”²⁴⁴ **Locke**'un halkın ve çoğunluğun iradesine yönelik bu “olumlu” yaklaşımını siyasal pratik olumsuzlayacak özellikle **Hayek** ile birlikte yalnız yönetimin değil fakat demokratik iradenin de keyfi ve baskıcı bir mahiyete sahip olabileceği düşüncesi belirecektir.

Yasama iradesinin ve arkasındaki demokratik çoğunluk iradesinin doğal hukuk ya da müşterek hukuk ya da anayasa (veya uluslararası normlar) şeklinde ifade edilsin üstün bir hukuk bağlamında denetlenmesi düşüncesinin temelinde yatan bu bakış açısı olmaktadır. **Locke**'un kuramının bu bakışa açılan penceresi devletin ve yasamanın hak ve özgürlükler lehine sınırlılığı düşüncesidir.

Hiç şüphe yoktur ki direnme hakkının kullanılması, toplumsal yaşamın tabiat hâline geri dönüşünü ifade eder. Toplum sözleşmecileri içinde, hele ki **Hobbes** ile kıyaslandığında, en barışçıl tabiat hâli tasviri **Locke**'a ait olsa da devletsiz bir duruma yönelmek devletli bir toplum için bir gerileyiştir. Bu nedenle **Locke**'tan sonra devlet, kendi varlığını ve düzenini korumak amacıyla direnme hakkının etkin bir hak olarak kullanılmasının önüne geçecek; direnme hakkı anayasal düzene uygunluk konusunda toplumsal hassasiyetin sembolik bir ifadesine evrilip sivil itaatsizlik formunda sistem içi bir bireysel tepkiye dönüştürülürken devlet de yetkisini aşan ya da kötüye kullanan yasama ve yürütme organlarının hukuka uygunluğunu siyasal ve yargısal usuller kullanarak denetlemek yöntemlerini inşa etmeye başlayacaktır.

c. Genel İrade Kuramında Hukuk Devleti Arayışları

Jean-Jacques Rousseau'nun (1712 – 1778) hukuk devleti için önemi, onun genel irade anlayışında yatar.²⁴⁵ Bir toplum sözleşmesi etrafında bir araya gelerek

²⁴³ OKANDAN, Umumi Âmm Hukuku, s. 561-562.

²⁴⁴ LOCKE, Uygur Yönetim..., s. 276.

²⁴⁵ HAYEK, “Siyasî...”, s. 62-63.

siyasi bütünü oluşturan yurttaşların iradesi anlamında genel irade, kanunların kaynağıdır. Kanun ise, genel iradenin ifadesi olarak siyasi bütünün iş görme aracıdır. Bu açıdan kanun ve daha fazla olarak da kanun koyucu **Rousseau**'nun düşüncesinde merkezî bir yere sahiptir.²⁴⁶ Nitekim **Rousseau** 1754 tarihli *Dijon Akademisi'nin Önerdiği İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı Nedir ve Bu Eşitsizlik Doğa Kanununa Mı Dayanır Sorusu Üzerine Konuşma*'sının *Sunuş*'unda hiç kimsenin boyunduruğu altında olmamak şeklinde tanımladığı özgürlüğün ancak kanunun egemenliği kabul edilerek gerçekleştirilebileceğini söylemektedir.²⁴⁷

Kanunun üstünlüğünün sağlanması onun meşruluğu ile bağlantılı olarak gerçekleşir.²⁴⁸ **Rousseau**'ya göre meşru bir düzen aracı olarak kanun, mümkün olan en az sayıda olmalı, genel iradenin bir yansıması olmalı ve mutlaka genel olmalıdır.²⁴⁹ **Rousseau**, genel iradenin ve kanunun genelliğini üç anlamda ele alır.²⁵⁰ Özü itibariyle genellik: genel iradenin özel çıkarları değil fakat kamu yararını ifade etmesidir. Böylece genel irade bir kişinin ya da grubun özel çıkarlarından çok yurttaşlardan oluşan halkın çıkarlarına yöneliktir.²⁵¹ Konusu itibariyle genellik: Genel irade özel bir konuyu düzenlemekte ise artık özü de değişmiş demektir. Bir başka ifadeyle konusu özel olan irade/kanun genel irade/kanun değildir. Birel-bireysel işlem niteliğindeki bir kural genel iradenin yansıması olarak kabul edilemez. Bu bakımdan kanun “yurttaşları bir bütün ve davranışları da soyut olarak” ele alır. Bağlayıcılık itibariyle genellik: Genel iradenin konu bakımından genelliğinin bir sonucu olarak onun herkesten kaynaklanan ve herkesi bağlayan bir irade olduğunu söylemek mümkündür. Böylece kanun, herkesi bağlayıcı bir ilke olarak belirlemektedir. Ancak bu şekilde kanunun meşruluğu ve kamu yararını sağlaması söz

²⁴⁶ **ROUSSEAU** Jean-Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev.: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yay., 4. Bası, İstanbul 2009, s. 85, 91.

²⁴⁷ **ROUSSEAU** Jean-Jacques, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliği Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma*, Çeviren: Rasih Nuri İleri, Say, İstanbul-tarihsiz, s. 67, 73. Yurttaşlar tarafından yaratılan bu hukukun egemenliğini, bir halk egemenliği kuramı olarak okumakta bir sakınca yoktur. **ENGSTER** Daniel, *Divine Sovereignty*, Northern Illinois Press, Illinois 2001, s.10-11, 199.

²⁴⁸ **DENT** N. J. H., *Rousseau Sözlüğü*, Çev.: B. Gözkân/N. Ilgıcioğlu/ A. Çitil/ A. Kovanlıkaya, Sarmal, İstanbul Ankara tarihsiz, s. 185.

²⁴⁹ **ROUSSEAU**, *Toplum Sözleşmesi*, s. 99.

²⁵⁰ **AĞAOĞULLARI** Mehmet Ali, *Ulus-Devlet ya da Halkın Egemenliği*, İmge, Ankara 2006, s. 90.

²⁵¹ **RUNKLE** Gerald, *A History of Western Political Theory*, The Ronald Press Company, New York 1968, s. 327.

konusu olur. Eğer bir kural bu niteliklere sahip değilse kamu yararını sağlamaktan da uzaktır ve kamu yararını sağlayamayan bir kural da kanun olarak kabul edilemez.²⁵²

Rousseau, kanunu kamu yararını sağlamak işlevi ile tefrik etmiş ve kamu yararını da toplumda özgürlük ve eşitliğin sağlanması şeklinde tanımlamıştır.²⁵³ Zira ona göre toplumsal yaşam bir kısıtlılık ve eşitsizlik hâlidir. **Rousseau**, insanın doğuştan özgür bir varlık olduğunu fakat toplumsal yaşam içinde zincirlere vurulduğunu ifade ederken bu kısıtlılık hâline vurgu yapmaktadır.²⁵⁴ Bundan başka toplum içinde yaşayan insanlar arasında bir eşitsizlikten de bahsetmek mümkündür. Bu eşitsizlik iki türdür. Birincisi doğal olan, yaşa, sağlığa, fiziksel kabiliyetlere, akla ve ruhsal özelliklere bağlı olarak ortaya çıkan; düşünürün “doğal ya da fiziki eşitsizlik” olarak adlandırdığı eşitsizliktir. Eşitsizliğin ikinci türü ise düşünürün “manevi veya politik eşitsizlik” şeklinde kavramsallaştırdığı uzlaşmaya dayanan ve insanların rızaları ile kurulmuş olan; bazı insanların diğerlerinin zararına olarak yararlandıkları bir dizi ayrıcalığı ifade eden eşitsizliktir.²⁵⁵

Rousseau'nun doğal olmadığını söylediği bu ikinci tür eşitsizlik ve insanın insana bağlılığı anlamında kölelik ancak kanunlara bağlı olarak örgütlenmiş bir toplum içinde bertaraf edilebilir.²⁵⁶ “*Üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulmalı ki, orada her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun.*”²⁵⁷ **Rousseau**'ya göre eğer gerçekten böyle bir ihtimal varsa ancak, bir

²⁵² **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 29-30, 35-36.

²⁵³ Kamu yararının bir unsuru olarak özgürlük Rousseau'nun terminolojisinde yurttaşın başka hiç kimseye bağ(ım)lı olmamasını ifade eder. Çünkü bir kişinin diğerine bağlılığı ve bağımlılığı o kişinin iradesini de ortadan kaldırır, kişiyi köleleştirir ve genel iradenin oluşmasını engeller. Bir kişinin diğer(ler)ine olan bağımlılığı devlet bedeninden bir gücün eksilmesini ifade eder. Kamu yararının diğer bir unsuru olan eşitlikten ise “*güç ve zenginlik derecelerinin herkes için aynı olmasını değil, bu gücün hiçbir zorbalığa kaçmaması ve ancak mevki ve yasalar gerektirdikçe kullanılması, varlık bakımından da hiçbir yurttaşın ne başkasını satın alacak kadar zengin, ne de kendini satmak zorunda kalacak kadar yoksul olmaması gerektiği anlaşılmalıdır.*” **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 48-49.

²⁵⁴ **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 4.

²⁵⁵ **ROUSSEAU**, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 87; **HAMPHER-MONK**, Modern Siyasi..., s. 213-214.

²⁵⁶ Rousseau'ya göre kölelik, insanın insana olan bağımlılığını ifade eder. Yazara göre tabiat hâlinde görülen insanın yaşamını sürdürebilmesi için, ihtiyaçlarını giderebilmesi için doğaya bağımlı olması onu köle hâline getirmez. İnsanı köleleştiren bağımlılık uygarlığın neticesidir. Uygarlık içinde insanı kölelikten kurtarmak, bütün insanları kanun ile bağlamak ile mümkün olabilir. Böylece insanın insana olan bağımlılığı ortadan kalkacak bütün insanlar kendilerini siyasal bütüne ve onun iradesine teslim edecektir. Bu irade, kanunların da kaynağı olan, mutlak ve yanılmaz genel iradedir. **DENT**, Rousseau..., s. 55-58, 219-221.

²⁵⁷ **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 14.

toplumsal sözleşme etrafında biraraya gelen insanların oluşturduğu siyasal bütün -devlet- içinde mümkün olabilecektir.

Rousseau, devlete *Ağaoğulları*'nın aktardığı ifade ile “olumsuz bir antropolojiden hareketle” ulaşır.²⁵⁸ **Akal**'ın “Rousseaeucu antropolojik evrim” olarak nitelendirdiği bu hâl, siyasi bütünü uğursuz bir rastlantının zorunlu sonucu olarak ele alır.²⁵⁹ Bu açıdan **Rousseau**, bir modernlik eleştirisi yaparak²⁶⁰, modern devlete ulaşmakta²⁶¹; bir başka ifade ile hukuk devletini ortaya çıkartan şartların eleştirisinden hareketle bir hukuk devleti kurgulamaktadır.

Bu eleştiri, *Eşitsizliğin Kaynağı Üzerine Konuşma*'nın da konusunu teşkil eder: “Doğa'nın kanuna boyun eğdiği anı saptamak ve güçlünün zayıfa hizmet etmeye ve halkın fikren rahat olmayı gerçek mutluluk pahasına satın almaya hangi mucizeler dizisi ile karar verdiğini meydana çıkartmak.”²⁶²

Eşitsizliğin Kaynağı Üzerine Konuşma'nın I. Bölümünde **Rousseau**, doğal insanın ihtiyaçlarının son derece az olduğunu vurgulamakta ve tabiat hâlinin de bir özgürlük ve eşitlik hâli olduğunu ifade etmektedir.²⁶³ Özgürlük, insanı hayvanlardan ayıran temel özelliğidir.²⁶⁴ **Rousseau**, özgür iradeyi, insanı insan yapan özellikler arasında akıldan da önce gelen bir özellik olarak ele almaktadır.²⁶⁵ Düşünürü göre insan; özgürce tercihler yapabilmek iradesine sahip olmak bakımından hayvandan ayrılır. Özgür tercihleri, insana tabiat hâlini bir çatışma ve savaş ortamına dönüştürmek yeteneği de tanımaktadır; ne var ki insan aynı zamanda türdeşlerinin çektiği acılar karşısında acıma duygusuna da sahiptir. **Rousseau**'ya göre **Hobbes**, tabiat hâlini kurgularken insanın hemcinslerinin sıkıntı çektiğini görmekten rahatsız olduğu gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Böylece insanın insana karşı duyduğu merhamet sayesinde insanın kendi varlığını korumak ve geliştirmek konusunda

²⁵⁸ **AĞAOĞULLARI**, *Ulus-Devlet...*, 34-37.

²⁵⁹ **AKAL**, *İktidarın...*, s. 111-112, 115.

²⁶⁰ **CASSIRER**, *Devlet...*, s. 177 vd; **DENT**, *Rousseau...*, s. 320-323; **ŞENEL** Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat*, 6. Bası, Ankara 1996, s. 355.

²⁶¹ **STRAUSS** Leo, “*Tabii Hak ve Tarih*”, Çev.: Ozan Erözden, içinde: *Devlet Kuramı*, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 269-320, s. 291-292.

²⁶² **ROUSSEAU**, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı...*, s. 88.

²⁶³ **ROUSSEAU**, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı...*, s. 100, 103.

²⁶⁴ **DENT**, *Rousseau...*, s. 261-267.; **STRAUSS**, “*Tabii Hak...*”, s. 300.

²⁶⁵ Rousseau'ya göre akıl, kaynağı insanın ihtiyaçları olan tutkular ile yetkinleşir ve olgunlaşır. **ROUSSEAU**, *İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı...*, s. 105. Dolayısıyla en alt derecede ihtiyaç sahibi olan insanın aklının onun gelişmesi üzerindeki etkisi de en üst düzeyde değildir. Aklı insana ilişkin ilk ve asli bir özellik olarak ele almaması bakımından Rousseau, diğer aydınlanmacı düşünürlerden ayrılır.

diğerleri üzerindeki kısıcılığı da hafiflemiş olmaktadır.²⁶⁶ **Rousseau**'ya göre merhamet, doğal bir duygu olarak tabiat hâlinde, kanunların ve erdemın yerını almaktadır.²⁶⁷ İnsanın bu merhamet özelliği sayesinde ki, tabiat hâlinin, Hobbesçu anlamda bir savaş hâline gelmesi de önlenmiş olur.²⁶⁸

Eşitsizliğin Kaynağına İlişkin Konuşma'dan sık alıntılanan bir pasajda **Rousseau**, tabiat hâli insanını "Ormanlarda avare dolaşan, hiçbir hüneri olmayan, konuşmayı bilmeyen, evi, barkı, savaşları, bağlantıları olmayan, hemcinslerine ya da onlara zarar vermeye hiç gereksinmesi olmayan, hatta belki onlardan hiçbirini tanımayan, az sayıda tutkusu olan, kendi kendine yeten vahşi insan" şeklinde tanımlamakta ve tabiat hâlinde eşitsizliğin etki sahibi olmaktan uzak bulunduğunu vurgulamaktadır.²⁶⁹ Tabiat hâlinde özgür ve eşit bir varlık olan insan kusur, erdem; iyilik, kötülük; ahlaklılık, ahlaksızlık; gibi kavramlarla da ilişkilendirilemez.²⁷⁰ **Rousseau**, bu açıdan da **Hobbes**'un tabiat hâli kurgusunu eleştirmekte ve tabiat hâlinin bizim kendi varlığımızı korumak için gösterdiğimiz özenin başkalarına en az zarar verdiği durum olması sebebiyle barış ve insan türünün yaşamı için elverişli bir durum olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmektedir.²⁷¹

Bundan başka **Rousseau**, insanın bir diğer özelliğinin de yetkinleşebilirlik olduğunu söylemektedir.²⁷² **Rousseau**'nun hemen hemen sınırsız bir yeti olduğunu ifade ettiği yetkinleşebilirlik²⁷³, şartların da yardımıyla insana ait bütün yetileri geliştirir ve "insanın bütün felaketlerinin de kaynağını teşkil eder."²⁷⁴ Yetkinleşebilirlik sayesinde/yüzünden insan uygarlaşmak zorunda kalmıştır.²⁷⁵ **Rousseau**'ya göre "Bir toprak parçasının etrafını çitle çevirip 'Bu, bana aittir.' diyebilen, buna inanacak kadar saf insanlar bulabilen ilk insan, uygar toplumun gerçek kurucusu oldu. Bu sınır kazıklarını söküp atacak ya da hendeği dolduracak, sonra da hemcinslerine 'Bu sahtekâra kulak vermekten sakınınız! Meyvelerin herkese ait olduğunu, toprağın ise kimsenin olmadığını unutursanız mahvolursunuz.' diye

²⁶⁶ TİMÜÇİN Ali, Rousseau'nun Toplum Anlayışı, Bulut, İstanbul 2009, s. 69-71.

²⁶⁷ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 120, 124.

²⁶⁸ DENT, Rousseau..., s. 239-244; RUNKLE, A History..., s. 321-322.

²⁶⁹ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 128-129; ŞENEL, Siyasal Düşünceler..., s. 359.

²⁷⁰ DENT, Rousseau..., s. 136-139.

²⁷¹ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 119.

²⁷² DENT, Rousseau..., s. 347-349.

²⁷³ STRAUSS, "Tabii Hak...", s. 304.

²⁷⁴ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 104.

²⁷⁵ TİMÜÇİN, Rousseau'nun..., s. 77-78.

haykırarak olan adam, insan türünü nice suçlardan, nice savaşıardan, nice cinayetlerden, nice yoksulluklardan ve nice korkunç olaylardan esirgemiş olurdu!”²⁷⁶

Rousseau, insanın yetkinleşebilirliğine bağladığı ve insanlığı felakete sürükleyen uğursuz bir gelişme olarak nitelendirdiği mülkiyetin ortaya çıkışı konusunda eleştirel bir tavır takınmakta fakat gerçekçiliği de elden bırakmamaktadır. Zira düşünür, ‘burası benimdir’ diyen kimseye karşı ‘hayır senin değil, herkesindir’ denilemeyeceğinin de farkındadır. Geline nokta, mülkiyetin ortaya çıkması ve uygarlığın doğuşu, insanlığın tarihsel birikiminin kaçınılmaz bir sonucu olarak tedricen ortaya çıkmıştır. Bu gelişim *Eşitsizliğin Kaynağı*’nın ikinci bölümünün de konusudur.²⁷⁷

Rousseau, insanın kendini keşfetmesiyle başlayan ve toplum hâlinde yaşamın başlangıcına kadar devam eden bu “insanlığın altın çağı”nı, “dünyanın gerçek gençlik dönemini” yüceltmekte ve sonraki bütün ilerlemelerin görünüşte bireyin yetkinleşmesi ve olgunlaşması anlamına geldiğini fakat aslında bütün insan türünün son evresine doğru atılmış adımları ifade ettiğini belirterek eleştirmektedir. İnsanın gençlik çağına son veren yukarıda da işaret edilen “hiç olmaması gerekli uğursuz bir rastlantıdır.”²⁷⁸ **Rousseau**’nun maden sanayi ve tarımın bulunması sebepleri ile açıkladığı gelişmeler sonucunda, toprak paylaşımı ihtiyacına bağlı olarak mülkiyet kabul edilmiş; “mülkiyet bir defa kabul edilince de, bunun sonucu olarak hukuk kuralları doğ(muştur)”²⁷⁹ **Rousseau**, hukuk kurallarının kaynağını mülkiyet olgusuna dayandırmakla beraber; herkese kendisine ait olanı vermek anlamında adalet ilkesine ve gelecekte emin olmak anlamında da bir (hukuki) güvenlik ihtiyacına da hukukun kaynağı olarak işaret etmektedir.²⁸⁰ Buna göre **Rousseau**’nun, hukuku son tahlilde adaletin güvenliğin işlevleri ile birlikte düşündüğünü söylemek de mümkündür.²⁸¹

Mülkiyetin ortaya çıkmasından sonradır ki toplum, zenginler ve yoksullar şeklinde farklılaşmış, barışçıl toplumsal düzen ortadan kalkmış, çatışmalar başlamış, bireyler “*İnsan etini bir defa tadınca başka bütün yiyecekleri hırçınlıkla geri çeviren,*

²⁷⁶ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 135.

²⁷⁷ AĞAOĞULLARI, Ulus-Devlet..., s. 49 vd.

²⁷⁸ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 145.

²⁷⁹ DENT, Rousseau..., s. 249-252.

²⁸⁰ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 147, 149.

²⁸¹ DENT, Rousseau..., s. 53-55.

sadece insan yutmak isteyen aç kurtlar(a)” benzemeye başlamışlardır. “*Böylece, en güçlüler ya da en zavallılar kendi güçlerini ya da kendi gereksinmelerini başkalarının malı üzerinde bir tür hak, kendilerine göre mülkiyet hakkıyla eşdeğerde bir hak haline getirdikleri için, bozulan eşitliği korkunç bir kargaşalık izle(miş)...En güçlüsünün hakkı ile ilk el koyanın hakkı arasında ancak kavga ve cinayetle son bulan devamlı bir çatışma meydana gel(miştir.)*” **Rousseau**’ya göre bu çatışma hâlinin geriye, eskiye dönülerek çözümlenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte eğer bir çözüm bulunmaz ise toplumun bütünüyle ortadan kalkması da kaçınılmaz görünmektedir.²⁸²

Bu güvensiz ve güvencesiz ortamın yaşamlarını ve mülkiyet haklarını tehdit ettiği zenginler, yaşamsal bir zorunluluğun baskısı ile titizlikle bir plan kurgulayarak “*zenginlere saldıran güçleri zenginler yararına kullanmayı, kendilerini kendi karşıtlarına savundurmayı, onları zenginlerin kendi öz sözleri ile esinlendirmeyi ve onlara, zenginler için doğal hukukun getirdiği kurumlar ne kadar zararlı ise gene zenginler için o kadar yararlı olan başka kurumlar vermeyi tasarladılar.*”²⁸³

Bu tasarı, herkese yönelik; zayıfları baskıya karşı güven altına almak, muhterisleri durdurmak ve herkesin kendine ait olana tasarruf edebilmesini sağlamak amacıyla herkesi bağlayan, zenginler ve fakirler için yükümlülükler öngören, toplumsal eşitsizlikleri tamir edip giderecek olan adalet ve barış kuralları koymak; toplumu bilgece yapılmış kanunlara göre yöneterek birliğin bütün üyeleri koruyacak olan üstün bir iktidar etrafında birleşmek çağrısıdır.²⁸⁴

Rousseau’ya göre insanlar bu çağrıya –yazarın ifadesiyle “*zincirlerine*”, özgürlüklerini güvence altına aldıkları inancıyla koşmuş ve toplumsal yaşam “*politik bir kuruluşun...yararlarını sezecek kadar akılları olduğu halde, bunun getireceği tehlikeleri önceden görecektedir*” tecrübeye sahip olmayan insanların iradeleriyle kurulmuştur. **Rousseau**’ya göre kurulan aslında zayıflar için yeni zincirler ve bağlardan, zenginler içinse yeni güç kaynakların ibaret olan; doğal özgürlüğü ve eşitliği bir daha geri dönülemeyecek biçimde ortadan kaldıran; mülkiyeti ve

²⁸² **ROUSSEAU**, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 150-153; **ŞENEL**, Siyasal Düşünceler..., s. 359.

²⁸³ **ROUSSEAU**, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 155.

²⁸⁴ **RUNKLE**, A History..., s. 323; **TİMUÇİN**, Rousseau’nun..., s. 113-114.

eşitsizliği sürekli kılan; gaspı meşrulaştırarak insanları kulluğa, sefalet ve çalışmaya mahkûm eden bir düzendir.²⁸⁵

Rousseau, bu düzenin taraflardan sadece birinin gücünü diğerinin bütünüyle aleyhine olarak artıran bir anlaşmaya dayandırılmasının kabul edilemez olduğunu vurgulamaktadır. Yazar eski çağa atıf yaparak “siyasi iktidarın” toplumu kölelikten kurtarmak şartıyla var olabileceğini ileri sürmekte ve mutlak iktidar söylemine karşı çıkmaktadır. Uyrukların krala itaati, ancak kralın kanunlara itaat etmesi ile mümkün olur. Kanunla bağlı olmayan bir keyfi iktidar **Rousseau**’ya göre çökmek üzere olan bir devlette karşılaşılan “*en güçlüünün egemenliği kanununa götüren kokuşmuş*” bir hükümet şeklidir. **Rousseau**, toplum sözleşmesinin taraflara “*kanuna uymak*” borcu yüklediğini ve özellikle de yöneticilerin bu borca aykırı davranışları hâlinde sözleşmenin bozulabileceğini ifade etmektedir. Zira yöneticiler “*yasallıklarını*” bu sözleşme ile birlikte gelen “temel kanunlarda” bulurlar.²⁸⁶

Görüldüğü gibi **Rousseau**, mülkiyetin ve kanunların ortaya çıkması ile birlikte eşitsizliğin ilk aşamasının da ortaya çıkmış olduğunu ifade etmiştir. Bir başka ifadeyle eşitsizlik, mülkiyet ve kanunların yerleşmesi ile sabitleşmiş ve yasallık kazanmıştır. Eşitsizliğin ikinci aşaması da yazara göre yöneten-yönetilen ayrımının ortaya çıktığı aşamadır. Eşitsizlik üçüncü ve son aşamada, meşru ve kanunlara uygun iktidarı keyfi iktidara dönüştüğü bir üst aşamada, yıkıcı hâle gelir. Bu aşamada artık kurulmuş olan toplumsal düzenin bozulduğu, önceki tabiat hâlinen farklı yeni bir tabiat hâlinin ortaya çıktığı söylenebilir.²⁸⁷

Bu nedenledir ki **Rousseau**'nun kuramında insanları ilk kez tabiat hâlinen çıkartan ve sivil hâle geçiren, siyasal bütünü kuran, kanunları ortaya çıkartan, bir yönetim ilişkisi tesis eden ve daha sonra da kurulu düzenin bozulmasına yol açan, kanunları keyfi gücün iradesi hâline getiren ve siyasal toplumu yeni bir tabiat hâlinin başlangıç aşamasına getiren “kötü bir toplum sözleşmesinin” varlığından bahsedilir.²⁸⁸ *Eşitsizliğin Kaynağı Üzerine Konuşma*, bu ilk ve kötü sözleşmeyi açıklar.²⁸⁹ Eğer kötü bir ilk sözleşme olmasa idi, **Rousseau**’nun primatlara devlet kurdurması gerekecekti ve eğer ilk ve kötü sözleşme olmasa idi, bir toplum

²⁸⁵ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 155-156.

²⁸⁶ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 160, 163, 165-167.

²⁸⁷ ROUSSEAU, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı..., s. 169.

²⁸⁸ AĞAOĞULLARI, Ulus-Devlet..., s. 56-59.

²⁸⁹ DENT, Rousseau..., s. 123-129.

sözleşmesi ile inşa edilecek devlet içinde genel iradenin egemenliğinin meşru olduğu iddia edilemeyecek idi. Nihayet bir ilk ve kötü sözleşmeyi tasvir etmemiş olsa idi **Rousseau**, bir hukuk devleti de kurgulayamayacaktı.

Bu nedenle, bir toplum sözleşmesi²⁹⁰ ile yurttaşa dönüşen bireylerin iradeleri anlamında genel iradenin ifadesi olan kanunun egemenliğine işaret etmek için bu “Rousseaucu antropolojik evrimin” izlenmesi de bir zorunluluk olmuştur.

Akal'ın siyasal toplumun son aşaması olarak nitelendirdiği toplum sözleşmesi aşaması²⁹¹, **Rousseau**'nun *Toplum Sözleşmesi ya da Politik Hukuk İlkeleri* başlıklı çalışmasının da konusunu teşkil eder. Yazara göre eserin amacı, “*güvenilir ve haklı bir yönetim kuralı bulunup bulunmadığını araştırmaktır.*” Bu bağlamda **Rousseau**'nun temel ilkesi, toplum düzenini sözleşmeye dayandırmaktır. Bir kere toplum düzeninin sözleşmeye dayandığı kabul edilirse artık keyfî yönetimin sakıncasını ortaya koymak da kolaylaşacaktır. Zira toplum düzeninin bir sözleşmeden kaynaklandığını kabul etmek yönetilenleri özgür ve bu konuda (yönetmek konusunda) yönetenlerle eşit haklara sahip olduğunu kabul etmektir. Böylece yönetim ancak halkın onayı ile keyfilikten kurtulmuş olmakta ve yöneticinin gücü, haklı bir sebep kazanmakta ve bireylerin bu güce itaat etmeleri mümkün olabilmektedir. **Rousseau**, yönetimi sözleşmeye dayandırmakla aynı zamanda yöneticinin gücünü de sınırlandırmaktadır. Bir başka ifadeyle sözleşme, yöneticiler için şartlı bir sözleşmedir ve yönetilenlerin özgürlüklerinden vazgeçmeleri anlamına gelmez. Çünkü taraflardan birisine mutlak bir güç veren diğerine ise sınırsız bir boyun eğme koşulu koyan sözleşme tutarsız ve boş bir sözleşme olur.²⁹² Bir başka ifadeyle özgürlüğü ortadan kaldıran ve insanı insana bağımlı kılan bir sözleşme (kölelik sözleşmesi) “*anlamsız ve saçma olduğu için geçersizdir.*”²⁹³ Böylece sözleşme, özgürlük için de bir güvence teşkil etmektedir. Bundan başka halkın sözleşmeye rızası yönetimin keyfilliğini de ortadan kaldırmakta ve ona kanunilik tanımaktadır. **Rousseau**'nun düşüncesinde kanunilik önemli bir kavramdır. Zira

²⁹⁰ DENT, Rousseau..., s. 294-296.

²⁹¹ AKAL, İktidarın..., s. 112 vd.

²⁹² ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 3-9.

²⁹³ Kölelik sözleşmesi, *Eşitsizliğin Kaynağı*'nda işaret edilen Kötü Toplum Sözleşmesini çağrıştırmaktadır. Rousseau bu sözleşmeyi “*Seninle öyle bir sözleşme yapacağım ki, hep benim iyiliğime ve senin zararına olacak; keyfîm istediği sürece ben uyacağım, yine keyfîm istediği sürece sen uyacaksın ona.*” diyerek anlatmakta, bu türden bir sözleşmenin geçerli olamayacağını vurgulamaktadır. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 12; DENT, Rousseau..., s. 78-80.

düşünür, barışçıl toplumsal düzenin önündeki engelin mülkiyet olduğunu söylerken mülkiyetin ortadan kalkması gerektiğini savunmamaktadır. Uygur bir toplumda mülkiyetten kaynaklanan çatışmaları önlemenin yolu herkesin kanunun gücüne boyun eğmesi bir başka söyleyişle bu her bir bireyin diğerinin hakkını kabul etmesidir.²⁹⁴

Rousseau'ya göre ancak herkesin kanuna boyun eğmesi hâlinindedir ki her insan, hem herkesle birleştiği hâlde kendi buyruğunda kalabilmekte ve hem de eskisi kadar özgür olabilmektedir.²⁹⁵ Kuşku yok ki bu bakış açısı, bireyi topluluk içinde anlamlandıran bir yaklaşımdır. İnsan, toplumun bir üyesi olarak kendisini topluma bütün hakları ile birlikte bağlarken diğerlerinden de aynısını beklemektedir. Bu şekilde, herkesin kendisini bütün hakları ile birlikte topluluğa bağlaması ile birey artık hiç kimseye bağlanmadığı için özgür olur.²⁹⁶ Böylece toplum sözleşmesi, yurttaş iradelerini genel iradeye dönüştüren bir sözleşme olarak anlaşılabilir.²⁹⁷ Bu dönüşüm ile -tabiat hâlinde toplum hâline geçişle- birlikte, insan davranışları da içgüdüsellik ile değil fakat adalet ile teşhis edilir hâle gelir. Böylece insan, toplum sözleşmesi ile “doğal özgürlüğü ile isteyip elde edebileceği şeyler üzerindeki sınırsız” hakkını kaybetmiş; buna karşılık elindekilerin sahipliğini kazanmıştır.²⁹⁸ Toplum sözleşmesi, insanı özgürleştirmekten başka hak ve hukuk yolu ile eşit de kılar. Bu nedendir ki bir sözleşme etrafında bir araya gelen insanlardan biri insan olarak özel çıkarının yurttaş olarak genel çıkardan ayrıldığını ileri sürmeye kalkarsa bütün topluluk tarafından genel iradeye uyumlu düşünmeye ve davranmaya zorlanır.²⁹⁹ Bu zorlamanın meşruluğu işte toplum sözleşmesinin eşitleştirici ve özgürleştirici mahiyetinde yatmaktadır.³⁰⁰ “Toplum sözleşmesi, yurttaşlar arasında öyle bir eşitlik kurar ki, herkes aynı koşullar altında verdiği sözle bağlanır ve herkesin aynı haklardan yararlanması gerekir. Böylece...genel istemin her türlü işlemi yurttaşları eşit olarak bağlar...”³⁰¹

²⁹⁴ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 9-10; STRAUSS, “Tabii Hak...”, s. 308.

²⁹⁵ AĞAOĞULLARI, Ulus-Devlet..., s. 118, 121 vd.; DENT, Rousseau..., s. 109-110.

²⁹⁶ Rousseau'ya göre toplum sözleşmesi şöyle özetlenebilir: “Her birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü bir arada genel istemin buyruğuna verir ve her üyeyi bütünü bölünmez bir parçası kabul ederiz.” ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 14-15.

²⁹⁷ DENT, Rousseau..., s. 148-153.

²⁹⁸ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 18; HAMPSHER-MONK, Modern..., s. 229-240.

²⁹⁹ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 17-18, 22; DENT, Rousseau..., s. 304-306.

³⁰⁰ AĞAOĞULLARI, Ulus-Devlet..., s. 151 vd.

³⁰¹ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 30.

Böylece görülmektedir ki genel irade **Rousseau**'nun kuramında bir yönetim ilkesi olarak bir mihenk taşını ifade etmektedir. Yanılmayan, her zaman doğru olan bir irade olarak genel irade halkın iradesini ifade etmez.³⁰² Bir başka ifade ile genel irade, dolayısıyla da kanun, çoğunluğun iradesinden ibaret değildir.³⁰³ Bu nokta, yani **Rousseau**'nun hukuku salt halk iradesine indirgememesi modern hukuk devleti açısından da önem taşımaktadır. Bu, hukukun ve hukuk devletinin, zorunlu olarak herkesin taleplerinin ötesinde bir şeyi ifade ettiğini kabul etmektir. Bu, halkın iradesinin üzerindeki ilkelerin varlığına rıza göstermektir. Bu, hukuku tespit etmek konusunda üstün bir aklın gerekliliğini itiraf etmektir.

Genel iradenin ortaya çıkabilmesi, insanların yurttaş kimlikleri ile herhangi bir ittifaka girişmeksizin bağımsız bireyler olarak iradelerini ortaya koymalarını gerektirir.³⁰⁴ Burada **Rousseau**'nun yurttaşlık kavramına özel bir anlam yüklediğinin altını çizmek gerekir. **Rousseau**'nun yurttaş'ı özgür bir toplumun, erdemli ve eşit üyesidir.³⁰⁵ Bu bağlamda özgür, erdemli ve eşit yurttaşlardan oluşan “*yeterince aydınlatılmış*” toplumun bireyleri, genel iradenin özneleridir.³⁰⁶ Zira halk, her zaman iyiyi isterse de iyinin ne olduğunu tespit etmekte yanılabilir.³⁰⁷ Buna karşılık **Rousseau** halkı kanun yapmak sürecinden bütünüyle dışlamaz. Bütün halkın bütün halk için kurduğu düzen olarak kanun genel iradenin işlemidir. Bu bakımdan kanun geneldir, herkes için bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılık hükümdar bakımından da geçerlidir. Kanun, genel iradenin bir ifadesi olduğu için ve hiçbir özel iradenin genel iradeye aykırılığı söz konusu olamayacağı için kanunla bağlı olmak özgürlüğü ortadan kaldırmaz; güvenceler.³⁰⁸ **Rousseau**, kanunu halkın düzeni, genel iradenin ifadesi olarak nitelendirse bile bu düzeni-iradeyi formüle etmek konusunda halkı yetkin görmez. Düşünür adaletin ideal kaynağının Tanrı olduğunu belirttiği gibi³⁰⁹ “*İnsanlara yasalar vermek için tanrılar(a)*” gerek olduğunu söylemektedir:

³⁰² **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 23, 26.

³⁰³ **ŞENEL**, Siyasal Düşünceler..., s. 363.

³⁰⁴ **TİMUÇİN**, Rousseau'nun..., s. 126.

³⁰⁵ **STRAUSS**, “*Tabii Hak...*”, s. 294.

³⁰⁶ **DENT**, Rousseau..., s. 159-161; 185-189, 349-351.

³⁰⁷ **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 26-27.

³⁰⁸ **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 35-36, 53.

³⁰⁹ Rousseau'ya göre her türlü adalet Tanrı'dan gelir. Fakat insanlar adaleti bu kaynaktan almayı bilemedikleri için hükümeti ve kanunları yapmak zorunda kalmıştır. Bu kanunların etkili olabilmesi için herkes tarafından kabul edilmesi gerekir. Bu, aynı zamanda hukuk devletinin bir ifadesi olarak etkin ve etkili bir hukuk düzeninin gerekliliğine de işaret etmektedir. **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 34.

“Uluslara uygun gelecek en iyi toplum kurallarını bulup çıkarmak için, insanların bütün tutkularından geçtiği halde hiçbirine kapılmayan, insan doğasını adamakıllı bildiği halde, onunla hiçbir ilişkisi olmayan üstün bir zekâ gerekir.” Hiçbir çıkar gözetmeden toplumun mutluluğu için çalışabilen bu uzun soluklu “yasacı” **Rousseau**’ya göre ancak Tanrı olabilir.³¹⁰

Yasacı³¹¹, **Rousseau**’nun kuramında merkezî bir öneme sahiptir.³¹² Yasacı, bireyi yurttaşla dönüştüren, yurttaşları birlikte güçlü ve özgür kılacak düzeni kuran, doğal insanı ahlaksal bir varlığa çeviren, bağımsız bireyi bütünün bir parçası hâline getiren yetki ve yeteneğe sahip olmalıdır. Bu bakımdan yasacı, zekâsı ve görevi bakımından olağanüstü bir insan olmalıdır. **Rousseau** yasacıyı devlet kudretinin ve organizasyonunun dışında bir yere yerleştirerek bu olağanüstü insanın bir tirana dönüşmesinin de önüne geçmeye çalışır. **Rousseau**’ya göre yasacının görevi ne bir yönetim işidir, ne de egemenlik; yasacı, devleti kurmakla birlikte onun yapısında yer almaz. Yasacının görevi egemenlik işlemi ya da egemenlikten kaynaklanan bir yetki değildir. Bir başka ifadeyle **Rousseau**’nun yasacı’sı yasaları kaleme alan kişi olarak bir yasama yetkisine sahip değildir.³¹³ Düşünürü göre olmamalıdır da; “Çünkü insanlara komuta edenin yasalara komuta etmemesi gerektiğine göre, yasalara komuta edenin de insanlara etmemesi gerekir.”³¹⁴

Rousseau, etkin ve etkili bir hukuk düzeninin iki temel şartı olduğunu ileri sürmektedir: Hukuka itaat etmeye rıza gösterecek kadar olgun bir toplum ve bu toplumun yapısına uygun olan kanunlar. Ancak bu şekilde, **Rousseau**’nun pek önemseydiği kanunun moral bağlayıcılığı sayesinde etkin ve etkili bir hukuk düzeni kurmak mümkün olur. **Rousseau** bu bağlamda, hukuk ile idare edilen her devleti -hükümet biçiminin demokrasi, aristokrasi, monarşi ya da krallık olduğuna

³¹⁰ **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 37.

³¹¹ Kavramı Rousseau'nun kullandığı ve Günyol'un tercüme ettiği hâli ile Yasacı şeklinde kullanmak yerindedir. Zira yasacı sadece genel iradeyi formüle eden üstün bir akıldır. Kanunlaştırmak ya da yapılan kanunları yürütmek yetkisi, yoktur. Bu açıdan bakıldığında yasacı hukuku söyleyen bir yargı işlevi olarak algılanmaya da yakın görülmektedir.

³¹² **AĞAOĞULLARI**, Ulus-Devlet..., s. 112 vd.

³¹³ **DENT**, Rousseau..., s. 340-343.

³¹⁴ Rousseau için bu ütöpik bir şey değildir. Eski Yunan'dan, dönemin İtalya Cumhuriyetlerinden örnekler veren Rousseau, Roma'da *decemvir*lerin de “Size önerdiğimiz şeylerden hiçbiri, siz kabul etmedikçe yasa olamaz.” dediklerini hatırlatır. Ancak ne zaman ki Roma'da yasama yetkisi ve egemen güç aynı kimselerde toplanmıştır o zaman Roma yok olma tehlikesi ile karşı karşıya kalmıştır. **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 38-39.

bakmaksızın- cumhuriyet olarak nitelendirmiştir.³¹⁵ Zira devlet, genel iradeye uygun olarak formüle edilen kanunlar tarafından yönetilirse hükümetin de artık kamu yararına uygun olduğu söylenebilir ki böylece *res publica* gerçekleştirilmiş olur.³¹⁶

Bu anlamda *Rousseau*'nun *cumhuriyet*'i bize bugün *hukuk devleti*'ni çağrıştırmaktadır. Gerçekten de *Rousseau*'nun kanun (hukuk) vurgusu o derece kuvvetlidir ki, *Rousseau*'nun devletinin bir hukuk ile tanımlandığını söylemekte hata olmaz. Her ne kadar bu hukuk, yurttaşların bütünü anlamında halkın iradesinden kaynaklanıyor ise de halk hukukun ne olduğunu söyleyen bir güç olarak belirmez. Halkın gücü sadece söylenmiş, formüle edilmiş doğru hukuku kanunlaştırmaktan ibarettir. *Rousseau*, kanunu yazan ile onu yapanı birbirinden ayırdıktan sonra onu uygulayanın (hükümetin) da bunlardan ayrı olması gerektiğini söylemektedir.³¹⁷

Görüldüğü gibi *Rousseau*'nun devlet kuramı bir *état legal* kuramıdır: Diğer bütün devlet yetkileri arasında öncelenen, yeterince aydınlatılmış yurttaşların bütününden oluşan bir yasama erkinin yaptığı; sayıları son derece az olan, bireyi yurttaşa dönüştüren, genel iradenin ifadesi ve egemenin iş görme aracı olan kanunlar³¹⁸ tarafından yönetilmesi. *Rousseau* bu kanunların ve yasama gücünün koruyucusu olan bir devlet işlevinden daha bahsetmektedir. “*Devleti oluşturan parçalar arasında tam bir ilişki kurulamazsa ya da önlenemeyen bazı nedenler bu ilişkileri durmadan bozarsa, öbür görevlerle birleşmeyen bir özel görevliler bölümü kurulur ve bu bölüm ötekilerden ayrılır, her terimi gerçek ilişkisi içine koyar ve gerek hükümdarla halk, gerek egemen varlık ve gerekse her iki taraf arasında bir bağlantı ya da bir orta terim oluşturur.*”³¹⁹

³¹⁵ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi s. 36, 41-42, 51-52, 61 vd.

³¹⁶ RUNKLE, A History..., s. 326-327.

³¹⁷ Özgürlük ve eşitlik amacına yönelmiş kamu yararının yurttaşların iradesinin toplamı anlamında genel iradenin bir ifadesi olan kanun eliyle egemen kılındığı devlet Rousseau'ya göre hükümetin genel irade üzerindeki baskısı sebebiyle potansiyel bir dağılma ihtimali ile de her zaman karşı karşıyadır. “*Sparta ve Roma yok olduktan sonra, hangi devlet sonsuzcasına sürüp gitmeyi umabilir?*” ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 84. Rousseau'nun hukukun keyfileşerek devleti ortadan kaldıracağına ve her devletin sonuçta despotizme kayacağına ilişkin kaygısı, anayasacılığın da temel kaygısı ve hukuk devletinin varlık sebebi olmaktadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi düşüncesi de modern hukuk devletinin (Rousseau'nun “cumhuriyet” adını verdiği yapının) yine Rousseau'nun kavramları ile “anarşi”ye ve “despotizme” dönüşmemesi kaygısını paylaşmaktadır. Bu devletin doğası gereğidir. Devletin ortadan kalkmış olduğu bu hâl ise Rousseau'nun kavramsallaştırmasında –hükümet biçiminin demokrasi, aristokrasi, monarşi ya da krallık olduğuna bakmaksızın- anarşi olarak ifade edilir. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 81-84.

³¹⁸ Rousseau da bu anlamda bir kanuna pek az ulusun sahip olduğunu kabul ve ifade etmektedir. ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 91.

³¹⁹ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 117.

Rousseau'nun *tribunluk* olarak adlandırdığı bu işlev, egemen varlığın hükümete karşı korunması, hükümetin halk karşısında desteklenmesi ya da halk ve hükümet arasında bir denge kurulması işlevidir. *Tribunluk* bir devlet erki değildir. Buna karşılık “*yasaların koruyucusu olarak, yasaları yapan egemen varlıktan ve onları yürüten hükümdardan daha kutsal ve saygındır.*” *Rousseau*, akıllı ve ölçülü bir *tribunluk* işlevini devlet yapısının en sağlam dayanağı olarak kabul eder. Bununla birlikte doğası güçle ve güçsüzlükle bağdaşmayan *tribunluk* dizginlemekle görevli olduğu yürütme gücünü zorla ele geçirir ve korumak zorunda olduğu kanunları keyfi biçimde uygularsa “*zorbalığa düşer.*” Bu bağlamda *tribunluk* da sınırlı bir işlev olarak belirir.³²⁰

Rousseau, bir kanun devleti olarak tasarladığı *cumhuriyeti tribunluk* makamına emanet etmiştir. Her ne kadar *Rousseau* *tribunluk* makamını bu şekilde nitelendirmemiş ise de kavramın modern okurun zihninde yargı işlevini, özellikle de anayasal denetim işlevini, canlandırdığı söylenebilir. Bu bağlamda, sonuç olarak, XXI. yüzyıldan bakıldığında *Rousseau*'nun teorisinin siyasal iktidarın yargısal denetim ile sınırlandırılarak despotluğun engellendiği ve temel hak ve özgürlüklerin güvencelendiği bir hukuk devletine işaret ettiğini söylemek mümkün olabilecektir.

2. Hukuk Devletinin Temeli Olarak Güvenceli Siyasal Özgürlükler Düzeni

a. Despotizmin Karşısında “Yasalı” Yönetim

Montesquieu'nün (1689 – 1755) hukuk devletine katkısının üç kavram ekseninde ortaya çıktığı söylenebilir. Bu kavramlardan ilki “kanun” düşüncesidir. Yazara göre madde gibi insanlar ve diğer canlılar da bir kanuna bağlıdır; aynı şekilde toplumlar da. Kaynağı ve kapsamı ne olursa olsun bu kanuna bağlılık bütün varlıklar için zorunludur. Bunu söylemekle *Montesquieu* keyfiliği, siyasal düşünce bağlamında ele alınırsa despotluğu dışlamış olmaktadır. Bu “kanuna” bağlılık yazarın özgürlük düşüncesini de şekillendirmektedir. Kanunun izin verdiklerini yapmak ve izin vermediklerini de yapmamak şeklinde tanımlanan özgürlük ancak iktidarın kötüye kullanılmasının önlenmesiyle mümkündür. İktidarın kötüye kullanılmasını önlemek içinse iktidarı iktidarla durdurmak gerekir ki bunun doğal bir sonucun da erkler ayrılığı olacaktır. Görülmektedir ki *Montesquieu*'nün

³²⁰ ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, s. 117-119.

temel kavramı kanun'dur ve yazar; bir kanuna bağlı olmak düşüncesinden hareketle özgürlük düşüncesine ve özgür bir yönetimin yöntemine ulaşmıştır.³²¹

aa. Montesquieu'de Kanun Anlayışı

Montesquieu Kanunların Ruhu'na kanunlardan bahsederek başlar. Kanunu geniş anlamıyla “eşyanın tabiatından kaynaklanan zorunlu ilişkiler” şeklinde tanımlayan *Montesquieu*³²² bütün varlıkların kanunları bulunduğunu söylerken aynı anda hem *Aron*'un Kantçı anlamda kategorik emperatif olarak (yasa koyucunun bir emri olarak kanun) hem de bir belirleyici ile bir sonuç arasındaki nedensellik ilişkisi olarak nitelendirdiği³²³ tabiat kanunlarından, tabii kanunlardan ve pozitif kanunlardan bahseder. Bu açıdan kanun hem pozitif kanunları, hem bir doğal hukuku bu bağlamda dini ve ahlakı hem de tabiat olaylarının sebepleri anlamında tabiat kanunlarını ifade eder. Bu çeşitli türdeki kanunlar arasında pozitif kanunlar, kanun koyucu tarafından insana toplum içinde yaşamaktan kaynaklanan görevlerini hatırlatan ve kendilerinden önce var olan adalet ilkelerini düzenleyip yerleştiren kurallardır. Böylece kanun bir tanıma daha kavuşur: “*Yeryüzündeki bütün milletleri idare eden bir şey olmak sıfatıyla insan akli*”. Bu akıl, toplum hâline gelerek eşitsizlikçi bir savaş ortamı içine düşen insanların kendi aralarındaki ilişkilerini düzenlemek için *medeni hukuku*, bireyler ile toplum arasındaki ilişkileri düzenlemek için *siyasi hukuku* ve toplumlar arasındaki ilişkileri düzenlemek için de *devletler hukukunu* ortaya koymuştur.³²⁴

Montesquieu'nün “*her ülkenin tabii durumuna göre düzenlenme(sini)*” salık verdiği kanunlar düşünürün kuramının merkez kavramını ve “*kanunların çeşitli olaylarla olabilecek bağları*” şeklinde tanımladığı kanunların ruhu da *Kanunların Ruhu ya da Kanunların, Her Hükümetin Yapısı, Âdetleri, İklimi, Dini, Ticareti Vesairesiyle Gerekli Bağları Üzerine*'nin konusunu oluşturur.³²⁵

³²¹ GÖZE, Siyasal Düşünceler..., s. 174-191; EBENSTEIN, Siyasi Felsefenin..., s. 237-242.

³²² MONTESQUIEU Charles de, The Spirit of Laws, Book I, Chapter 1, Çev.: Thomas Nugent, http://www.constitution.org/cm/sol_01.htm#001, E. T.: 03.01.2010; MONTESQUIEU, De l'Esprit Des Lois, http://classiques.uqac.ca/classiques/Montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/esprit_des_lois_Livre_1.pdf, E.T: 03.01.2010.

³²³ ARON Raymond, Sosyolojik Düşüncenin Evreleri, Çev.: Korkmaz Alemdar, Bilgi, 2. Bası, Ankara 1989, s. 42.

³²⁴ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine, C. I, Çev.: Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 54- 55.

³²⁵ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 56.

Ağaoğulları, *Montesquieu*'nün özelliğinin *Hobbes*, *Locke* ve *Spinoza* gibi kuramcılarının ardılı olmasına rağmen doğal hukuk ve toplum sözleşmesi kuramlarını benimsememiş olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir. *Althusser*'e göre bunun siyasal ve metodik olmak üzere iki sebebi vardır. *Montesquieu* bir yandan soyluluk kimliğinden kaynaklanan bir feodal düşünceden kendisini kopartabilmiş değildir. Bunun sonucu olarak da eşitliğe yol açan bir doğal hukuk söylemini benimsemez. Bundan başka *Montesquieu* tabiat hâli ve toplum sözleşmesi kuramlarının felsefi sonuçlarını ve bu bağlamda bu kuramlardan kaynaklanan idealizmi de kabul etmemektedir. Zira düşünürün çabası, olguları anlamaya ve bütün ulusların kanunlarını açıklamaya yöneliktir. Bu nedenle *Montesquieu* kendisine “olanı, olması gerekenle yargılamayı yasakla(mış)...ilkelerini olanların doğasından çekip çıkartm(aya) çalışmıştır.”³²⁶ Böylece, hukuk devletini içinde düşüneceğimiz pozitivist düşünceye doğru bir adım daha atılmış olmaktadır.

Montesquieu'nün düşüncesinde kanunun kaynağı toplumsal yaşamdır. Bir arada yaşamakta olan insanların toplumsal yaşam içinde kendi çıkarlarının farkına vararak giriştiği bir mücadele *Montesquieu*'nün düşüncesinde kanunların da ortaya çıkmasının sebebidir. Kanunlar yapıldıkları toplumlara özgüdür. Bu açıdan bir ulusun kanunlarının diğer bir ulus için uygun olduğunu söylemek kural olarak mümkün değildir. Zira kanunun şekillenmesinde ülkenin coğrafi yapısı, sınırlarının genişliği, nüfusu, iklim, din, ticaret ve zanaatler, temel kanunlar gibi *Montesquieu*'nün “*esprit général*”³²⁷ şeklinde kavramsallaştırdığı ve Türkçe’ye *genel ruh* ya da *ulusun ruhu* şeklinde tercüme edilebilecek olan bir dizi etken bulunmaktadır.³²⁸

Ulusun ruhu, hukuksal ve hukuk dışı bir dizi etkenle birlikte kanunların niteliğini, belirlerken aynı zamanda hükümetin ilkesi ve doğası için de belirleyici olmaktadır. Ulusun ruhunun (ya da genel ruhun) kanunlar için belirleyici olması demek kanun koyucunun pozitif kanunları yaparken de bir kanuna bağlı olması demektir. Bu kanun ise pozitif kanunun törelere, yönetimin doğasına ve ilkesine

³²⁶ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 373-374; ALTHUSSER, Montesquieu..., s. 31-33.

³²⁷ MONTESQUIEU, De l’Esprit des Lois, s. 97.

³²⁸ MONTESQUIEU, The Spirit of Laws, XIX, 4; AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 391; HANÇERLİOĞLU Orhan, Düşünce Tarihi, Remzi, 12. Bası, İstanbul 2006, s. 237.

uygun olması gereğidir. Buna göre kanun koyucunun yönetimin ilkeleri ile uyumlu olan kanunları yönetimin bütün kuvvetlerini harekete geçirerek etkili ve etkin bir yönetimin de aracı olur.³²⁹ *Larrère*'nin de tespit ettiği gibi bu kanun koyucunun sınırlılığının (sınırlı yasama yetkisinin) bir ifadesidir.³³⁰ Örneğin ilkesi onur olan monarşilerde kanunlar soylulara yönelik bir dizi ayrıcalığı muhafaza edecek şekilde düzenlenmez de bu ayrıcalıkların halka geçmesine izin verilirse artık yönetimin ilkesi zedelenmiş olur.³³¹ İlkesi bozulan bir yönetimin bozulması da kaçınılmazdır.

Kanun, *Montesquieu*'nün tarih-siyaset-hukuk düşüncesi içinde önemli bir yere sahiptir. Ancak düşünürün kanun fikrinin çok katmanlı bir anlama sahip olduğu düşünüldüğünde sadece *Montesquieu*'nün kuramındaki “kanunluluk” düşüncesinden bir hukuk devletine ulaşmanın mümkün olamayacağı de kendiliğinden ortaya çıkar. Bununla birlikte kabul etmek gerekir ki düşünürün geniş anlamda kanunu, bir kategorik buyruk olarak kanun koyucunun iradesini de ifade etmesi bakımından “modern anlamda kanun” düşüncesinin nüvesine sahiptir. Daha sonraki dönemlerde bu kanun, tabiat kanunlarından ve tabii kanunlardan ayrılarak, ahlaktan ve dinden soyutlanarak ve toplum ile olan bağları bir meşruluk kaynağı olacak şekilde zayıflatılıp egemen devlet iradesi ile ilişkilendirilerek modern anlamına kavuşturulacak ve hukuk devletini anlamak ve açıklamakta önemli bir araç hâline gelecektir. Bu şekilde *Montesquieu*, hatta belki de XIX. yüzyıla gelinceye kadar bütün düşünürler modern hukuk devleti fikrine erişildikten sonra birer “hukuk devleti teorisyeni” hâline gelmiş olacaktır.

Her ne şekilde olursa olsun, *Montesquieu* kanun olgusuna yapmış olduğu bu vurgu ile ve aşağıda işaret edilmeye çalışılacak olan kanunun yönetim biçimleriyle olan bağı ile; özgürlüğe yapmış olduğu vurgu ve özgürlüğü anlamlandıran bir değer olarak kanun düşüncesi ile; ılımlı yönetim biçimlerinin kanunlu yönetimler olduğunu söylemesi ile ve nihayet kanunun üretim sürecini onun uygulanması sürecinden ayırması en azından bu süreçler arasında bir dizi ilişki kurması ile hukuk devleti açısından önemli bir rol oynamıştır.

³²⁹ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 97.

³³⁰ LARRÉRE Catherine, “Montesquieu”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, ss. 600-609, s. 608.

³³¹ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 113.

ab. Montesquieu'nün Kuramında Kanun Düşüncesinin Yönetim Biçimleri İle Olan İlişkileri

Montesquieu, yönetim biçimlerini³³² yönetenlerin sayısı ve yönetenlerin şeklinden hareketle üçe ayırmaktadır: Cumhuriyet, monarşi, despotluk. Buna göre cumhuriyet halkın tamamının ya da bir kısmının en üstün iktidara sahip olduğu yönetim biçimidir. Monarşi, tek bir kişinin sabit ve yerleşmiş kanunlarla yönetimidir. Despotluk ise tek bir kişinin her şeyi kendi istek ve tutkularına göre yönetimidir.³³³

Cumhuriyet, yönetimin bütün halkın elinde olması hâlinde demokrasi ve halkın bir kısmının elinde olması hâlinde de aristokrasi şeklinde adlandırılır. Demokratik cumhuriyeti yöneten temel kanunlar oy hakkına ilişkin olanlardır. Zira halkı hükümran kılan oy hakkının, kapsam ve yönteminin belirlenmesi esasa ilişkin bir önem taşımaktadır.³³⁴ *Montesquieu* cumhuriyetin temel ilkesinin erdem olduğunu ifade etmektedir. Bu erdem yazara göre ahlaki-dinsel değil fakat siyasal bir anlama

³³² Ağaoğulları'nın yönetimin hukuksal-siyasal yapısı olarak tarif ettiği yönetim biçimi ya da yönetimin doğası Althusser'in tespit ettiğine göre yönetimin ilkesi ile karşılıklı bir etkileşim içindedir. **AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN**, Kral-Devletten..., s. 382. Aron'un ifadesiyle yönetimin doğası onun öyle olmasını sağlayan şeydir. **ARON**, Sosyolojik Düşüncenin..., s. 26. Bu yönetimin geniş anlamda kanuna tâbi olduğunun bir ifadesidir. Yönetimin ilkesi ise bir yönetim biçimi içindeki insanları harekete geçiren duygudur. Althusser'in aktardığına göre Montesquieu'nün özgül bir tutku olarak nitelendirdiği yönetimin ilkesi "*Tikel bir tür yönetime tabi insanların, söz konusu yönetim biçimine tam anlamıyla ve kalıcı biçimde boyun eğmeleri için...insanların bu biçime yatkın olmaları(nı) ve bu biçimi desteklercesine davranmaları gerekli(liğini)*" ifade eder. **ALTHUSSER**, Montesquieu..., s. 58.

"Geniş anlamda kanun" Topuzkanamış'ın tanımladığı gibi "*bütün varlık kategorilerinin ontolojik yapısından kaynaklanan süreklilikler*" olarak anlaşılırsa yönetimin doğasının da onu kendisi yapan ve bir süreklilik arzeden ilişkisellikleri olduğu söylenebilir. **TOPUZKANAMIŞ** Engin, Montesquieu'nün Düşünce Dünyasında Hukuk ve Siyaset, DEÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2005, s. 54. Buna göre her yönetim biçiminin mahiyetini açıklamak için kullanılabilecek bazı kriterler olmalıdır. Bu kriterler genel ruh'tan kaynaklanır ya da en azından genel ruh ile uyumlu olarak şekillenir ve yönetimin ilkesi adı verilen şeye bağlı olarak kendi kanunluluğuna tâbi olur. Bu bir sebep sonuç ilişkisidir. Örneğin despotluk, hiçbir kanun gözetmeden yönettiği için ilkesi korku olan bir yönetim biçimidir ve ilkesi korku olduğu içindir ki despot keyfi bir yönetimi sürdürebilmektedir ve Montesquieu'ye göre imparatorluklarda ve "*haremden zevk-u safa sürülen*" doğuda genel ruh despotluk için elverişlidir çünkü kral yönetmek yeteneğinden –dalmış olduğu zevk ve toprakların genişliği sebebiyle- yoksundur. Bu sebeple kuralı bir yönetim de onun için kolaydır. Böylece görülmektedir ki Montesquieu, yönetimleri birbiri ile sıkı bir kanunluluk ilişkisi içinde tasarladığı genel ruh, yönetim biçimi (yönetimin doğası) ve yönetimin ilkesi ile açıklamaktadır.

Ağaoğulları, Montesquieu'nün bir bakıma monarşinin yozlaşmış biçimi olarak ele aldığı despotluk yönetimini doğu-Osmanlı, İran, Çin, Japonya- üzerinden örneklendirmesinin aslında kendi ülkesindeki monarşinin kötü işleyişine göndermede bulunmak kaygısına bir bahane teşkil ettiğini; Fransa Krallığı'nın despotluğa dönüştüğünü açıkça söyleyemeyen düşünürün kurgusal bir doğu örneği üzerinden Fransız monarşisini eleştirdiğini söylemektedir. **AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN**, Kral-Devletten..., s. 409.

³³³ **MONTESQUIEU**, The Spirit of Laws, II, I.

³³⁴ **MONTESQUIEU**, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 58.

sahiptir³³⁵ ve *Aron*'a göre kanunlara saygıyı ve bireyin topluluğa bağlılığını ifade eder.³³⁶ Bu açıdan *Montesquieu*'nün erdem anlayışı da bireyi devletin içinde düşünen Platoncu bir bakış açısını yansıtmaktadır denilebilir. Bu erdemın yerleştirilmesi için düşünür kanunların yanı sıra eğitimin zorunluluğuna da işaret ederken *Rousseau*'yu haber vermektedir.³³⁷

Monarşi ise halkın ve soyluların temel kanunlarla kayıtlanmış monark tarafından yönetilmesidir. *Althusser*, *Montesquieu*'nün monarşiyi iki açıdan modernitenin alanında gördüğünü ifade eder. İlk olarak eskiçağ güçlerin dağılımından haberdar değildir ve ikinci olarak da eskiçağda soyluluk yoluyla yönetim bilinmez.³³⁸ *Ağaoğulları*'nın daha açık biçimde ifade ettiği bu durum aslında *Montesquieu*'nün monarşiyi sınırlı bir yönetim biçimi olarak gördüğünün bir ifadesidir³³⁹ ve düşünür haklıdır; sınırlı bir yönetim olarak monarşi modern bir yönetim biçimidir.³⁴⁰ Monarşide esas olan tek kişinin yönetimi olmakla birlikte monarşi aracı sınıflardan ayrı olarak düşünülemez. *Montesquieu*, monarşilerde hükümdarın kaynağı olduğu medeni ve siyasi kuvvetlerin işlemlerini sağlayacak olan aracı kuvvetler olarak nitelendirdiği soyluları olmazsa olmaz şart olarak kabul etmektedir. Buna göre soylular sınıfından (ya da bu sınıfın “dengeleyiciliğinden”) yoksun bulunan bir monarşi ancak despotluk olarak adlandırılabilir.³⁴¹ Mutlakçı bir yönetim anlayışını kabul etmeyen *Montesquieu* soyluluğu monarkın sınırı olarak ele almaktadır.³⁴² Tıpkı “yeryüzünü baştan başa kaplamak ister gibi görünen denizi(n) kıyılarıdaki otlarla çakıl taşları” tarafından durdurulması gibi, soylular da yetkileri sınırsız gibi görünen soylular tarafından durdurulurlar.³⁴³ *Ağaoğulları*, ara sınıfların kralı sınırlandırdıkları gibi halkın da aşırıya kaçmasına engel olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre bir toplumsal sorun, ara sınıfların aracılığı ile kanunlarda değişiklik yapılarak uzlaşmaya bağlanabilir.³⁴⁴ *Montesquieu* bunu açıkça

³³⁵ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C I, s. 42.

³³⁶ ARON, Sosyolojik Düşüncenin..., s. 26.

³³⁷ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 89-90.

³³⁸ ALTHUSSER, Montesquieu..., s. 87.

³³⁹ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 403-404.

³⁴⁰ AKAL, İktidarın..., s. 206.

³⁴¹ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 67; AĞAOĞULLARI, Kral-Devletten..., s. 404.

³⁴² LARRÉRE, “Montesquieu”, s. 604.

³⁴³ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 68.

³⁴⁴ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 408.

dile getirebilecek imkânlarla sahip değildiye de düşünürün kanunlar düzenini bir *modus vivendi* olarak ele aldığını söylemek mümkündür.

Montesquieu aristokrasiye “siyasi iktidar” karşısında bir “denge ve kontrol” görevi vermiş olmakla birlikte hükümdarın sınırlandırılması için iki şeye daha ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir: “Bir hukuk devleti içinde anayasa mahkemesinin siyasi iktidarı kanunlar aracılığıyla denetlemek suretiyle rejimin ve özgürlüklerin güvencesi olmak işlevi” gözlüğü ile okunduğu zaman; aşağıda **Montesquieu**’den alıntılanacak olan pasaj okuyucuda **Montesquieu**’nün “anayasal yönetim” ve “anayasal denetim” mekanizmalarının adını vermeden ve gerisini getirmeden dillendirilmiş olduğu kanaatini haklı olarak oluşturacaktır.

*“Bir monarşide yalnızca aracı sınıfların bulunması da yeterli değildir. Ayrıca bir de kanunlar için bir muhafıza ihtiyaç vardır. Yapılırken bu kanunları denetleyen ve unutulduklarında yeniden hatırlatan bu muhafız ancak siyasal bir organ olabilir. Soyluların doğal umursamazlığı, tembelliği ve sivil yönetimi küçümsemesi tozların içine gömülü kalan kanunları meydana çıkartacak bir heyetin varlığını gerektirir.”*³⁴⁵

Montesquieu bu heyetin neden Kralın Danışma Kurulu olamayacağını anlatırken özelliklerini de ifade etmiş olmaktadır.³⁴⁶ Buna göre “kanunların muhafızı”:

1. Kanunları uygulayan hükümdarı ya da onun gelip geçici iradesini değil temel kanunları korur.
2. Sürekli ve değişmeyen bir kurul olarak görev yapar.
3. Demokratik iradede kaynaklanan bir meşruluğa sahiptir.
4. Etkin ve etkili bir otoriteye sahiptir, iradesi bağlayıcıdır.

Montesquieu monarşinin temel ilkesinin şeref olduğunu ifade etmektedir. Şeref, monarşide; cumhuriyette erdemün üstlendiği işlevi –kamusal iyiliği sağlama işlevini- yerine getirir.³⁴⁷ “Şeref, siyasi topluluğun bütün bölümlerini harekete getirir; kendi etkisi ile onları birbirine bağlar; böylece, herkes kendi çıkarlarına doğru yöneldiğini sanırken milletin iyiliğine doğru yönelir.”³⁴⁸

³⁴⁵ MONTESQUIEU, De l’Esprit Des Lois, II, 4, s. 41.

³⁴⁶ MONTESQUIEU, The Spirit of Laws, II, 4.

³⁴⁷ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 407.

³⁴⁸ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 78.

Montesquieu'nün *Kanunların Ruhu*'nda incelediği üçüncü yönetim biçimi despotluktur. *Okandan*'ın tespit ettiği gibi *Montesquieu*'ye göre despotluk akli dışlayan ve bu nedenle de doğaya aykırı bir yönetim biçimidir.³⁴⁹ Evrensel adalet kanunları ve monarşiye yön veren temel kanunlar despotlukta geçerli değildir.³⁵⁰ Bu açıdan despotluk “yasadışı” bir yönetimdir. Despotluk yönetiminin “yasadışı” olması onun bütünüyle kanunsuz olduğu anlamına gelmez. Bununla birlikte despotluk yönetiminde kanunlar siyasi iktidar tarafından kolaylıkla ihlal edilebilir ve değiştirilebilir. Bu nedenle despotlukta kanunların bir sürekliliği, bağlayıcılığı, bu anlamda da bir hukuk düzeni mevcut değildir. Despotluk keyfi bir yönetimdir. Bu keyfîlik, yönetimi o derece kötü hâle getirmiştir ki despotluğun bir yönetim olmadığı bile söylenebilir. Despot, tembel, bilgisiz ve hiçbir şeyle uğraşmayan bir kimse olarak bütün yönetimi vezirine devretmiştir. Vezir despotun ta kendisidir ve her kamu görevlisi de bir vezirdir. Despotlukta siyasi iktidarı sınırlandıracak herhangi bir güç bulunmaz. Despotluk “toplumsal olan”ın ve “siyasal olan”ın iflas ettiği³⁵¹ adeta bir “tabiat hâli”dir.³⁵²

Montesquieu'nün despotluk yönetimi, bu çalışmanın kavramları ile ifade edilirse, hukuk devletinin anti-tezi olarak da okunabilir. Despotluk XVIII. yüzyıl ile birlikte eski çağın tiranlıklarının yerini alacak, hukuka bağlı devlet, liberal düşüncede despotlukların karşısına yerleştirilecektir. *Aron*, *Montesquieu*'nün despotluk yönetiminde mutlak kötüyü göstermek istediğine işaret etmektedir. Bu tasvir, monarşi yönetiminin ne ve nasıl olmaması gerektiğini gösteren bir tasvir olarak da okunabilir. Bu şekilde *Montesquieu*, herkesin herkesten korktuğu bir despotluk yönetimi ile kimsenin kimseden korkmadığı özgürlükçü rejimler arasında bir ayrım yapmış olmaktadır.³⁵³

³⁴⁹ OKANDAN, Umumî Âmme Hukuku, s. 577.

³⁵⁰ Despotlukta bir tek temel kanun vardır. Despotun yönetim yetkisini bir vezire devretmesi. Bu yönetim biçiminde temel kanunların yerini din tutar. Din despotu sınırlandırmak gibi bir işleve sahipse de pratikte despotun yönetimini pekiştiren bir rol oynar; korkuya eklenmiş korku olur. MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu, C. I, s. 120.

³⁵¹ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 410-414.

³⁵² Montesquieu, kuramında bir toplum sözleşmesi düşüncesine yer vermemiş olmakla birlikte Hobbes'un tabiat hâlini çağrıştıran bir yönetim biçimi kurgulayarak adeta özgürlükçü bir yönetimin nasıl olması gerektiğini *a contrario* tasvir etmektedir.

³⁵³ ARON, Sosyolojik Düşüncenin..., s. 29.

ac. Montesquieu’de Kanun ile Tanımlanan Özgürlük

Görülmektedir ki *Montesquieu*’nün yönetim biçimlerini sınıflandırırken kullandığı temel bir kriter yönetimin kanuna bağlılığıdır. Kanuna bağlılık düşünürün despotik yönetimler ile despotik olmayan yönetim biçimleri arasında yaptığı ayırımın belirleyici özelliği olmaktadır. Bu anlamda *Montesquieu*’nün kuramında liberal düşüncenin ve hukuk devletinin temel kavramlarından birisi olan özgürlük düşüncesine ancak kanuna bağlı bir yönetim biçiminde ulaşmanın mümkün olduğu söylenebilir.

Montesquieu, *Kanunların Ruhu*’nda özgürlük kelimesinin çok farklı anlamları olduğuna işaret etmekte fakat her bir toplumun kendi yönetim biçimlerini özgürlük olarak nitelendirmiş olduklarını tespit etmektedir. Bununla birlikte *Montesquieu*’ye göre özgürlüğün bir çerçevesini çizmek mümkündür. Düşünür özgürlüğe ilişkin ilk çizgiyi onu siyasal bağlamda ele alarak çeker. *Montesquieu*’de özgürlük siyasal özgürlüktür ve mahiyeti gereği sınırsız bir özgürlük olmayan siyasal özgürlük “*Kanunların izin verdiği her şeyi yapmak hakkıdır.*”³⁵⁴ İnsan davranışlarına yönelik kanunlar ile belirlenen bu yapıcı sınır özgürlüğü bağımsızlıktan da ayırır ve gerçek anlamda bir özgürlük, yazarın kullanmayacağı bir ifadeyle güvenceli bir özgürlükler düzeni, sağlar. Eğer insan davranışlarının kanunlar tarafından düzenlenmesi söz konusu olmasaydı ve herkes dilediği gibi davranmak bağımsızlığına sahip olsaydı artık hiç kimse için bir özgürlükten bahsetmek imkânı da kalmazdı. Bu nedenle bireyin kendi iradesini başkalarına dayatmasını yasaklayan kanun diğer kişilerin iradelerinin de bireye dayatılmasına engel olarak bir yönüyle bağımsızlığı sınırlayan diğer yönüyle de bireyi diğerlerinin tasallutundan kurtararak ona özgü bir alan yaratan (bireyi özgürleştiren) bir işlev yerine getirmiş olur.³⁵⁵

Ağaoğulları “*Bir ülkede yasalar olduğu ve yurttaşlar bunlara itaat ettiği sürece, ister ayrıcalıklı sınıflar olsun ya da olmasın, ister yurttaşlar arasında eşitlik hüküm sürsün ya da sürmesin, orada siyasal özgürlük vardır deme(nin)...bir yasa fetişizmi*” anlamına geldiğini ifade etmekte kanunların bir baskı aracı olmak ihtimalini göz ardı eden bu yaklaşımı iki sebebe dayandırmaktadır: “*İlk olarak Montesquieu, yasayı (ve yasalı yönetimi) despotluğun panzehiri olduğu gibi bir önkabule sahiptir. İkinci ve daha önemli neden, Montesquieu'nün yasalar derken*

³⁵⁴ MONTESQUIEU, *The Spirit of Laws*, XI, 3.

³⁵⁵ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, *Kral-Devletten...*, s. 419.

evrensel adalet ilkesine aykırı düşmeyen ve toplumda bireylerin (ve toplumsal grupların) birbirlerine baskı yapmasını engelleyen yasaları düşünmesi, bu yasaların da ancak ılımlı yönetimlerde bulunduğunu varsaymasıdır.”³⁵⁶

Bu açıdan özgürlük *Montesquieu*'nün düşüncesinde önce anayasayla ilgilidir. Özgürlüğün bir de yurttaşlarla ilgili boyutu vardır. Bu açıdan özgürlük “*kişinin duyduğu güvenlikten ya da güvenliği üzerine edindiği kanıdan ibarettir.*” Buna göre *Montesquieu*'nün düşüncesinde özgürlük, siyasi iktidarın yurttaşlar üzerindeki ölçülü otoritesi olarak da anlaşılabilir. Bu ölçülülüğün bir başka ifadesi *Montesquieu*'nün kavramsallaştırmasıyla ılımlılıktır. İktidarın “*kötüye kullanılmaması için başka bir iktidarla durdurulması*” anlamında bir ılımlı hükümet biçimi sayesinde ki birey “*kanunun kendisini yapmaya mecbur tutmadığı şeyi yapmaya ve kanunun müsaade ettiği şeyleri de yapmamaya zorlanamaz.*”³⁵⁷

Ağaoğulları ılımlı yönetimlerde özgürlüğün sağlanmasının mümkün olduğunu ancak garantilenemeyeceğini ifade etmektedir. Bu garantiyi verecek olan ise anayasadır. “*Bu nedenle anayasanın işleyişi öyle bir şekilde düzenlenmelidir ki, iktidarın bir baskı aygıtına dönüşmesi kesinlikle engellenebilsin.*”³⁵⁸ İlimli ve kanuna bağlı bir yönetimde özgürlüklerin güvence altına alınmasının biçimsel garantisi *Montesquieu*'ye göre erkler ayrılığıdır.

b. Montesquieu ve Erkler Ayrılığı

Montesquieu'nün kuramında, daha sonra erkler ayrılığı olarak adlandırılacak olan düşünce de devlet işlevlerinin kanun ile olan ilişkisinden hareketle ortaya konmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki devletin yasama, yürütme, yargı şeklinde üç işlevinin bulunduğunu ilk söyleyen *Montesquieu* değildir. Bundan başka bu işlevlerin birbirleri ile olan ilişkilerinde ölçülü davranması gereği de ilk kez *Montesquieu* tarafından ortaya konmuş değildir. Bununla birlikte *Montesquieu*, siyasal düşünceler tarihi içinde *Machiavelli* ile başlayarak *Bodin* ve *Hobbes* tarafından olgunlaştırılan “modern devlet” kuramına³⁵⁹ iktidarın iktidar ile sınırlandırılmadığı bir toplumda siyasal özgürlüklerden bahsedilemeyeceğini söyleyerek katkıda bulunmaktadır.

³⁵⁶ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 420.

³⁵⁷ MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu..., C. I, s. 213-233, 2714, 272.

³⁵⁸ AĞAOĞULLARI/ZABCI/ERGÜN, Kral-Devletten..., s. 422.

³⁵⁹ KİA, Moderniteden..., s. 16-18.

Bu söylem, daha sonra *Rousseau*'nun olgunlaştıracağı, toplum yarattığı hukuk düşüncesini zorunlu olarak içermesi bakımından yeni ve hukuk devleti için önemlidir. Zira hukukun toplumsal iradenin bir ürünü olarak düşünülmesi ile birlikte artık hukukun laikleşmesi de tamamlanmış olmakta; topluma izafe edilmesine rağmen hukukun üretimi devletin tekeline verilerek geleneksel “yasayı söylemek yetkisi ile onu uygulamak gücü” arasındaki ayırım ortadan kaldırılmakta³⁶⁰; devlet iktidarı yasama iktidarı ve yürütme iktidarı olarak ikiye ayrılarak yürütme yasamaya bağlanmakta ve böylece yasama iktidarı eliyle yürütme iktidarının keyfi biçimde kullanılması engellenmektedir.³⁶¹ Bir başka ifadeyle devlet, artık kendisinden önce gelen bir yasanın üstünlüğü ile değil fakat kendisi tarafından yapılan bir yasanın üstünlüğü ile bağlanmış olmaktadır.

Yasama ve yürütmenin devlete ait bir yetki olduğunu ifade etmenin bir erkler ayrılığı kuramı olmadığına bilakis bir kuvvetler birliği kuramı olduğu yönündeki düşünce³⁶² açısından bakıldığında artık *Montesquieu*'de erkler ayrılığı ilkesinden değil fakat erkler arası ilişkilerden bahsetmek gerektiğini ileri süren görüşe değer vermek gerekir.³⁶³

Bu nedenle *Montesquieu*, eğer devletli toplumlarda bu gerçekten mümkün ise, erklerin bütünüyle birbirinden ayrıldığını söylemekle değil fakat erkler arasında hukuk ile belirlenen bir ilişkinin bulunduğunu ve bu ilişkinin de devlet erklerinin karşılıklı olarak birbirlerini denetlemek ve dengelemek suretiyle ılımlı bir yönetim biçimi yarattığını söylemesi bakımından ve ılımlı hükümeti de (siyasal) özgürlükle ilintilendirmesi bakımından bir hukuk devleti kuramcısı olarak okunabilir.

Montesquieu'nün erkler ayrılığına ilişkin görüşleri *Kanunların Ruhu*'nun XI. Kitabının “*İngiliz Anayasasına Dair*” başlıklı 6. bölümün konusunu oluşturur. Düşünür, erkler ayrılığı kuramını İngiliz sisteminden hareketle incelemiş görünmekle birlikte *Montesquieu*'nün tasvir ettiği sistemin İngiliz sistemiyle örtüşmediği de söylenmektedir. Bunun herhangi bir önem taşımadığı belirtilmelidir. *Montesquieu*'ya göre her devlette üç çeşit yetki vardır. Yürürlüğe girecek kanunları yapmak, yürürlükteki kanunları düzeltmek ya da bütünüyle kaldırmak anlamında

³⁶⁰ AKAL, İktidarın..., s. 25, 340-342.

³⁶¹ ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlanması, Ankara 1963, s. 86.

³⁶² AKAL, İktidarın..., s. 206 vd.

³⁶³ ALTHUSSER, Montesquieu..., s. 123.

yasama yetkisi; devletler hukukuna bağı olan şeyleri uygulama anlamında yürütme yetkisi; suçları cezalandırmak ya da bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözümlmek anlamında medeni hukuka bağı olan şeyleri uygulama yani yargı yetkisi. “*Yasama kuvveti, yürütme kuvveti ile birlikte aynı şahısta veya aynı kurulda toplandığı zaman, aslâ hürriyet yoktur; çünkü aynı hükümdarın veya aynı senatonun tiran gibi kanunlar yapıp, bunları tirancasına uygulamasından korkulabilir. Şayet yargı kuvveti, yasama ve yürütme kuvvetinden ayrılmamışsa, yine hürriyet yoktur. Eğer bu kuvvet yasama kuvvetinden ayrı değilse, vatandaşın hayat ve hürriyeti hakkında karar verecek kuvvet keyfi olurdu. Zira bu takdirde yargıç, kanun koyucu demektir. Eğer bu kuvvet, yürütme kuvvetinden ayrı değilse, yargıç şiddet ve baskı ile davranırdı. Şayet bu üç kuvveti...aynı adam, aynı prensler veya asiller kurulu kullansa, her şey mahvolurdu.*”³⁶⁴

Montesquieu, devlet iktidarlarını yasama, yürütme ve yargı şeklinde tasnif etmekle birlikte organik olarak yargıyı ciddi biçimde sınırlandırmakta ve yasamaya bağlayarak etkisizleştirmektedir. **Althusser**'in **Eisenmann**'dan aktardığına göre **Montesquieu**'nün düşüncesinde yasama (daha da doğru bir ifadeyle Soylular Meclisi) üç esaslı noktada yargılama yetkisi kullanmaktadır.³⁶⁵

1. “(O)nurlarını, halk yargıçlarının önyargılarından korunması amacıyla her konuda, ayan meclisindeki derebeyleri tarafından yargılanması gereken soylular söz konusu olduğunda.”

2. “(A)f söz konusu olduğunda.”

3. “(M)ebusan meclisinin suç bildirimini sonunda ortaya çıkan ve ayan meclisi mahkemesinde ele alınması gereken siyasal nitelikli davalar söz konusu olduğunda.”

Böylece yargı, **Montesquieu**'nün kuramında organik anlamıyla siyasal iktidarı denetlemek ve sınırlandırmakta etkin ve etkili bir erk olarak değil yasaların sözünü söyleyen görünmez bir güç olarak belirir. Bununla birlikte işlevsel (fonksiyonel) anlamda yargı, bir başka ifadeyle yasama iktidarının soylular kanadı tarafından gerçekleştirilen yargısal işlev, halk meclisi ve yürütme üzerinde etkin ve etkili bir denetim aracı olarak adı konulmamış tam bir iktidardır. O hâlde söylenebilir

³⁶⁴ **MONTESQUIEU**, Kanunların Ruhu, Çev.: Bülent Daver, içinde: Devlet Felsefesi, ed.: Yavuz Abadan, AÜSBF Yay., Ankara 1959, s. 335-336.

³⁶⁵ **ALTHUSSER**, Montesquieu..., s. 122; **MONTESQUIEU**, The Spirit..., XI, 6.

ki yargı, *Montesquieu*'nün kuramında organik olarak değil fakat işlevsel anlamıyla etkin bir iktidar olarak belirmiştir.

Althusser'in aktardığına göre bu şekilde devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı arasında bölünmesinden değil fakat kral, soylular ve halk arasında “*dengeli biçimde paylaştırılmasından*” bahsedilebilir. *Althusser* yukarıda alıntılanan ünlü pasajında *Montesquieu*'nün yürütmenin yargı yetkisi kullanması hâlinde -Kralın yargılama yapması hâlinde- anayasanın ve anayasanın dayandığı aracı güçlerin mahvolup gideceğini söylediğini buna karşılık yasamanın -soylular meclisinin- pekâlâ yargısal yetkiler kullanabileceğinin altını çizmekte; yargı işlevinin -soylular lehine- nasıl bir güvence sağladığına dikkat çekmektedir.³⁶⁶

Bu tespitin önemi, *Montesquieu*'nün yargının etkisiz ve salt yasaların söylenmesinden ibaret bir işlev olmadığını bilincinde olduğunu söylememize imkân vermesidir. Yargının siyasal iktidar karşısında bir sınırlama ve denetleme gücüne ve haklar ve özgürlükler için bir güvence teşkil edebilme yeteneğine sahip olduğunun zımni kabulü sayesinde ki yaklaşık iki yüzyıl sonra hukuk devletinin cevherinin yargının siyasal iktidar karşısında bağımsızlığı söylemi ile teşhis edilen bir erkler ayrılığı ilkesi olduğunu ifade etmek bütünüyle yeni bir icat sayılmayacak; yargısal denetimin kuramsal bir altyapıya ve köklü bir geçmişe dayandığını savunmak mümkün hâle gelecektir.³⁶⁷

3. Kant'ın Kategorik Emperatif'i ya da Normun Ahlaksallığı ile Biçimlenen Hukuk Devleti

Immanuel Kant'ın (1724 – 1804) felsefesi, *Alfred Weber*'in onu daha ziyade bir “yöntem” olarak nitelendirmesine karşın bir “sistem”dir.³⁶⁸ Bu sistem bir bilgi felsefesi, bir ahlak felsefesi ve bunlara ilişkin bir eleştiri felsefesi içerir.³⁶⁹ “Mümkün olan bilgi”nin ne olduğu sorusundan hareketle giriştiği ahlaksallık düşüncesi *Kant*'ı özgür irade ve akıl sahibi bireylerden oluşan bir toplum içinde bir arada yaşamak

³⁶⁶ ALTHUSSER, Montesquieu..., s. 124, 126-127.

³⁶⁷ DOEHRING, Genel..., s. 195; KUTLU Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı, Seçkin, Ankara 2001, s. 157-158, 198-199.

³⁶⁸ BAKER Ulus, Kant Felsefesi Notları, <http://korotonomedy.net/kor/index.php?id=21.179.0.0.1.0>, E.T.: 15.01.2010; GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 215; MAGEE, Büyük Filozoflar..., s. 174; WEBER, Felsefe Tarihi, s. 304.

³⁶⁹ BAKER Ulus, Önsöz, içinde: DELEUZE Gilles, Kant Üzerine Dört Ders, Çev.: Ulus Baker, Öteki, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 8; CASSIRER, Kant'ın..., s. 144, 146; CEVİZCİ, Felsefe Sözlüğü, s. 968; DELEUZE Gilles, Kant Üzerine Dört Ders, Çev.: Ulus Baker, Öteki, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 11-38; İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 189. Ayrıca bkz. DELEUZE Gilles, Kant'ın Eleştiri Felsefesi, Çev.: Hüsen Portakal, Cem, İstanbul 2002.

konusuna yönelmiş ve bu bağlamda ortaya koyduğu düşünceleri ile düşünür, modern kanun düşüncesini şekillendirmiştir. *Kant*'ın kavramsal olarak dahi hiç değinmemiş olduğu bir hukuk devleti düşüncesine hukuki pozitivizm, daha sonra, devletin hukuku olgusu üzerinden ulaşacaktır.

Wood, *Kant*'ın felsefesinin modern felsefenin iki ana dönemi arasındaki bölünmeye işaret ettiğini söyler.³⁷⁰ Bu, aydınlanma felsefesine son taşı koymak; geleneksel olandan modern olana yönelik dönüşümü tamamlamaktır.³⁷¹ Hukuk alanına yönelik bir değerlendirme yaparak ifade edilirse bu, artık doğal hukuktan pozitif hukuka bir geçiştir. Bir aydınlanma düşünürü olarak *Kant* aydınlanmayı “(İ)nsanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olamama durumundan kurtulması” şeklinde tarif eder. Bu ergin olamayı, yine *Kant*'ın ifadesiyle “insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır.”³⁷² *Kant* insanın rüştünü ispat edebilmesi için -aydınlanma için- özgürlükten başka bir şey gerekmediğini³⁷³ söylerken özerk birey üzerinden inşa edeceği bir liberal toplumun hukuk aracılığıyla yaratacağı barışçıl bir düzene de dolaylı biçimde işaret etmiş olmaktadır.

Kuramında ikincil bir yere sahip olduğu söylenen aklı³⁷⁴, insanı diğer varlıklardan ayıran temel yetenek olarak gören *Kant*'a göre insan (ahlaki) özgürlüğe yine aklı sayesinde ulaşabilir. *Güriz*'in ifade ettiği gibi insan aklı ile bir seçim yapar; istediklerini istemediklerinden ayırır.³⁷⁵ Böylece görülmektedir ki *Kant*'ın (ahlak) kuramında bir de irade'den bahsetmek mümkündür ve bu irade akıldan önce gelir ve özgürlükle ilgilidir. XVIII. yüzyıl filozoflarının zihnini meşgul eden bir probleme; “*Maddenin hareketlerinin bilimsel yasalar tarafından yönetildiği bir evrende, insan bedenlerine karşılık gelen maddi nesnelere hareketleri nasıl olup da özgür irade tarafından yönetilebilir?*” şeklinde formüle edilen probleme ancak belli ölçüde bir gerçekliği bulunan bir irade özgürlüğünün ahlaki kavramlarımızı anlamlandırabileceğini “(v)e bunun olabilmesi için de, varlığımızın en azından bir

³⁷⁰ WOOD Allen W., *Kant*, Çev.: Aliye Kovanlıkaya, Dost Kitabevi, Ankara 2009, s. 21.

³⁷¹ CASSIRER, *Kant*'ın..., s. 153-154.

³⁷² KANT Immanuel, “*Aydınlanma Nedir?*’ Sorusuna Yanıt”, Çev.: Nejat Bozkurt, içinde: *Kant*, Der.: Nejat Bozkurt, Say, 2. Bası, İstanbul 2008, ss. 261-273, s. 263.

³⁷³ KANT, “*Aydınlanma Nedir?*’...”, s. 265.

³⁷⁴ HEIMSOETH Heinz, *Kant*'ın Felsefesi, Çev.:Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu-Batı, 4. Bası, Ankara 2007, s. 67; WEBER, *Felsefe Tarihi*, s. 322.

³⁷⁵ GÜRİZ, *Hukuk Felsefesi*, s. 216.

parçasının, hareket hâlindeki maddenin bilimsel yasalar tarafından yönetilen empirik dünyasından bağımsız olması, bu dünyadaki maddî nesnelere bazılarını, yani bedenlerimizi ‘isteğe ya da irade seçime bağlı olarak’ hareket ettirmenin bizim için mümkün olması gerek”tiğini söyleyerek yaklaşmıştır.³⁷⁶ Böylece insanın tabiat kanunlarından bağımsız olarak bir ahlak alanı içinde konjonktürel tercihler yaparak, tutarsız ve süreklilik taşımayan hareketler yapabileceği de kabul edilmiş olmaktadır. Bundan çıkarılacak bir sonuç da insan davranışlarının kendi kanunlarının olabileceğini söylemektir.³⁷⁷

Warnock, *Kant*’ın “özgür irade”nin gerçekten var olup olmadığını sorgulamadığını fakat onun var olmak ihtimalini kabul ettiğini belirtmektedir.³⁷⁸ Bir başka ifadeyle iradenin özgürlüğü *Kant*’ın ahlak düşüncesinin postulatıdır.³⁷⁹ Özgür iradenin motoru akıldır. Erken modern düşünceden farklı olarak tabiat dünyasının fenomenleri ile insan davranışlarının alanını birbirinden ayıran *Kant*; birincisini yani olanı teorik akıl ile ilişkilendirirken olması gerekeni de pratik aklın konusu hâline getirmiştir.³⁸⁰ Bu ayırım, yani teorik akıl-tabiat bilimleri-doğa metafiziği ile pratik akıl-insan bilimleri-ahlak metafiziği ayırımı, hukuk alanında da bir sonuç doğuracak; bir irade ürünü olarak ortaya konulan davranış kuralını ifade eden kanun, tabiat kanunlarından ayrılacaktır.

Bütün bu söylenenlerin anlamı şudur: Her insan özgür ve irade sahibi bir varlık olarak akli aracılığıyla neyin ahlaki olduğunu tespit etmek yeteneğine sahiptir. Neyin ahlaki olduğunu tespit etmek kudreti insan davranışını şekillendiren sınırların da tespitini ifade eder ki bu her bir özgür bireyin toplum içinde herhangi bir dışsal iradeye tâbi olmaksızın varlık ve eylem alanını belirleyebileceğini kabul etmektir. “Herkes kendi kanununu kendisi koyar!” demek olan bu durumun bir kaosa dönüşmemesini sağlayacak olan yine akıldır.³⁸¹ Akıl, kategorik emperatife³⁸² bağlanarak en yüksek ahlaki iyiliğe ulaştırır; en yüksek ahlaki iyiliğe ya da barışçıl

³⁷⁶ **MAGEE**, Büyük Filozoflar..., s. 175, 186.

³⁷⁷ **ERİŞİRGİL** Mehmet Emin, Kant ve Felsefesi, İnsan, İstanbul 1997, s. 206-207.

³⁷⁸ **MAGEE**, Büyük Filozoflar..., s. 188.

³⁷⁹ **ÖKTEM** Ülker, “Kant Ahlakı”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/34/922/11498.pdf>, E. T.: 15.01.2010, ss. 1-10, s. 6; **WEBER**, Felsefe Tarihi, s. 323.

³⁸⁰ **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 216; **HEIMSOETH**, Kant’ın..., s. 23, 68.

³⁸¹ **DELEUZE**, Kant’ın..., s. 38-39; **WOOD**, Kant, s. 165.

³⁸² Cassirer’in aktardığına göre koşulsuz ahlak yasası başka hiçbir şeyden türetilemez ve temelini de kendi dışında bulamaz. Çünkü başka bir şeyden çıkarsanabilir görmekle, onu yine bu başka şeyin buyurduğu bir geçerliğe bağımlı kılmış oluruz. **CASSIRER**, Kant’ın..., s. 247.

toplumsal düzene. **Güriz**'in ifade ettiği gibi somut bir davranış kuralı olarak değil ancak insan aklının davranış kuralları belirtmesinde yol gösterici bir ilke olarak kategorik emperatif bir yükümlülük (ödev) bildirir.³⁸³ Kategorik emperatif'ten başka bir saike bağlanan, bu yükümlülüğü göz ardı eden, her irade özgürlüğünü ve ahlakiliğini yitirir.³⁸⁴

Bu noktada **Kant**'ın, insanı bir toplum içinde düşündüğünü belirtmek gerekir. **Erişirgil**'in ifade ettiği gibi **Kant** bir toplumdan bağımsız bireyin yalnız başına içgüdülerine göre yaşaması hâlinde tam gelişmeyi sağlayabileceğini ideal olarak kabul etmekle birlikte akıl sahibi bir varlık olması bakımından insanın tekâmülünün fiilî anlamda ancak bir topluluk içinde mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Ne var ki bir toplum içinde bireyin kendini var etmesi bir dizi zorluğu da göğüslemesini gerektirir. Kabul etmek gerekir ki topluluk içinde var olmak mücadele ve çatışmayı da beraberinde getirir. Birey, içgüdülerini bastırarak bir toplum içinde kendisini var etmek, geliştirmek çabasına giriştiğinde davranışlarının da içgüdüleri ile değil fakat bir başka belirleyici ile biçimlendirilmesi zorunluluğunun da farkına varmıştır. **Kant**'a göre bu etken üstün bir başka irade olursa artık söz konusu olan ancak bağımlı bir toplum olur. Buna karşılık **Kant**, her bir bireyin kendi (pratik) aklı ile ortaya koyduğu davranış ilkelerinin mümkün olduğunu ve ancak her bir bireyin kendi davranış ilkelerini bir başka iradeye tâbi olmaksızın belirleyebilmesi hâlinde özerk bireyden ve özgür toplumdaki bahsedilmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bir toplum içinde ortaya çıkan bu özgün davranış ilkelerinin birbirleri ile bir çatışma meydana getirmemesi için de **Kant** özgürlüklerin uzlaştırılması gereğini vurgulamıştır.³⁸⁵ Özgürlüklerin uzlaştırılması aklın davranış kurallarını tespit ederken *a priori* ahlak yasasına uygun biçimde çalışması gerektiğini söyler: “Ancak aynı zamanda evrensel bir yasa olmasını isteyebileceğin kurala göre davran.”³⁸⁶

Kant özerk bireylerin özgür iradeleri ile ve üstün bir ahlaki yükümlülüğe göre şekillendirdikleri davranış biçimleri arasındaki uyumun hukuk tarafından sağlanacağını ifade etmektedir. **Güriz**'in aktardığına göre “*Hukuk, genel kapsamlı*

³⁸³ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 218.

³⁸⁴ WEBER, Felsefe Tarihi, s. 325. İnsan iradesinin her ne şekilde belirmiş olursa olsun bir başka iradeye bağlanmış olması hâlinde özgürlüğünden söz edilemez. Buna göre özgür iradeli insanın aynı zamanda modern anlamda bireyi ifade ettiği de söylenebilir.

³⁸⁵ ERİŞİRGİL, Kant..., s. 203-204.

³⁸⁶ Aktaran: İŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 189.

(evrensel) hürriyet kanununa göre, bir kişinin iradî fiillerini, diğer kişilerin iradî fiilleri ile uzlaştıran şartların bütünüdür.”³⁸⁷ Böylece **Kant**, hukuku ahlaktan ayırarak ele almaktadır.³⁸⁸ **Işıktaç**, **Kant**’ın insan davranışlarını iki aşamada ele aldığını; birinci aşamayı oluşturan “davranışı hazırlayan saikler”in ahlak alanına, “davranışın dış görünüşü”nün de hukuk alanına girdiğini söylemektedir.³⁸⁹ **Zabunoğlu**’nun da işaret ettiği gibi hukuku ahlaktan ayıran diğer nokta hukukun zorlayıcılık niteliğidir.³⁹⁰ Hukuka bir zorlayıcılık yeteneği veren devlettir.³⁹¹ Birbirleri ile sürekli bir rekabet ve çatışma hâlinde bulunan bireylerin uzlaştırılmasının bir yöntemi olarak hukuku etkin ve etkili bir düzen aracı olarak kullanan devlet sayesinde ki bireylerin yaşamlarını ve mülkiyet haklarını güvence altına almak mümkün olabilmektedir.³⁹²

Tanıma geri dönülecek olursa, **Kant**’ın, hukuku uzlaştırılabilir özgürlükler düzeni olarak düşündüğü söylenebilir. Buna göre bir davranışın hukuka uygunluğu onu gerçekleştiren kişiyi bu davranışa yönelten özgürlüğün muhatabının özgürlüğü ile uzlaştırılabilmesine bağlıdır.³⁹³ Buna göre **Kant**’ın özgürlük düşüncesinin bir eşitlik bağlamı içinde ele alındığını söylemek mümkündür.³⁹⁴

Kant’ın özgürlük düşüncesinden kaynaklanan hukuk anlayışının ikinci boyutu da mülkiyet hakkı olarak ortaya çıkar. **Kant**’ın mülkiyet anlayışı **Erişirgil**’e göre bütün bir özel hukuk ile özdeştir. Buna göre mülkiyet, “benimdir” denilebilen her şeyi kapsar ve bireyin rızası olmaksızın kimsenin kullanamayacağı hakları ifade eder.³⁹⁵ **Güriz**’e göre mülkiyet bireyin iradesinin ortaya konması bakımından gereklidir. Mülkiyet hakkını güvence altına alan bir devlet olmadan söz konusu olan

³⁸⁷ **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 220.

³⁸⁸ **CASSIRER**, Kant’ın..., s. 422. Ahlaktan ayrılan hukukun ahlaki olanı dışlamak ve erdem ile sınırlı olmamak yoluyla saf biçimde ele alınması daha sonra Kelsen’de bir saf hukuk kuramı olarak karşımıza çıkacaktır. Bundan başka Wood’un da altını çizdiği gibi Kant’ın hukuk kuramında pozitif kanunlar herhangi bir ahlaklılık testine de tâbi tutulmazlar. Bu noktada yazar Kant’ın, bir pozitivist olduğunu iddia etmeden, normativizminin de altını çizmiş olmaktadır. **WOOD**, Kant, s. 215-216.

³⁸⁹ **İŞIKTAÇ**, Hukuk Felsefesi, s. 195.

³⁹⁰ **ZABUNOĞLU**, Bir Hukuk..., s. 107.

³⁹¹ **CASSIRER**, Kant’ın..., s. 421.

³⁹² **WOOD**, Kant, s. 153-154, 169.

³⁹³ **ERİŞİRGİL**, Kant..., s. 239.

³⁹⁴ **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 221.

³⁹⁵ **ERİŞİRGİL**, Kant..., s. 240.

sadece geçici zilyedlik olabilir. Buna göre devlet, mülkiyet hakkını güvence altına alan bir güç olarak da anlaşılabilir.³⁹⁶

Kant'ın felsefe sistemi içinde hukuk devleti düşüncesine (“*felsefi spekülasyonun sınırları içinde kalmak koşuluyla*”³⁹⁷) onun devleti bir hukuk bağlamında düşünmüş olması sebebiyle ulaşmak mümkündür. Filozofa göre devlet; bir grup insanın hukuk kuralları altında birleşmesidir.³⁹⁸ Böylece hukuk (daha doğru bir ifadeyle kanun) aynı zamanda bireylerin (özgürlük ve eşitlikleri gibi) haklarını da, uyumsuzluk hâlinde uzlaştıran üstün bir iradedir.

Kanun, devlete ait üstün bir irade olarak tanımlanınca ortaya çıkan sorun bizi en başa geri götürür: gerçek anlamda birey özgürlüğünün üstün bir başka iradeye bağlı olmaması. *Kant* bu sorunu kanun yapmak iradesinin toplumun bütün üyelerine ait olduğunu söyleyerek çözmüştür.³⁹⁹

Kant'a göre devlet içinde üç iktidar vardır: yasama, yürütme, yargı. Birbirlerini tamamlayan bu iktidarlar farklı alanlarda egemendir ve bu iktidarlardan her biri diğerinden bağımsız olmalıdır. Yasamayı yürütmenin üzerinde gören *Kant*, yürütmenin (yani Kralın) hukukun otoritesi altında ve ona tâbi olarak, kanun koyucunun üstün denetimi altında işlev göreceğini ifade etmektedir. Yürütmenin yasama ile birleştiği rejimler *Kant*'a göre baskıcı rejimlerdir. *Kant*'a göre ne yasama ne de yürütme iktidarının bir yargısal işlev yerine getirmesi mümkündür. Yürütme organının yargı işlevine ilişkin tek yetkisi hâkimleri atamaktan ibarettir. Böylece üç organın uyumlu çalışması anlamında bir tür erkler ayrılığı düşüncesi ile devletin otonomisi de sağlanmış olur.⁴⁰⁰

Hayek'e göre XVIII. yüzyıl Prusya'sı hukuk devletinin kabulü için uygun bir iklim sağlamış; *Kant*'ın felsefesi bu bağlamda hukuk devletinin yerleşmesinde önemli bir rol oynamıştır. *Hayek*'e göre “kategorik emperatif” özünde hukuk devleti ilkesinin altında yatan temel düşüncenin ahlak alnına taşınmasından başka bir şey

³⁹⁶ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 221; KANT Immanuel, The Science of Right, § 44, Çev.: W. Hastie, <http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/kant/morals/ch04.htm>, E. T.: 16.10.2010.

³⁹⁷ CASSIRER, Kant'ın..., s. 420.

³⁹⁸ KANT, The Science..., § 45, <http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/kant/morals/ch04.htm>, E. T.: 16.10.2010.

³⁹⁹ KANT, The Science..., § 8, 9, 17 ve 46, <http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/kant/morals/ch04.htm>, E. T.: 16.10.2010.

⁴⁰⁰ CASSIRER, Kant'ın..., s. 423; KANT, The Science of Right, § 49, <http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/kant/morals/ch04.htm>, E. T.: 16.10.2010.

değildir.⁴⁰¹ **Kant**'ın hukuk devleti kuramı, devletin öncelendiği bir kuramdır. Devletin selametini en üstün kanun olarak nitelendiren **Kant**'ta hukuk devleti, hukuk ile sınırlı devlet düşüncesinden değil fakat hukuku üretmek tekeline sahip devlet düşüncesinden kaynaklanır. Bundan başka düşünürün despotizm karşıtı bakış açısı ve otonom birey düşüncesi de hukuk devleti kuramına giden yolda **Kant**'ı önemli bir isim hâline getirir. **Güriz**'in belirttiği gibi **Kant**'ta devletin temel görevi bireylerin mutluluğunu sağlamak değil fakat özgürlüklerini korumaktır.⁴⁰²

Özetle ve sonuç olarak **Kant**'ın sisteminin kavramsal olarak değil fakat olgusal olarak bir hukuk devleti düşüncesi barındırdığını söylemek mümkün olmuştur. **Kant**'ın öncelediği ilkeler ve değerler ile düşüncesini oluşturan kavramlar bugün hukuk devletini tarif ederken kullanılan değer, ilke ve kavramlardır. Bunların temelinde de **Kant**'ın önce tabiat kanunlarından ayırarak bir toplumsal düzen içindeki insan davranışları ile ilintilendirdiği ve daha sonra da ahlaktan bağımsızlaştırarak safılaştırdığı kanun düşüncesi yer alır. **Kant**'ın kanun düşüncesi saf hukuk düşüncesinin temelidir. Bundan başka filozof aklın ve iradenin ürünü olduğunu söylediği kanunu, hukuk ile tarif ettiği devlete mâl ederek, “hukuku üretmek tekeline sahip devlet” düşüncesini ve devletin bir iradesi olarak kanun düşüncesi ile de hukuk devletini temellendirmiştir. **Kant** hukuku yaratmak tekeli devlete verirken devleti önceleyen bir bakış açısına sahip olmakla birlikte devletin amacının da bireyin otonomisini, özgürlüğünü, eşitliğini, yaşam ve mülkiyet haklarını güvence altına almak olduğunu ifade etmiş ve böylece de yönetimin bir despotizme dönüşmesine karşı çıkmıştır. Bu bağlamda ele alındığı zaman Kantçı devletin XIX. ve XX. yüzyıldaki anlamıyla bir hukuk devleti olduğunu söylemekte hata yoktur.

B. POZİTİF HUKUKTA ŞEKİLLENEN HUKUK DEVLETİ

1. Hukukî Pozitivizm

a. Hukuk Devletini Gerçekleştirme Yöntemi Olarak Hukuki Pozitivizm

Bir doğal hukuk düşüncesi içinde beliren ve gelişen hukuk devleti XVIII. yüzyılın sonlarından itibaren yaşanan kültürel gelişmelere paralel olarak yeni bir

⁴⁰¹ HAYEK, “Siyasî...”, s. 65.

⁴⁰² ERİŞİRGİL, Kant..., s. 243-244; GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 223; IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi, s. 199-200; KANT, The Science of Right, § 49,

<http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/kant/morals/ch04.htm>, E. T.: 16.10.2010.

kapsama kavuşmaya başlamıştır.⁴⁰³ Hukuk devletinin kapsamında meydana gelen bu değişiklik, hukuk ve kanun olgularındaki değişikliğe paralel olarak gerçekleşmiştir. Gerçekten de XVIII. yüzyıldan itibaren modern anlamda kanun ahlaktan ayrı, kendi özgül alanı içinde, Kantçı bir ifadeyle otonom bireylerin pratik akılları ile ortaya koydukları bir düzen aracı olarak, devlet ve özellikle de kanun koyucu tarafından formüle edilen, bir düzen kuralı hâline dönüşmüştür. Ahlak ve adalet ile olan aşkın bağlarından sıyrılan modern anlamda kanun, var olabilmek için herhangi bir *a priori*'ye ihtiyaç duymayan bir kural, bir emir, bir irade şeklinde belirlemiştir.⁴⁰⁴ Bu açıdan artık kabul edilmiştir ki kanun sadece devlet iradesinin ürünü olduğu için bağlayıcıdır ve sadece kanun olarak düzenlenmiş olduğu için adildir⁴⁰⁵ ve aynı gerekçeyle de sekülerdir. Nihayet kanun artık şekli bir iradeyi ifade eder.⁴⁰⁶ Bununla birlikte kanun iki temel özelliği bakımından bir değişikliğe uğramış değildir: üstünlük ve bağlayıcılık. Hukuk devletini karakterize eden “kanunun üstünlüğü ve bağlayıcılığının” varlık gerekçesi siyasal iktidarın kullanılmasına bir çerçeve çizerek bireylerin kendi varlıklarını, ya da adını koyarak söylenirse özgürlüklerini, güvence altına almaktır. Bireyin siyasal iktidar tarafından müdahale edilemeyen bir özgürlükler alanına sahip olması demek birey için hukuk aracılığıyla güvenliği sağlanmış özerk bir alanın bulunması demektir. Bu alana bir anlam kazandıran ise hukuk devletinin özünü teşkil eden hukuk güvenliği ilkesidir.⁴⁰⁷

XIX. yüzyılda hukukun ne olduğunu -daha da doğru bir ifadeyle hukukun ne olacağını- tespit etmek yetkisinin münhasıran devlete özellikle de kanun koyucuya ait bir yetki olduğunu kabul eden hukuki pozitivistin temellerinden birisini de

⁴⁰³ Burada kültür, geniş bir anlamda kullanılmakta; döneme etki eden bütün bilimsel, ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmeler bu bağlamda değerlendirilmektedir. **DILCHER** Gerhard, “*Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm*”, Çev.: Ahmet Mumcu, AÜHFD, C. 31, S. 1-4, Ankara 1974, ss. 467-485, s. 467-468; **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 306-307; **KEYMAN** Selahattin, “*Hukuki Pozitivizm*”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Ankara 1978, ss. 17-55, s. 19 vd.; **ÖKTEM/TÜRKBAĞ**, Felsefe..., s. 386-387; **TÜRKBAĞ** Ahmet Ulvi, “*Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansımaları Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart*”, HFSA, S. 12, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, ss. 49-64.

⁴⁰⁴ **PINO** Giorgio, “*The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States*”, Law and Philosophy, Vol. 18, No. 5, 1999, ss. 513-536, s. 524 vd.; **TÜRKBAĞ**, “*Evren ve İnsan...*”, s. 54-55.

⁴⁰⁵ **KEYMAN**, “*Hukuki Pozitivizm*”, s. 30.

⁴⁰⁶ **BONNARD** Roger, “*Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk*”, Çev.: Mehmet Ali Aybar, HFSA, S. 15, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2006, ss. 24-40, s. 27; **GÜRBÜZ** Ahmet, Hukuk ve Meşruluk: Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme, Beta, 2. Bası, İstanbul 2004, s. 36.

⁴⁰⁷ “*Hukuksal pozitivizmin epistemolojik aracı hukuka ilişkin nesnel nitelikli bilgi olanağını olumlamak ve hukuk kuramı adına layık olmak isteyen her düşünsel çşabanın ancak nesnelliği yansıttığı oranda böyle olabileceğini ortaya koymaktır.*” **ATALAY** Ahmet Halûk, “*Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk*”, HFSA, S. 19, 2010, ss. 104-113, s. 104.

hukuk güvenliği ilkesi teşkil eder. Zira doğal hukukun dayandığı “eşyanın tabiatından kaynaklanan ve herkesin akli ile keşfedebileceği kanunlar” söylemi “istikrarlı ve güvenceli bir hukuk düzeni” kurmak konusunda artık yeterli değildir.⁴⁰⁸ Onu uygulayanın kişisel tercihlerine bağlı olmayan, herkes için aynı biçimde anlaşılan ve uygulanan; genel ve soyut kanun, temel hak ve özgürlüklerin ve kanun önünde eşitliğin sağlanmasında elverişli bir araç olarak düşünülmüş; bunun için de kanunun, kanun koyucunun iradesine uygun olarak yorumlanması ve uygulanması (hukuk güvenliğini sağlamak için) etkin bir yöntem olarak kabul edilmiştir.⁴⁰⁹

Böylece pozitif hukuk, egemenin iradesi olarak ortaya konan kanunun devletin zor kullanma gücüne dayanarak etkin kılındığı bir hukuk düzenini ifade eder. Hukukun egemen gücün iradesi şeklinde belirmesi, doğal hukuk düşüncesinin dışladığı bir düşünce değildir. Nitekim Fransa’da doğal hukuk doktrininden esinlenen İhtilal başarıya ulaştıktan sonra “*bütün pozitif kanunların temelini oluşturan genel ve değişmez bir hukukun varlığı*” reddedilmemiş; pozitif hukuk, “*tabii hukukun hüküm şekline indirgenmiş biçimi*” olarak algılanmıştır. **GÜRİZ**, bu genel kabulün Fransa’da (Medeni) Kanun’un yorumlanması ve uygulanması konusunda doğal hukukun esas alınması yönünde bir sonuç doğurmak yerine beklenenin aksine pozitif hukukun doğal hukukun en mükemmel yansıması olduğu yönünde bir düşüncenin yaygınlaştığını ifade etmektedir. Böylece Fransa’da kanunun doğal hukukun en yetkin ifadesi olarak herhangi bir yorumu gerektirmeyecek ölçüde “*mükemmel ve açık*” bir kural olduğu düşünülmüş; eğer ihtiyaç duyulursa kanunun yorumu işinin de yine kanun koyucuya ait olduğu, ya da en azından yorum faaliyetinin kanun koyucunun gerçek iradesini araştırmak şeklinde gerçekleştirilmesi gerektiği, kabul edilmiştir. Kanunun bir “olan” (*Sein*) olarak “olması gereken”in (*Sollen*) ta kendisi olduğu⁴¹⁰ ve bunun da kanun koyucunun iradesi ile sıkı bir bağlantı içinde bulunduğu düşüncesi Fransa’da yürütmeye olan güvensizliğin bir

⁴⁰⁸ Sanayileşmesini çoktan tamamlayarak “barışçıl ve hukuksal bir toplumsal düzen” kurmayı başarmış olan İngiltere bir yana bırakılırsa özellikle Kıta Avrupası bakımından burjuvanın bir hukuksal istikrar ve güvence ihtiyacı içinde olduğu söylenebilir. Furtun’a göre “*Doğal hukukun vicdani olarak dahi bağlayıcılığından söz edilemez.*” Hukukî bağlayıcılık dışsal, karşılıklı, öngörülebilir ve bilinebilir olmalıdır. **FURTUN** Aysen, İngiliz Analitik Pozitivizmi: John Austin’in Hukuk ve Devlet Teorisi, Seçkin, Ankara 1997, s. 19.

⁴⁰⁹ **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 299; **KEYMAN**, “*Hukuki Pozitivizm*”, s. 20-21; **TOKU** Neşet, “*Pozitif Hukukun Meşruiyet Zemin*”, HFSA, S. 11, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, ss. 155-161, s. 159.

⁴¹⁰ **FURTUN**, İngiliz Analitik..., s. 22.

ifadesi olarak da anlaşılabilir. Bu yaklaşımdan yargı da payını almış, mahkemeler Montesquieucü kavramsallaştırmayla “yasanın ağzı” olarak anlaşılmıştır. **Güriz** Fransız Medeni Kanununun doğal hukukun en saf ifade biçimlerinden birisi olarak görülmesinin pozitif hukuk ile doğal hukuk arasında bir ayniyetin ortaya çıkması sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir.⁴¹¹ **Keyman**'a göre pozitif hukukun yetkinliğine olan bu inanç bir yönü itibariyle “*hukukun eleştirisel incelenmesini önlemiş*” diğer yönden de “*gerçek anlamda hukuki pozitivizme giden yolu açmıştır.*”⁴¹² Bu durum pozitif hukukun doğal hukuklaştırılması değil, doğal hukukun pozitifleştirilmesidir. İnsan düşüncesi artık güvenliği kendi iradesinin bir yansıması olarak beliren kanunlarda görmekte, sırf halkın iradesine dayanıyor olmak bakımından mutlak doğruyu ifade ettiği kabul edilen kanuna onu kanunlaştıran irade (kanun koyucu) dışında bir müdahaleyi reddetmektedir. O kadar ki Fransa'da Yargıtay'ın kurulmasının temel sebebi kanunun doğru biçimde uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi olmuştur.⁴¹³

Böylece görülmektedir ki doğal hukuk ve pozitif hukuk, hukuk devletini inşa etmek amacına yönelik iki aşamayı ifade eder. Doğal hukukun bir pozitif hukuk fikrini dışlamamış olmasına rağmen pozitif hukuk, doğal hukuk düşüncesini benimsemez.⁴¹⁴ Üstün bir kanun koyucunun iradesinin ifadesi olarak pozitif hukukun doğal hukuk karşısında öncelenmesi, **Uygur**'un ve **Uzun**'un işaret ettiği anlamda doğal hukuk düşüncesine bir antitez yahut doğal hukuk fikrinin bütünüyle reddi şeklinde okunup anlaşılmıştır.⁴¹⁵ Bununla birlikte hukuk devleti bağlamında bir değerlendirme yapıldığında, doğal hukuku ortadan kaldıran bir pozitif hukuk düşüncesinin hukuk devletinin anlam ve kapsamında dönemin gereklerine uygun biçimde ortaya çıkan bir gelişmeyi ve değişmeyi ifade ettiği de söylenebilir.⁴¹⁶

Hukuki pozitivizmin önemi, hukukçuyu muğlak ve öznel bir bağlamdan çıkartarak önceden belirlenmiş bir olan (*Sein*) içinde hareket etmesini sağlamaktır.

⁴¹¹ **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 304-306.

⁴¹² **KEYMAN**, “*Hukuki Pozitivizm*”, s. 20.

⁴¹³ **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 305-306. Kanun koyucunun iradesinin yetkinliğine olan güvenin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu yargısal denetim mekanizması daha sonra hukukun üretiminde kanun koyucunun tekeline ortak olacaktır. Ama bunun için önce kanunun sırf kanun olmak itibariyle her zaman haklı olmayabileceği düşüncesinin ortaya çıkması gerekecektir.

⁴¹⁴ **BARRY**, Modern..., s. 35.

⁴¹⁵ **UYGUR** Güriz, “*Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?*”, AÜHFD, C. 52, S. 1-3, 2003, ss. 145-176, s. 145; **UZUN** Ertuğrul, “*Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak*”, HFSA, S. 16, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2007, ss. 343-350, s. 345.

⁴¹⁶ **PINO**, “*The Place of...*”, s. 519-522.

Kanunun felsefi, sosyolojik, dinsel tercihlerden soyutlanarak saf hukukun alanına çekilmesi ile amaçlanan, temel hak ve özgürlüklerin güvencelenmesidir. Zira “*Kanuna bir felsefe sokmak, kanun adına bir felsefenin zorla kabul ettirilmesi anlamına gelir.*” Vicdan ve düşünce özgürlüğüne aykırı olan bu tutuma karşı hukuki pozitivism kanun koyucunun hukuki kaygılardan başka her türlü kaygıdan soyutlanarak tarafsız olmasını gerektirir. Ancak bu şekilde “*çeşitli bireysel ahlaki ve felsefi tercihlerin bir arada yaşadığı*” bir toplumdan ve hukuk güvenliğinden bahsedilebilir.⁴¹⁷ **Gözler**’e göre hukuk normlarının geçerliliklerinin “adalet”, “ortak yarar”, “refahın sağlanması”, “toplumsal dayanışma” gibi ilkelere uygunluk kıstasına bağlanmasının varacağı sonuç her hâlde bir totalitarizm olacaktır. Zira bir hukuk düzeninin geçerliliğini içerikleri belirli olmayan soyut kavramlara bağlamak herhangi bir soyut düzenin aklanmasını da mümkün hâle getirebilir.⁴¹⁸

b. Hukuki Pozitivizm Nedir ya da Kanun Gerçekten Kanun mudur?

Hukuki pozitivism “*pozitif hukuku, ahlaktan, ilahi yasa veya salt doğal gerçeklikten bağımsız bir biçimde analiz ile tasvir edebilmeye elverişli ayrı bir fenomen olarak ele alan*” bir yaklaşımı ifade eder.⁴¹⁹

Hukuki pozitivism İngiltere’de **Bentham** (1748 -1832) ve **Austin** (1790 – 1859) tarafından temellendirilmiş; Almanya’da ise tarihçi hukuk okuluna dayandırılmıştır. Fransa’da hukuki pozitivismın temelleri, yukarıda ifade edildiği gibi, bir dizi kanunculuk hareketi ile atılmıştır. Her üç hukuk geleneğinde de vurgu norma ve normu tespit eden üstün iradeye yapılmaktadır.

Buna göre siyasi iktidarın/egemenin koymuş olduğu her kural kanundur. Avrupa için bir savaşlar dönemi olan XIX. yüzyılda **Bentham**, kanunun amacının genel iyilik anlamında faydaya ve güvenli bir düzene yönelik olduğunu ifade etmektedir. Uluslararası alandaki kargaşanın esinlediği bir ortamda devletin üstünlüğü bağlamında ortaya konulan bir düzen ve güvenlik aracı olarak kanun “*egemen güç tarafından konulan veya benimsenen ve egemen gücün etkinlik alanındaki kişilerin davranışlarını düzenleyen kural*” olarak anlaşılmaktadır.⁴²⁰

⁴¹⁷ **KEYMAN**, “*Hukuki Pozitivizm*”, s. 29-30.

⁴¹⁸ **GÖZLER** Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A, Ankara 1998, s. 63.

⁴¹⁹ **CEVİZCİ**, *Felsefe Sözlüğü*, s. 853.

⁴²⁰ Aktaran: **İŞIKTAÇ**, *Hukuk Felsefesi*, s. 220.

Bentham'da pozitivizm, hukuk-ahlak arasında keskin bir hat çekmek şeklinde değil fakat ahlakın bilimsel olarak doğrulanabilir bir disiplin hâline getirilerek hukukun kaynağı olmasını sağlamak şeklinde belirlemiştir. **Cevizci**'nin de işaret ettiği gibi ahlakın bilimselleştirilmesi, onun “belirli” bir insan doğası üzerinden açıklanmasını gerektirir.⁴²¹ Bir başka ifade ile ahlaki kanunluluk insan doğasına ilişkin bir kanunluluk aracılığıyla inşa edilebilir. Bu doğayı açıklayabilecek temel kavram ise “haz”dır.⁴²²

Işıktaç, hazcılığın psikolojik hazcılık ve ahlaki hazcılık şeklinde ikili ayrımından bahsederek İngiliz geleneksel düşüncesinin içinde bulunduğu ahlaki hazcılığı da bir ayrıma tâbi tutar. Buna göre ahlaki hazcılık kişinin başka insanların durumlarının tehlikeye düşmesine rağmen kendisini hazzı sağlamak yönünden güdülemesi ile ortaya çıkan egoist hazcılık ve “*bireyin kendi hazzını olduğu kadar, genelin hazzı, refahı ve iyiliğini dikkate alması*” anlamında yararçılık şeklinde anlaşılabilir.⁴²³ Bu açıdan **Bentham**'ın yararçı bir yaklaşımı benimsediği söylenebilir. **Bentham**'ın bireysel yararları son tahlilde genel yararı oluşturmaya yöneliktir ve genel yarar ise bireylerin yararlarının toplamından başka bir şey değildir.⁴²⁴ Bu aynı zamanda rasyonel bireyin ve rasyonel toplumun da ifadesi olmaktadır. Buna göre **Bentham**'ın düşüncesinde bireysel davranışlar için bir “iyi” kriterinin bulunduğu da söylenebilir.⁴²⁵ **Cevizci**'ye göre bu “iyi” “*en yüksek sayıda insana en yüksek mutluluğu sağlayan şey*”dir. İyinin genel olduğu ölçüde iyi sayılması, birey davranışının da bu anlamda bir iyi amacına yönelik olduğu ölçüde kamusal çıkar üzerinden test edilmesi, Eski Yunan'ın devlet içinde mümkün olan erdemini çağrıştırmaktadır. Buna göre Benthamcı kanunun bireysel yararı sağladığı ölçüde geçerli olduğu söylenebilir. Bu yarar günlük, gelip geçici bir yarar şeklinde anlaşılabilir. Bu yarar, kanunun geçerli olmaması hâlinde içine düşülecek toplumsal ve bireysel bir acıdan kurtulmak amacıyla katlanılan düzen kurallarının sağlayacağı haz olarak genel ve temel bir yararır. Böylece **Bentham**'da yurttaşın devlete ve

⁴²¹ **CEVİZCİ**, Felsefe Sözlüğü, s. 228.

⁴²² **BLACKSTONE**, Political..., s. 76-77.

⁴²³ **İŞIKTAÇ**, Hukuk Felsefesi, s. 217.

⁴²⁴ **SABINE/THORSON**, A History of..., s. 612-617.

⁴²⁵ **BLACKSTONE**, Political..., s. 78-80.

hukuka itaati, “*genelin mutluluğuna itaatsizlikle kıyaslanamayacak kadar büyük bir katkı yaptığı için*” söz konusu olmaktadır.⁴²⁶

Görülmektedir ki **Bentham**, devleti önceleyen klasik doğal hukukçu söylemleri bireyci liberal bir bakışla özdeşleştirerek siyasi iktidar odaklı bir pozitivizmin temelini atmıştır. **Güriz**'in “kabul teorisi” şeklinde ifade ettiği görüşleri ile **Bentham**'ın kuramı, salt kanuncu bir mahiyet taşımaz. Buna göre örf-adet hukuku ve mahkeme kararları da bağlayıcılıklarını siyasi iktidarın onayından alırlar.⁴²⁷ Bu şekilde, siyasi iktidar hukuk üretiminin temeline yerleştirilerek hukuk kaynaklarının çoğulculuğunun ve içtihat ile yaratılan hukukun yolu da açılmış olmaktadır. Yargısal içtihatın hukuk üretimine etkisi, hukuki pozitivizm içinde kanun fetişizminin aşılması anlamında önemli bir katkı sunacak; siyasal liberalizmin ideallerine ulaşmakta kanunun denetlenmesinin fark edilen önemi, aşkını bir söyleme ihtiyaç duymadan hukuksal bir temel üzerinden biçimlendirilebilecektir.

Nitekim **Furtun** da pozitif hukuktan bahsedebilmek için hukukun etkin ve etkili bir düzen hâline gelebilmesi için gerekli olan araçların da öngörülmüş olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu araçlardan ilki bir sistem hâline getirilmiş bir normlar düzeni, ikincisi bu normların işleyebilmesi için sistemin korunması ve denetlenmesi araçları; üçüncüsü ise bu sisteme aykırılığın (tazminat yahut cezalandırma vb.) onarım mekanizmalarıdır. Bu üç unsur, toplumsal bütünü üyeleri, rasyonel insan davranışları ile bütünleşmektedir. **Furtun**, bu çerçevede ele alındığında artık hukukun devlet organlarının bir ürünü olduğunu söylemenin mümkün olduğunu ifade etmektedir.⁴²⁸

Burada dikkat çeken temel unsurlar, her şeyden önce hukuki pozitivizmin bir kanunluluk düşüncesine bağlılığıdır. Bu düşüncenin temelinde sınırları belirli bir düzen inşa etme düşüncesi yatar ki bu “sınırların belirliliği” ihtiyacı, pozitif hukuk düşüncesinin doğal hukuk ve ahlaktan ayrıldığı bir nokta olmaktadır. Pozitif hukuku doğal hukuktan ve ahlaktan ayıran bir diğer nokta da zorlayıcılık düşüncesidir.⁴²⁹

⁴²⁶ CEVİZCİ, Felsefe Sözlüğü, s. 230.

⁴²⁷ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 302.

⁴²⁸ FURTUN, İngiliz Analitik..., s. 29.

⁴²⁹ Barry'nin aktardığına göre Austin için bir emri istek belirten diğer ifadelerden ayıran şey “*isteğe uyulmaması hâinde...muhababının bundan sorumlu olmasıdır*”. Böylece emir, yaptırımla teşhis edilmekte ve yaptırım aracılığıyla egemen tarafından yüklenen bir ödev hâlini almaktadır. Böylece Barry'nin katardığı kadarıyla Austin'in ahlaktan soyutlanmış kanunu da (“*akıl sahibi bir varlığın davranışına yön göstermek üzere onun üzerinde iktidar sahibi olan akıl sahibi bir varlık tarafından*”)

Böylece normun geçerliliği (etkinliği ve etkililiği) sağlanmış olmaktadır. Üçüncü olarak da pozitif hukuk düşüncesinin insan anlayışı kendi çıkarlarının farkında olan rasyonel birey etrafında şekillenir. Buna karşılık doğal hukuk ve ahlak, erdemli-olgun insan söylemi ile belirir. Böylece pozitif hukukun kapsamı belirli ve zorlayıcı kurallarla şekillenen bir düzeni öngördüğü söylenebilir. Devlet tarafından yaratılan ve yürütülen bu düzen içinde eksen kavram kanun olduğuna göre bu kanunu üreten bütün güçlerin hukuk düzeni için vazgeçilmez olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Hukukun kaynağının devlet olduğunu söylemek, toplumu ya da tarihsel bir geçmişi yadsımak anlamına gelmez. Örneğin, hukukun halkın ruhu (*Volksgeist*) ile ortaya çıktığını kabul eden tarihçi hukuk okuluna göre, hukuk halkın vicdanında bir örf-adet hukuku olarak doğar.⁴³⁰ Böylece hukukun son tahlilde toplum tarafından üretildiği ileri sürülmüş olmaktadır. Bugün daha ziyade normun meşruluğu bağlamında ele alınan bu sorun, etkin ve etkili bir hukuk düzeni kurmak için kuralın halk tarafından da benimsenmiş olması ile, diğer bir ifade ile normun haklılığı anlamında meşruluğu ile, yakından ilgilidir. Ancak kuralın meşruluğunun sağlanması için onun millet ile ilişkilendirilmesine yönelik bugün farklı yöntemler de ileri sürülmüştür. Tarihçi hukuk okulundan hukuki pozitivizme kalan hukukun salt bir kanunlaştırma faaliyetinden ibaret olmadığı, bu kanunlaştırma faaliyetinin ancak ilmi ve kazai içtihatlar ile olgunlaştırılabileceği düşüncesidir. Bu düşünce yasama yetkisinin sınırlılığının bir başka ifadesi olarak da algılanabilir.⁴³¹

Pozitif hukuk siyasi açıdan üstün olanların daha alt konumdakiler için koymuş oldukları kurallardır.⁴³² Kural ise bireylere ödev yükleyen bir emirdir. Emir, bir başkası için olumlu ya da olumsuz bir davranış gösteren ve bu davranışa aykırılık hâlinde bir yaptırım öngören bir istektir.⁴³³ Bu isteğin kaynağı Tanrı ise bu kurallar din; toplum ise ahlak ve siyasal toplumdaki egemen güç ise kanun adını alırlar.⁴³⁴ Buna göre pozitif hukuk bir toplum için öngörülen bütün davranış kurallarından

vaz edilen bir kural") "egemenin" hukukunun temelini teşkil etmektedir. **BARRY**, *Modern...*, s. 40 vd.

⁴³⁰ **GÜRİZ**, *Hukuk Felsefesi*, s. 227-236.

⁴³¹ **WHEARE** Kenneth C, *Modern Anayasalar*, Çev.: Mehmet Turhan, Değişim, 2. Bası, Ankara 1985, s. 4.

⁴³² **AUSTIN** John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Jersey tarihsiz, s. 3.

⁴³³ **GÖZLER**, *Hukukun...*, s. 35.

⁴³⁴ **CEVİZCİ**, *Felsefe Sözlüğü*, s. 171-172.

bağımsız siyasal toplumun üyeleri için bir egemen tarafından konulmuş olması bakımından ayrılır.⁴³⁵

Sonuç olarak söylenebilir ki pozitif hukuk, bir egemen irade tarafından yaratılmış olan hukuktur ve sırf egemenin iradesine dayandığı içindir ki kanun, herhangi bir ahlaki ya da sosyolojik değere yahut adalete uygunluğunun test edilmesi gerekli olmadan kanundur.⁴³⁶

c. Keyfî İktidarın Önüne Geçmeyi Mümkün Kılan Hukuki Pozitivizm

Popper ahlaki pozitivizmin, mevcut standartlardan başka standartlar olmayacağına göre mevcut olanın iyi olduğunu öne süren bir öğretiyi olduğunu ifade etmektedir.⁴³⁷ Bu, güçlü olanın, standardı-normu belirleyeceğinin bir ifadesidir. Hukuki pozitivizmi bu bakımdan ahlaki pozitivizm ile kıyaslayan **Gürbüz** de pozitif hukukun son tahlilde güç sahibi bir kanun koyucunun benimsediği kuralları ifade ettiğini söylemektedir.⁴³⁸

Hukuki pozitivizm belli bir zaman ve mekânda geçerli olan kuraldan başka bir kurala itibar etmediği için, bir başka ifadeyle mevcut kuralın test edilebileceği üstün adalete veya ahlaka ilişkin bir değerler dizgesi yahut bir mihenk taşı bulunmadığı için artık statükonun kanuniliğinden kaynaklanan bir adaletin varlığına inanmaktan başka bir alternatif de sunamamaktadır.⁴³⁹ Mevcut kanunların tam ve herkese eşit biçimde uygulanması ile ifade edilen bu şekli adalet düşüncesinin varacağı noktanın da totaliter rejimler olacağı ifade edilmiştir.⁴⁴⁰ Bu noktada sorun, adalete aykırı olan kanunların uygulanmasının önüne geçmek imkânının yokluğudur.⁴⁴¹ Bu sorun “adil olanın zaten kanun ile düzenlenmiş olan” olduğu söylenerek çözümlenemez. En azından Nazi-Almanya’sının tarihsel tecrübesi

⁴³⁵ AUSTIN, Lectures..., s. 5, 116.

⁴³⁶ ATALAY, “Kelsen ve Hart...”, s. 109-113. Burada ifade edilmek istenen şey, kanunun bir egemen iradenin ürünü olması itibarıyla bağlayıcılığa sahip olduğudur. Kanunu gerçek anlamıyla “şekli bir norm” hâline getirecek olan ve kanunun bağlayıcılığını bir üst basamaktaki kurala uygunluk ile test edecek olan Kelsen’dir.

⁴³⁷ POPPER Karl, Açık Toplum ve Düşmanları, C. II, Çev.: Harun Rızatepe, Remzi, 4. Bası, İstanbul 2000, s. 45.

⁴³⁸ GÜRBÜZ, Hukuk ve Meşruluk..., s. 32 vd.

⁴³⁹ AUSTIN, Lectures..., s. 107; TİMUÇİN Afşar, “Hukuk ve Adalet Karşılığı”, HFSA, S. 13, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, ss. 68-71, s. 68, 70.

⁴⁴⁰ FURTUN, İngiliz Analitik..., s. 5-6; KEYMAN, “Hukuki Pozitivizm”, s. 33 vd.

⁴⁴¹ Stammler’den aktaran: GÜRBÜZ, Hukuk ve Meşruluk..., s. 35.

akıllarda tutularak girişilen bir hukuksal pozitivizm eleştirisinde vicdanın yazılı olmayan temel ilkelerini yadsımak imkânı söz konusu olmayacaktır.⁴⁴²

Gürbüz'ün belirttiği gibi hukukun salt kanun koyucunun iradesine indirgenmesi onun dinamik yaşam karşısında statik bir nitelik kazanması sonucunu doğurur ve hukukun barışçıl bir düzen kurmak ve korumak işlevini ortadan kaldırır.⁴⁴³

Hukukun salt kanun koyucunun iradesinden ibaret olmadığını söylemek ve hukuki pozitivizmi yumuşatmak için, kanunların üzerinde geçerli olan bir dizi ilkenin varlığını kabul etmek mümkün olduğu gibi, hukukun üretimindeki kanun koyucu tekelinin yargı organları lehine kırılması da bir çözüm olarak sunulabilir.

Hukuki pozitivizmin sınırları içinde kalınırsa üçüncü bir alternatif daha bulunabilecektir: hukukun üretimini devletin iradesine bağlamak yahut hukuku devlet ile özdeşleştirmek ve hukuk düzenini oluşturan bütün normlar arasında bir bağ kurmak.

Bu sonuncu yolun ulaşacağı nokta anayasa düşüncesi olacaktır. Bütün bir hukuk düzeninin dayandığı bir temel kanun olarak anayasa bir yandan hukuk düzeninin “adalete uygunluğunun mihenk taşı”dır diğer yandan da devletin hukuksallığının yeni ifadesidir. Anayasaya dayanan bir devlet **Rousseau**'dan beri yüceltilen kanunun ortak iyi'yi sağlamakta yegâne araç olmadığının kabulüdür. Anayasaya dayanan bir hukuk düzeni salt demokratik iradenin kamu yararını gerçekleştirmekte yeterli olmadığının bir göstergesidir. İşte hukukun bütün kaynaklarının üzerinde bir anayasanın varlığı ile teşhis edilen hukuk devletinin bu yeni formu anayasal devlet olarak adlandırılmaktadır.⁴⁴⁴

⁴⁴² CAN Osman, “Bir Uygarlık Serüveni ve Anayasal Meşruiyet Tez Denemesi”, HFSA, S. 12, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, ss. 121-130, s. 125-126. Hünler, “Kanuna, yasaya uyma, sadık olma” anlamında adaletin bu anlamını kazanma sürecinin başlangıç noktası olarak On Emir'i işaret etmektedir. Sekülerizasyon sürecinde kanun her türlü aşkın bağdan sıyrılacak ancak bağlayıcı bir değer olarak adaletin ölçüsünü ifade etmeye devam edecektir. HÜNLER Solmaz Zelyut, “Adaletin Muadili Nedir?”, HFSA, S. 9, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, ss. 67-72, s.70-71. Liberalizm ile birlikte adalet bireycilik ve özgürlük gibi hukuk dışı kavramlar bağlamında biçimlenecektir. GÜNDOĞAN Ali Osman, “Hak ve Adalet”, HFSA, S. 9, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, ss. 82-87, s. 84.

⁴⁴³ GÜRBÜZ, Hukuk ve Meşruluk..., s. 35.

⁴⁴⁴ PINO, “The Place of...”, s. 513.

2. Devletin Hukuku ya da Kanun Devleti

a. Hegel'in Işığında Aşkın Devlet Düşüncesine Giriş: Hukuk Devletini Aşkın Devletten Ayıran Nedir?

Hegel (1770 – 1831), **Kant**'tan farklı olarak, aklın mutlak bir bilgi kaynağı olduğunu kabul etmiş gerçekliğin kriterinin akla uygunluk (*Vernuenftig*) olduğunu ifade etmiştir. Felsefesinde diyalektik bir yöntemi takip eden ve “varlık”tan hareket ederek “etik” kavramına ulaşan **Hegel**'in düşüncesinde devlet, etiğe ilişkin bir diyalektiğin sentezidir.⁴⁴⁵

Hegel'de etik, üç alan bağlamında ele alınır. Buna göre ilk alan ailedir. Aile çıkarların aynı yönde olduğu bireyler arasında sevgi, saygı, fedakârlık temelinde birlikte hareket esasına dayanır. Buna göre aile **Hegel**'in tezidir. Buna karşılık bir modern toplum olarak yurttaşlar toplumu⁴⁴⁶ ihtiyaçtan kaynaklanan ve ihtiras ile şekillenen bir ilişkiler ağı olarak birey çıkarlarının karşılıklı olduğu bir alandır. Bireylerin hırs ve rekabet hisleri ile bir çatışma hâlinde oldukları sivil toplum **Hegel**'in antitezidir.⁴⁴⁷ İşte **Hegel**'in *Geist*'in kendini gerçekleştirilmesi olarak ifade ettiği devlet, aile-sivil toplum diyalektiğinin sentezi olarak kendinde ve kendi için (*an und für Sich*) rasyoneldir. Bu anlamda devlet **Hegel**'e göre deneyüstü (transandantal, aşkın) bir olgu olarak kendi amacını kendisinde bulan, kendisi tarafından rasyonelleştirilen birlik olarak varlıkları ve özgürlükleri bir devletin yurttaşı olmaktan kaynaklanan bireyler arasındaki çatışmaları ve bireysel inisiyatifleri bir uyuma dönüştürür.⁴⁴⁸ **Hegel**'in devleti, bireysel olanın bütünsel olanda yetkinleştiği diğer bir ifadeyle özel iradenin genel irade hâline dönüştüğü bir “oluş” sürecidir. **Copleston**'a göre **Hegel**'in felsefesinde bireyseli temsil eden sınırlılık ancak sonsuzluğu temsil eden devletin içinde ve onun sayesinde varlık kazanır. Böylece devlet aynı anda hem “*belirli bir anda yaşayan ve belirli bir sayıdaki vatandaşlara indirgenemez*” hem de devlet “*mensupları içinde ve*

⁴⁴⁵ CASSIRER, Devlet..., s. 254; GÖKBERK, Felsefe Tarihi, s. 386-389; GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 237-245.

⁴⁴⁶ Yurttaşlık toplumu, Gökberk'in belirttiğine göre genel olarak toplumu değil fakat “*ekonomik ilgiler üzerine kurulmuş olan çağdaş 'bourgeois' toplumunu*” ifade eder. HEGEL Georg W. F., Tüze Felsefesi, Çev.: Aziz Yardımlı, İdea, İstanbul 2006, s. 222; GÖKBERK, Felsefe Tarihi, s. 391.

⁴⁴⁷ ÇAHA Ömer, Aşkın Devletten Sivil Topluma, Gendaş, İstanbul 2000, s. 29-32; HAMPSHER-MONK, Modern Siyasal..., s. 543; PETERS R. S., “*Hegel ve Ulus-Devlet*”, içinde: THOMSON David, Siyasi Düşünce Tarihi, Çev.: Ali Yaşar Aydoğan ve diğerleri, Şûle, 3. Bası, İstanbul 2000, ss. 154-168, s. 157-158.

⁴⁴⁸ HEGEL, Tüze Felsefesi, s. 279.

*mensupları vasıtasıyla” vardır.⁴⁴⁹ “Eğer Devlet Yurttaş Toplumu ile karıştırılırsa ve belirlenimi mülkiyetin ve kişisel özgürlüğün güvenliği ve korunması olarak koyulursa, o zaman genel olarak bireylerin çıkarları birleşmelerinin son ereği olur ve bundan Devletin üyesi olmanın keyfi bir şey olduğu sonucu çıkar. -Ama Devletin birey ile ilişkisi bundan bütünüyle başka birşeydir; Devlet nesnel Tin (objektiver Geist) olduğu için, bireyin kendisi nesnellliğini, gerçekliğini ve törelliğini (Sittlichkeit) ancak onun bir üyesi olarak bulur.”⁴⁵⁰ Toplum içinde özgürlük, bireysel isteklerin dışavurumu ile ifade edilen iradenin somutlaştırılması olarak toplumsallığın da temeli olan mülkiyete dayanır. Hak ve mülkiyet kavramlarının bireyin kendisini gerçekleştirmesine yönelik vurgusu ile de **Hegel** aslında hukuk devletine varan liberal düşünce ile aynı noktadan hareket etmiş olmaktadır.⁴⁵¹*

Bir araya gelen insanların iradesine yapmış olduğu vurgu ile Rousseau’cu düşünceye yaklaşan **Hegel**, devleti bu iradelerin birleşmesinden ortaya çıkan ortak nokta olarak görerek bireylerin devletteki birliğini bir sözleşmeye indirgemesi bakımından **Rousseau**’yu eleştirir.⁴⁵² “Çünkü sözleşme teorisi devleti bireysel amaçların gerçekleşmesine yararlı bir araç saymaktadır. Oysa devlet başlı başına yüksek bir amaçtır.”⁴⁵³ Birey de ancak bu amaç içinde kendi varlığını ve ahlaksallığını gerçekleştirebilir.

Bireyin kendisini devlet içinde nasıl mümkün kılacağı sorusunun cevabını **Hegel**, Platoncu çizgiye sarılarak verecektir: Devlet sırf devlet olması bakımından ahlaksallığın bütünü ve özgürlüğün realizasyonudur. İnsanın da bu ahlaksallıktan ve özgürlükten pay alması kendi varlığını devlet içinde eritmesine bağlıdır.⁴⁵⁴ **Cassirer**’e göre **Hegel**’in mutlakçılığı kendinden öncekilerden farklıdır. O yeryüzü devletinde **Augustinus**’un Tanrı devletini görmüştür. Yazar **Hegel**’in devleti övüp yücelttiğini hatta Tanrılaştırdığını kabul etmekte fakat devletin bu şekilde idealize edilmesinin “modern totaliter dizgelere özgü putlaştırma”dan kesin ve açık biçimde farklı olduğunu –nasıl ve ne şekilde sorularını yanıtızsız bırakarak- ileri sürmektedir.

⁴⁴⁹ COPLESTON Frederick C., “George Wilhelm Friedrich Hegel”, Çev.: Nejat Muallimoğlu, içinde: Batı Düşüncesinde Siyaset Felsefeleri, Ed.: Maurice Cranston, MÜİFAV Yay., 2. Bası, İstanbul 2000, ss. 105-113, s. 111-112.

⁴⁵⁰ HEGEL, Tüze Felsefesi, s. 279.

⁴⁵¹ HAMPSHER-MONK, Modern Siyasal..., s. 527 vd.

⁴⁵² HEGEL, Tüze Felsefesi, s. 281.

⁴⁵³ GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, s. 246.

⁴⁵⁴ HEGEL, Tüze Felsefesi, s. 283.

Cassirer'e göre *Hegel* burada da *Platon*'dan bir nüansla ayrılır. Buna göre *Hegel*, tek tek bireylerin bağımsız varlıklar olduklarını kabul etmekte fakat devleti -"tümel tözü"- bireylerin kendi ruhları ve özleri olarak görerek özel bireyselliklerini ona feda ettiklerini ifade etmektedir.⁴⁵⁵ *Popper*'a göre sonuç aynıdır: *Hegel* "Platon ile modern totaliterlik arasında bir halkadır".⁴⁵⁶ *Hampsher-Monk*'un bir tespiti bu noktada çalışmamız için anlamlıdır: "(Ö)zgürlük, İngiltere'de devletin egemenliğine karşı bireyler tarafından hak olarak talep edilen bir şeyken, Almanya'da giderek daha çok devletin kendisinin etkin gücüyle birleştirilmekteydi." Yazar bu özgürlük algısını siyasal şartlar ile ilişkilendirir. Ortak bir kimliğin tanımlanmadığı buna bağlı olarak da ortak bir siyasal kültürün oluşmadığı ve etkin bir merkezî yönetimin kurulamadığı, prenslikler hâlinde örgütlenen toplumun algısında özgürlük ancak etkin bir devlet örgütlenmesi ile ve bir siyasal birlik ile sağlanabilecektir.⁴⁵⁷ Özgürlüklerin sağlanmasının ilk şartı olarak güçlü devlet, hukukla belirlenen bir düzeni ifade eder. *Copleston* da *Hegel* felsefesinin bir özgürlük felsefesi olduğunu ifade eder; hatta kendisi de *Hegel*'in düşüncesini liberal kuramın kavramlarını kullanarak açıklar. Buna karşılık *Hegel*'in "insanın ahlaki tabiatının ve kendisini tatmin edebilmesi(nin)" bir toplum hayatı içinde mümkün olabileceğine ve bireyin gerçek iradesinin ancak Rousseaucu anlamda genel irade ile özdeş olabileceğine ilişkin görüşlerinin totaliter sonuçlara gebe olduğunu da ayrıca belirtmektedir.⁴⁵⁸ *Hegel*'in kuramı bir yurttaşlık ve kamusal bilinci yaratmak konusunda elverişli bir kuramdır. Yurttaşlık ve bireyin bir toplum içinde yaşadığına ve bu topluma karşı hakları olduğu kadar ödevleri de olduğuna ilişkin kamusal bilinci bir hukuk devletinin temel koşulu olan "modern toplumun" temel niteliğidir. Nitekim *Peters*, *Hegel* felsefesinin İngiltere'de de kabul gördüğünü fakat İngilizlerin devletin ve monarşinin kutsanması aşırılığına kaçmadığını ifade etmektedir. *Cassirer* ve *Copleston* gibi *Peters* de *Hegel*'in felsefesinin bir özgürlük felsefesi olduğunu ve bireyin kendi varlığını ancak bir toplum içinde gerçekleştirmesinin mümkün olduğunu kabul etmekte fakat bu sistemin totalitarizme açmış olduğu kapıyı

⁴⁵⁵ CASSIRER, Devlet..., s. 255, 266, 278.

⁴⁵⁶ POPPER, Açık Toplum..., C. II, s. 37, 60.

⁴⁵⁷ HAMPSHER-MONK, Modern Siyasal Düşünce Tarihi, s. 506-508.

⁴⁵⁸ COPLESTON, "George Wilhelm...", s. 106-109.

eleştirmektedir. Nitekim “Naziler(’e)...felsefi bir zemin hazırlayan şey, Hegel’in özgürlük öğretisi(dir).”⁴⁵⁹

Hampsher-Monk, faşizm ve totaliter devlet ile ilişkilendirilmiş olmasına karşın **Hegel**’in devlet anlayışının çoğulculuğun ve farklılıkların vurgulandığı bir yaklaşıma sahip olduğunu da ifade etmektedir. Bu çoğulcu yaklaşım iktidarın farklı ellere verilmesi anlamında bir erkler ayrılığı kuramını da içerir.⁴⁶⁰ **Hegel**’e göre “Devletin güçlerinin zorunlu bölünüşü...eğer gerçek anlamı içinde alınacak olursa...kamu özgürlüğünün güvencesi olarak görülebilir.”⁴⁶¹ Erkler ayrılığının gerçek anlamı **Hegel**’e göre 1787 Amerikan Anayasasında gözlemlenen erklerin sert biçimde birbirinden ayrılması değildir. Erklerin birbirlerinden sert biçimde ayrılması, yazarın ifadesiyle “güçlerin birbirlerine karşı saltık (mutlak) bağımsızlığı”, erkleri birbirlerine karşı düşmanca bir tavra sevk eder. Böylece devlet erklerinden her biri diğerleri karşısında mutlak bir kötülük karşındaymış gibi davranır ve böylece devlet erkleri nihai amaçları olan ‘müreffeh bir birlik sağlamak’tan uzaklaşırlar. **Hegel**, “politik devlet’in tözsel ayrımları”nı şu şekilde sıralar: evrensel olanı belirleme ve saptama, yasama gücü; tikel alanların ve tekil durumların evrenselin altına alınması, yürütme gücü; en son kararı verecek irade olarak bütünü, anayasal monarşinin zirvesi ve başlangıcı, prenslik gücü. Karşılıklı olarak birbirlerinin fonksiyonlarına müdahale edebilecek “anayasal” yetkilerle donatılmış olan bu iktidarların varlık amaçlarını gerçekleştirmeleri, özgürlüğü somutlaştırmaları, bireylerin birbirlerine nasıl davranacaklarına ve birbirlerini nasıl etkileyeceklerine dair siyasal yaşamla sınırlı olmayan, benzer beklentileri paylaşan bir halkın varlığını kabul etmeyi zorunlu kılar.⁴⁶²

Bezci’ye göre modern devletin XVI. – XVIII. yüzyıllardaki gelişiminin bir sentezi olarak **Hegel**’in devlet kuramının eleştirisel ifadesi hukuk devletidir. XX. yüzyılda benzer bir ifade **Schmitt** için de kullanılabilir.⁴⁶³

⁴⁵⁹ PETERS, “Hegel...”, s.157-160, 162-163.

⁴⁶⁰ HAMPSHER-MONK, Modern Siyasal Düşünce Tarihi, s. 566 vd.

⁴⁶¹ HEGEL, Tüze Felsefesi, s. 313-314.

⁴⁶² HEGEL, Tüze Felsefesi, s. 314-316, 321 vd.; HAMPSHER-MONK, Modern Siyasal..., s. 566-578.

⁴⁶³ BEZCİ Bünyamin, Carl Schmitt’in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası, Paradigma, İstanbul 2006, s. 22.

b. Carl Schmitt'in Politik Felsefesinde Devletin Hukuku

“Kimileri için Carl Schmitt ‘kamu hukukunun ve devlet felsefesinin büyük şahsiyeti’ iken kimilerine göre o, Almanya’nın Nazi döneminde görev aldığı ve bu dönemin gözde hukukçularından biri sayıldığı için cani bir oportünistti.”⁴⁶⁴ **Sarıbay**’a göre bu yaklaşım içinde **Schmitt**’in (1888 – 1985) ideolojik bir okuması yapılarak hem liberal düşüncenin eleştirisine girişmek hem de olumsuz bir bakış açısıyla liberal düşünceye olan “*imanı bir kez daha tazelemek*” mümkündür.⁴⁶⁵ Ancak ideolojik yaklaşımlar terk edilerek **Kalyvas**’ın ifadesiyle “*taze bir bakış açısıyla*”⁴⁶⁶ okunduğunda **Schmitt**’in egemenlik, devlet, iktidar ve hukuk üzerindeki tartışmalara anlamlı katkılar yapacak bir kuram ortaya koyduğu da görülecektir. Bu bağlamda aşağıda **Schmitt**’in hukuk devletine yüklediği anlam ve bu doğrultuda yazarın ‘liberal’ hukuk devletine yönelik eleştirileri ele alınacaktır. Bundan başka **Schmitt**’in parlamentarizm eleştirisi bugün hukuk devletini anlamlandıran bir tartışma ile de paraleldir. Bu açıdan yazar, XXI. yüzyılın hukuk devleti ile belli noktalarda örtüşmektedir. Bu örtüşmenin hukuk devletinin Schmittçi hukuk devletinden, daha yerinde bir kavramsallaştırma ile güç devletinden, etkilenmiş olmasına bağlanması da mümkündür.

Güç devleti (*Machtstaat*) **Schmitt**’in kuramsallaştırdığı devleti deyimler. Güç devleti ve güçlü devlet, tabiaten kötü olan bireyin ve bireylerden oluşan kötücül toplumun güçlü ve otoriter bir devlet tarafından dizginlenmesi gereğine dayanır. Pratikte güç devleti (*Machtstaat*) Almanya’da hukuk devletinin (*Rechtsstaat*) anti-tezi olarak polis devletini (*Polizeistaat*) ifade eder.⁴⁶⁷ Bu devlet, siyasal birliğin organizasyonudur. Kelimenin gerçek anlamıyla siyasal açıdan ‘bir’ olmayı ifade eden bu siyasal birlik **Schmitt** tarafından “siyasal olan” kavramında temellendirilmiştir. Siyasal olan, bir amaç etrafında bir araya gelen bireylerden oluşan bütündür. **Çelebi**’ye göre bu bütün, toplumsal çıkar çatışmalarını aşmış ve

⁴⁶⁴ **RÜTHERS** Bernd, “20’nci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt”, Çev.: Hüseyin Özcan/Muaz Şeker, KHUKA, Eylül 2006, ss. 135-145, s. 135.

⁴⁶⁵ **SARIBAY** Ali Yaşar, Önsöz, içinde: **BEZCİ** Bünyamin, Carl Schmitt’in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafası, Paradigma, İstanbul 2006, s. XI-XII.

⁴⁶⁶ **KALYVAS** Andreas, “Who’s Afraid of Carl Schmitt?”, Philosophy & Social Criticism, Vol.: 25, No: 5, 1999, ss. 87-125, s. 88.

⁴⁶⁷ **BEZCİ**, Carl Schmitt’in..., s. 23, 119.

devlet etrafında bütünleşmiş bir ulusu ifade eder.⁴⁶⁸ Siyasal kavramını kuramının merkezine yerleştiren **Schmitt**'in temel kaygısı liberal demokrasinin modern devleti tasfiye ettiği düşüncesidir. *Siyasal Kavramı*'nın önsözünde yazar bu kaygıyı şu şekilde dile getirmektedir: “Devlet çağı artık sona eriyor...Siyasal birliğin modeli, en hayret verici tekelin, yani karar verme tekelinin sahibi devlet, Avrupa tarzının ve batı rasyonalizminin bu ihtişamlı örneği artık tahtından indiriliyor.”⁴⁶⁹ **Schmitt**'i modern devletin XX. yüzyıldaki son savunucusu ve XX. yüzyılın **Hobbes**'u olarak nitelendiren **Bezci**'nin aktardığına göre siyasal olan, iki varsayım üzerinde yükselir: Toplumda birbiri ile rekabet hâlinde olan gruplar mevcuttur; söz konusu grupların temel amacı homojen birlikler kurmaktır.⁴⁷⁰

Schmitt'e göre siyasal kavramı devlet kavramından önce gelir. Siyasal kavramının net bir tanımını yapmak kolay değildir. **Schmitt** de “siyasal olan”ın ne olmadığını detaylı biçimde açıkladıktan sonra iki temel özelliğini belirtmektedir. Buna göre siyasal olan, gündelik siyaset kavramına ilişkin olanı ifade etmez. Aynı şekilde genellikle devlete ilişkin olan ile özdeşleştirilen siyasal olan, sadece devlete ilişkin olan da değildir. Yine siyasal olan, dinsel, kültürel, ekonomik, hukuksal, bilimsel gibi kategorik bir kavram olmadığı gibi bu anılan kavramların karşıtı da değildir. Siyasal olan, kendi özgül bağlamında ve kendi özgül ayrımları ile anlaşılabilir. Bu açıdan siyasal olan, izaha muhtaç bir dost-düşman dikotomisiyle teşhis edilir.⁴⁷¹

Dost-düşman kavramları bir mecaz ya da simge değildir. Aynı şekilde kavramlar ekonomik, ahlaki, psikolojik tasavvurlar ile ya da kişisel duygu ve eğilimlerle değil somut ve varoluşsal anlamları ile kavranmalıdır. Buna göre düşman bir rakip veya bir hasım değil ancak “...gerçek bir olasılık olarak, insanlardan oluşan bir bütün karşısında mücadele eden benzer...(kamusal nitelikte)... bir bütündür.”⁴⁷² Dost kavramı düşmana göre daha nettir. Kendi içindeki mücadelelerin (silahlı) bir çatışmaya varmadığı, sıradan polisiye tedbirlerle çözümlenebildiği;

⁴⁶⁸ **ÇELEBİ** Aykut, “‘Siyaset Kaderimizdir’: Carl Schmitt ve ‘Siyasal Kavramı’”, içinde: **SCHMITT** Carl, *Siyasal Kavramı*, Çev.: Ece Göztepe, Metis, İstanbul 2006, s. 13.

⁴⁶⁹ **SCHMITT**, *Siyasal Kavramı*, s. 30.

⁴⁷⁰ **BEZCİ**, Carl Schmitt'in..., s. 2, 4, 34..

⁴⁷¹ **DEVECİ** Cem, “Faşizmin Yorumlanması ya da Carl Schmitt'in Saf Siyaset Kuramı”, içinde: *Liberalizm, Devlet, Hegemonya*, Der.: E. Fuat Keyman, Everest, İstanbul 2002, ss. 32-87, s. 63; **SCHMITT**, *Siyasal Kavramı*, s. 39-47.

⁴⁷² **SCHMITT**, *Siyasal Kavramı*, s. 48-49.

birlikte bir bütün oluşturan homojen insan topluluğu. Bu “dost”luk düşmanı tanımlamak için işlevseldir veya belki de tam tersi; **Bezci**’nin aktardığı kadarıyla **Strauss**’a göre **Schmitt** şöyle der gibidir: “*Her insan topluluğu dostlardan oluşur. Ama o dostlar zaten bir düşmana sahip oldukları için dost olmuşlardır.*”⁴⁷³

Düşman kavramı, gerçek bir mücadele olasılığını gerektirir. Bu mücadele örgütlü birimler arasında silahlı bir mücadele olarak bir iç savaş ya da uluslararası anlamıyla savaş şeklinde ortaya çıkabilir. Hemen belirtilmelidir ki savaş, bir olay olarak gerçekleşmek zorunda olan, istenen ya da ideal bir şey değil fakat her an ortaya çıkabilecek bir olasılıktır.⁴⁷⁴ Böylece görülmektedir ki **Schmitt** ne siyasal varoluşu kanlı bir savaşa bağlamakta, ne siyasal birliği emperyalist ya da pasifist bir yaklaşıma mecbur etmekte ne de diğer halklar ile ittifakların ya da bir tarafsızlık statüsünün önüne geçmektedir. Sadece siyasal olanın ancak ve ancak aralarında her an bir çatışmanın yaşanacağı iki homojen grubun varlığı ile anlam kazanacağını ifade etmektedir. Buna göre “*Herhangi bir dinsel, ahlaki, ekonomik, etnik ya da başka bir karşıtlık, insanları dost ve düşman olmak üzere etkili biçimde ayırmayı başaracak denli güçlü ise, politik bir karşıtlığa dönüşür.*” Böylece siyasal olan, bir dost-düşman ayırımında belirlenir derken herhangi bir birimin “siyasal birlik” olarak kabul edilmesinin onun bir başka birimi düşman ilan etmek kabiliyetine sahip olması gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Bu “belirleyicilik” yetkisi ise **Schmitt**’in ifadesi ile ancak bir kriz anında ortaya çıkar. Bu “*kriz anına odaklanmış bir gruplaşma daima tayin edici insani bir gruplaşma, yani siyasal birliktir.*”⁴⁷⁵ İşte olağanüstü hâle karar veren egemen⁴⁷⁶, bu siyasal birliktir. Siyasal birlik ya da egemenin ilk ayırt edici özelliği onun dost-düşman tespiti konusundaki “karar”ı vermek kudretidir. İkincisi ise egemenin düşman ile mücadele etmek konusunda vermiş olduğu “karar”dır. Burada mücadelenin hangi araç ve usullerle yürütüleceği yahut başarıya ulaşıp ulaşılmayacağı gibi konular önem taşımaz. Söz konusu olan, siyasal birliğin, verili bir düşman karşısında mücadeleye hazır olmasıdır.⁴⁷⁷

⁴⁷³ **BEZCİ**, Carl Schmitt’in..., s. 46.

⁴⁷⁴ **BURNS** Edward McNall, Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950, Çev.: Alâeddin Şenel, Birey ve Toplum Yay., 2. Bası, Ankara 1984, s. 221-222.

⁴⁷⁵ **SCHMITT**, Siyasal Kavramı, s. 53-59.

⁴⁷⁶ **SCHMITT** Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost, 2. Bası, Ankara 2005, s. 13.

⁴⁷⁷ **SCHMITT**, Siyasal Kavramı, s. 64-65.

Schmitt'e göre siyasal birlik bir önderin şahsında somutlaşır. Bir başka ifadeyle önder, devletin ve halkın şahsında somutlaştığı ve temsil edildiği kişidir. *Rüthers*'in aktardığına göre “Önder tehlike anında önderliğine dayanarak ‘en yüksek yargıç’ olarak hukuku uygular, hukuku en vahim istismarlardan korur.”⁴⁷⁸ Önder, olağanüstü hâlin (istisnanın) ne olduğuna karar vermek ve olağanüstü hâlde de her türlü hukuksal bağdan sıyrılarak durumun gereğini yapmak yetkisine sahiptir. *Schmitt* halkın temsilini önderde görür. Önder, doğrudan halka dayanan ve onunla özdeş olabilecek tek yöneticidir ve meşruluğunu da bu özdeşlikten alır. Önderin halkı temsili, bir “yerine geçme”den daha fazla olarak “vücuda getirme” şeklinde gerçekleşir. *Schmitt* önder-halk arasındaki bu özdeşlik ilişkisini *Siyasi İlahiyat*'ın temel önermesine uygun biçimde yine dinsel kavramlar üzerinden açıklar. Buna göre söz konusu olan bir *corpus mysticum*⁴⁷⁹ ilişkisidir. Önderin halkın aşkın varlığının yansıması olarak tarif edilmesi onu Tanrı'nın yeryüzündeki yansımasına dönüştürür. “Halkın Führer’de gerçekleşen aşkın tözelliği, ekmek ve şarabın kendi ‘tözel gerçekliğinde’ İsa’nın eti ve kanı olması gibidir.” Böylece Schmittçi devlet, Rousseaucu anlamda demokrasinin Hobbesçu anlamda bir temsille birleşmesi olarak ortaya çıkar.⁴⁸⁰

Önder “yöneten ve yönetilenin özdeşliği üzerinden demokratik...Tanrının/halkın temsili üzerinden” meşrudur. Buna karşılık önder parlamentonun yerini işgal etmez fakat gerektiğinde parlamentoyu ikame eder.⁴⁸¹ Bu gereklilik bir kriz anı ile yahut istisna kavramı ile veya olağanüstü hâl ile ifade edilir. Olağanüstü hâl veya istisna *Schmitt*'in devlet ve egemenlik kuramının anahtar kavramlarıdır. *Deveci*'nin *Cristi*'den aktardığına göre olağanüstü hâl kuramı *Schmitt*'in egemenliğin içeriği ve kullanılmasına ilişkin geleneksel bir ayrımın modern devlete uygulanmasından ibarettir. Buna göre egemenliğin kullanılması hukuki olarak düzenlenmiş olması bakımından sınırlıdır. Buna karşılık “egemenliğin muktadirliğine ilişkin olan içeriği sınırsızdır ve istisnai durumlarda ortaya çıkmayı

⁴⁷⁸ RÜTHERS, “20’nci Yüzyılın...”, s. 138.

⁴⁷⁹ *Corpus Mysticum* Hz. İsa’nın bir insan olarak gerçek, cismani vücudunu (*corpus verum*) değil fakat bir ide olarak Kilise’yi, geçmiş ve gelecekteki bütün inananları kapsayan ruhani vücududur. Böylece Kilise, Hz. İsa’yı, bütün Hristiyanları ve bir kilise bürokrasisini kapsayan bir “bütün” olarak belirlemiştir. Bezcı’nın göndermesiyle ERÖZDEN Ozan, Ulus-Devlet, XII Levha, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 45.

⁴⁸⁰ BEZCİ, Carl Schmitt’in..., s. 66-67, 71.

⁴⁸¹ BEZCİ, Carl Schmitt’in..., s. 77.

*beklerken gizil bir durumda saklıdır.*⁴⁸² **Schmitt**, egemenin olağanüstü hâle karar vermekle teşhis edileceğini ifade ederken istisnai hâllerin otoritenin kendisini en açık biçimde gösterdiği hâller olduğunu vurgulamış olmaktadır. Böylece egemenlik gerçek anlamını “istisnada” bulur. **Schmitt**’e göre normal durumdan daha ilginç olan istisna kuraldan daha önemli olabilir; çünkü istisna yalnızca kuralı kanıtlamakla kalmaz, kural yalnızca istisna sayesinde yaşar.⁴⁸³ Egemen, olağanüstü hâlde kural dışına çıkabilir. Olağanüstü hâli ortadan kaldırmak konusunda egemenin sahip olduğu mutlak yetki ve hak devletin kendiliğinden meşru olmasının bir sonucudur.

Schmitt, kullanmış olduğu olağanüstü hâl kavramının anayasa ve idare hukuku anlamında bir olağanüstü hâli veya sıkıyönetimi ifade etmediğini, kavramı daha geniş bir bağlamda devlet kuramının genel bir kavramı olarak kullandığını açıkça ifade etmiştir. Olağanüstü hâli egemenin ayırt edici vasfı kılan şey, olağanüstü hâlin ne olduğuna ilişkin verilen karardır. Bu, kelimenin gerçek anlamıyla bir “Karar”dır. “Çünkü olağan durumda geçerli olan bir hukuk kuralında olduğu gibi, genel bir norm, mutlak bir istisnayı hiçbir zaman içeremez ve bu nedenle gerçek bir olağanüstü halin var olduğuna ilişkin karara kusursuz bir temel oluşturamaz.”⁴⁸⁴

Egemenin bu hukuk üstü konumu **Schmitt**’e göre onu hukuka aykırı kılmaz. Daha doğrusu olağanüstü hâle karar veren ve bu hâlde kamusal çıkarı, kamu güvenliği ve düzenini tespit ederek gerekli önlemleri alan egemenin hukuk tarafından öngörölmüş bir varlığı ve davranış kalıbı yoktur. Bu nedenle **Schmitt**’e göre olağanüstü hâlde hukuk devleti anlayışına uygun bir yetkiye yer yoktur. “Anayasa böyle bir durumda, olsa olsa kimin müdahaleye yetkili olduğunu belirtebilir.” Yazara göre anayasacılığın bir gereği ve frenler ve dengeler sisteminin bir sonucu olarak olağanüstü hâlde ortaya konulacak irade herhangi bir denetime tâbi olmasaydı ve farklı organlar arasında paylaşılmasaydı egemenin kim olduğu daha açık biçimde ortaya konulabilirdi. **Schmitt**, modern anayasal gelişimin bu açıdan egemeni bütünüyle bertaraf etmeye eğilimli olduğunu belirtmektedir. “Ancak ekstrem olağanüstü halin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı hukuksal bir sorun değildir. Bunun gerçekten bertaraf edilebileceğine güvenmek ve bunu ümit etmek, metafizik veya felsefi –özellikle tarih felsefesiyle ilgili- inançlara bağlıdır.” Görüldüğü gibi,

⁴⁸² Aktaran: DEVECİ, “Faşizmin Yorumlanması...”, s. 68.

⁴⁸³ SCHMITT, Siyasi İlahiyat..., s. 22.

⁴⁸⁴ SCHMITT, Siyasi İlahiyat..., s. 13-14.

olağanüstü hâlin ne olduğuna karar vermek ve bu hâlde alınacak tedbirlerin –ki buna anayasal düzenin askıya alınması da dahildir- ne olduğuna karar vermek, **Schmitt**'e göre bir hukuka aykırılık değil ve fakat hukuka üstünlüğe ilişkin bir meseledir.⁴⁸⁵ **Bezci**'nin norma ve normal olana ilişkin **Schmitt**'ten aktardıkları olağan-olağanüstü ilişkisinde hukukun yerini göstermektedir. Buna göre tanımı gereği normal bir durumun varlığını gerektiren norm, normal olmayan bir durumda geçerli değildir.⁴⁸⁶

Rüthers'in olağanüstü hâlin ne olduğuna ve bu hâlin ortadan kaldırılmasına ilişkin tedbirlere ilişkin olarak yapmış olduğu iki tespit yerindedir. İlk olarak **Schmitt**'in olağanüstü hâl formülasyonu olağanüstü hâli dolaylı olarak mutlak bir hukuksuzluk hâline dönüşmüştür. İkinci olarak, **Schmitt**'in olağanüstü hâle ilişkin tezlerini *Siyasi İlahiyat*'ta ele alması bir tesadüf değildir. “Çünkü **Schmitt**'in anlayışına göre zaten devlet kuramının temel kavramları din biliminden türetilmiştir. Egemenlik kavramı, mesela, tanrının mutlak kudretinin devlete devredildiği düşüncesini yansıtmaktadır. Devlet hukukta da söz sahibi olduğunda, egemenlik, o zaman bağımsız bir devletin mutlak kudreti olur.”⁴⁸⁷

Egemenin hukuk ile olan ilişkisi, onun hukukun ne olduğu kararını verebilen bir kimse olmasıdır. Bu açıdan devlet, hukukun bir örgütü değil, onu oluşturan halkın siyasal statüsüdür.⁴⁸⁸ Bu statüyü ise halkı-devleti temsilen önder tespit eder. Özetle hukuk önderin kararından başka bir şey değildir. Devletin kendi kendisinin meşruluğunu sağlayan bir örgüt olması, varlığını “birey” ekseninde şekillendirmemesi hak-devlet ilişkisinde hakkı sonuç ve devleti de sebep hâline getirmektedir. Böylece birey, Platoncu çizgiye uygun olarak devlet içinde hak sahibi bir varlık hâline gelmektedir.⁴⁸⁹

Devletin birey karşısında öncelenmesi Schmittçi devletin anayasasının da kendi özgül bağlamında okunmasını gerektirir. Bu bağlam anayasacılığın geleneklerinin bütünüyle dışındadır. **Bezci**'nin aktardığına göre politik birlik somut hâlini karar olarak anayasa kavramında bulmaktadır.⁴⁹⁰ Bu yaklaşım anayasanın politik birliği sınırlandıran ve çerçeveleyen bir metin olduğu anlamına gelmediği

⁴⁸⁵ SCHMITT, *Siyasi İlahiyat...*, s. 14-19.

⁴⁸⁶ BEZCİ, *Carl Schmitt'in...*, s. 59.

⁴⁸⁷ RÜTHERS, “*20'nci Yüzyılın...*”, s. 138.

⁴⁸⁸ SCHMITT, *Siyasal Kavramı*, s. 39.

⁴⁸⁹ BEZCİ, *Carl Schmitt'in...*, s. 81-83.

⁴⁹⁰ BEZCİ Bünyamin, “*Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*”, *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar*, Y. 44, S. 508, 2007, ss. 5-13, s. 7-9.

gibi, politik birliğin organik ve işlevsel olarak varlığını da anayasaya bağlamaz. Nihayet bu yaklaşıma göre anayasa, bireysel hakların deklarasyonu da değildir. Aksine anayasa ile birlikte zaten var olan politik birlik normatif bir hâl almış olmakta, hak ve özgürlükler bu anayasa ile birlikte anlam ve varlık kazanmaktadır. Bu, siyasal kavramının anayasaya (ve dolayısıyla da subjektif ve objektif hukuka) öncel bir kavram olmasından kaynaklanır.⁴⁹¹

Schmitt'e göre “devlet” salt var olması bakımından bir değere sahiptir. **Schmitt** *Siyasi İlahiyat*'ta **De Maistre**'nin egemenliği “karar” ile özdeşleştiren görüşlerine atıfla devletin ve kilisenin kendiliğinden meşru olmasını vermiş oldukları kararın “temyiz edilememesi”ne bağlamaktadır. Böylece kurulu hükümet kendiliğinden iyi olmakta, meşruluğunu da kararlarının daha yüksek bir merciin tetkikine tâbi bulunmamasından almaktadır.⁴⁹²

Anlaşıldığı gibi Kilise, **Schmitt**'in devlet kuramı için düşünsel ve örgütsel bir model teşkil etmektedir. **Rüthers**'e göre **Carl Schmitt** Katolik kilisesinin bir devlet kuramına öncülük edebilecek biçimsel mükemmelliğe ulaşmış otokratik yapısına hayrandır.⁴⁹³ Gerçekten bu yaklaşım *Roma Katolikliği ve Politik Form*'un daha ilk satırlarında göze çarpar.⁴⁹⁴ “*Modern devlet kuramının bütün önemli kavramları(nın) dünyevileştirilmiş ilahiyat kavramları*”⁴⁹⁵ olduğunu ileri süren **Schmitt** bu görüşüyle de “devlete model olan kilise” argümanını pekiştirmektedir. Bu bağlamda kadir-i mutlak Tanrı, her şeye kadir kanun koyucuya dönüşmüştür. Yine aynı şekilde olağanüstü hâlin içinde taşıdığı anlam ile mucize kavramına mündemiç anlam paraleldir.⁴⁹⁶

Schmitt'in devlet kuramına ilişkin buraya kadarki açıklamalardan da açıkça görülmektedir ki **Schmitt**'in kuramından bir hukuk devleti çıkartmak mümkün değildir. **Schmitt** açıkça bir anti-liberaldir ve bir sınırlı iktidar kuramı olarak hukuk devletine bütünüyle karşıdır.⁴⁹⁷ Buna karşılık, **Schmitt**'in kendi bakış açısından

⁴⁹¹ BEZCİ, Carl Schmitt'in..., s. 55.

⁴⁹² SCHMITT, Siyasi İlahiyat..., s. 59.

⁴⁹³ RÜTHERS, “20'nci Yüzyılın...”, s. 135.

⁴⁹⁴ SCHMITT Carl, Roma Katolikliği ve Politik Form, Çev.: Gültekin Yıldız, Paradigma, İstanbul 2009, s. 4.

⁴⁹⁵ SCHMITT, Siyasi İlahiyat..., s. 41.

⁴⁹⁶ SCHMITT, Siyasi İlahiyat..., s. 41-42.

⁴⁹⁷ DEVECİ, “Faşizmin Yorumlanması...”, s. 45-52; RÜTHERS, “20'nci Yüzyılın...”, s. 136.

kurgulamış olduğu bir hukuk devletinden bahsedilebilir.⁴⁹⁸ *Schmitt, Kelsen*'in saf hukuk kuramının karşısına *Deveci*'nin deyimi ile “saf siyasal kuramı” ile çıkmaktadır. Buna göre hukuksal olan ancak saf siyasal olanın içinde mümkündür. Yazara göre bu son tahlilde siyasal olanın kanuniliğe indirgenemeyeceğinin ifadesidir. Buna karşılık devlet için bir anayasallık çerçevesi çizmek mümkündür.⁴⁹⁹

Schmitt'e göre devletin görevi huzur, barış ve düzenin sağlanmasıdır⁵⁰⁰; devletin barışçıl düzeni sağlama aracı da hukuktur. Hukuk devletinin amacı da barışçıl bir toplumsal düzendir. Hukuk devleti gibi güç devleti de genel olarak hukuk, daha spesifik bir kavram olarak “kanun” kavramına atıf yapar. Ancak kanundan ne anlaşılması gerektiği konusunda siyasal liberalizm ile mutlakıyetçi görüşler arasında radikal bir farklılık vardır: Bu da siyasal liberalizmin kanun anlayışının genel, soyut ve sürekli kurala; fakat mutlakçı düşüncenin kanun anlayışının somut ve olaya uygun, hâl ve icabın gereklerinden kaynaklanan, hakkaniyete uygun emre atıf yapmasıdır.⁵⁰¹ Devlet saf bir güç organizasyonu olarak değil fakat aynı zamanda hukuksal olanı ve olmayanı da kapsayan; bir yönü ile hukuku yaratan fakat diğer yönü ile de bu hukukun hizmetkârı olan bir kurumdur.⁵⁰²

Hukuk devleti, barışçıl toplumsal düzene iktidarı sınırlamak suretiyle ulaşmak bakımından güç devletinden ayrılır. *Schmitt*'in hukuk devleti anlayışı, devletin ve siyasi iktidarın değil fakat toplumun düzenlendiği bir hukuk düşüncesine dayanır. *Bezci*'nin tespitlerine göre “*Hukuki devlet ile politik olanı bir arada düşünen C. Schmitt, hukuki pozitivizmin sınırlarına hapsedilmeyen, ama kararcılığın nihilizminde de kaybolmayan bir hukuk anlayışından vazgeçmek zorunda kalmadan, politik olanı öne çıkartmaktadır. C. Schmitt'e göre Devlet, meşruiyetini bir adalet küresine uygun davranmasından dolayı kazanmaz. Devlet, hukuku yarattığı için devlettir. Devlet, hukukun egemenliği ile değil, egemenin iradesinin hukuk kılınmasıyla vardır. Soyut ve normatif olana karşı Devlet, somut ve varoluşsal olandır.*”⁵⁰³ Buna karşılık hukuk devleti de, hukuk ile düzenlenen bir toplumun

⁴⁹⁸ **BEZCİ**, Carl Schmitt'in..., s. 91.

⁴⁹⁹ **DEVECİ**, “Faşizmin Yorumlanması...”, s. 58-59, 78.

⁵⁰⁰ **SCHMITT**, Siyasal Kavramı, s. 65.

⁵⁰¹ **SCHMITT** Carl, Parlamenter Demokrasinin Krizi, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost, Ankara 2006, s. 64 vd.

⁵⁰² **BEZCİ**, “Modern Türkiye'de...”, s. 6.

⁵⁰³ **BEZCİ**, Carl Schmitt'in..., s. 185.

varlığını gerektirir. Bireylerin hukuka bağlı olması ve bireylerin hukukla bağlı olduklarını kabullenmeleri güç devleti ile hukuk devletinin ortak yönüdür.

Bu açıdan hukuk devleti de bireyin kamusal davranışlarını düzenlemesi bakımından en az **Schmitt**'in devleti kadar “totaliter”dir. **Schmitt**, hukuk devletinin kamusal alana ilişkin bu müdahaleciliğinin farkındadır. Devletin her alana yönelik bu “Tanrısal totalitarizmi” kimi zaman onun somut bir kararla “jürişprüdans”ın çözümleyemediği bir tartışmayı sonuçlandırması ile kimi zaman da hayatın her alanında yürütme yahut idare yahut yasama şeklinde insanların karşısına çıkması ile somutlaşır.⁵⁰⁴

Hukuk devleti toplum üzerinde hukuk düzeninin etkinliğini sağlamak için devletin zorlayıcı gücüne ihtiyaç duyar. Güçlü devlet, *Machtstaat* ile *Rechtsstaat*'ın ortak yanısıdır.⁵⁰⁵ Hukuk devleti verili bir düzen fikri üzerine inşa edilmiştir. Ancak hukuk devleti, bu verili düzeni hukuksal ve barışçıl yöntemler kullanarak inşa etmiş değildir. Hukuk devleti ile ifade edilen ‘burjuva anayasal devleti’nin ortaya çıkışı da yoğun bir güç kullanımının ve kanlı çatışmaların sonucudur. Bu açıdan hukuk devleti de güç devleti de bir “güç”ün varlığını gerektirir. Bir kere siyasal düzen kurulduktan sonra hukuk devletinin iddiası mevcut gücün sürdürülebilirliğinin sınırlandırılabilirliğinde yattığıdır. Buna karşılık **Poggi**, hukuk devletinin de “*meşru şiddet tekelini güçlendir(diğini)*” ve “*şiddeti teknik olarak daha karmaşık ve korkutucu kıl(diğini)*” vurgulamaktadır.⁵⁰⁶ Schmittçi devletin sürdürülebilirliği ise etkinliğine dayanmaktadır.

Schmitt'in kuramının temel kavramlarından biri olan “siyasal” kavramı, kendi içinde homojen olan bir toplumsal düzeni ve rakip kabul etmeyen bir iktidarı gerektirir.⁵⁰⁷ Hukuk devleti, devlet iktidarını farklı ellere dağıtarak ve çoğulcu bir yöntemle devlet iktidarı karşısında farklı iktidar odakları yaratarak (örneğin: sivil toplum) siyasal iktidarı sınırlandırır. Bu açıdan **Schmitt**, hukuk devletinin ve liberalizmin, bireycilik, sivil toplum, erkler ayrılığı, çoğulculuk gibi bir dizi ilke ile devleti tasfiye etmekte olduğunu ifade etmektedir.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ **SCHMITT**, *Siyasi İlahiyat...*, s. 43.

⁵⁰⁵ **SCHMITT**, *Siyasal Kavramı*, s. 87; ayrıca bkz. **SCHMITT**, *Siyasi İlahiyat...*, s. 28.

⁵⁰⁶ **POGGI** Gianfranco, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2. Bası, İstanbul 2002, s. 129-131.

⁵⁰⁷ **BEZCİ**, *Carl Schmitt'in...*, s. 37.

⁵⁰⁸ **SCHMITT**, *Siyasal Kavramı*, s. 92-93; **KALYVAS**, “*Who's Afraid of...*”, s. 93.

Bununla birlikte hukuk devleti asgari bir homojenliğin varlığını da zorunlu kılar. Her ne kadar hukuk devleti bir *modus vivendi* sunumuyla farklılıklar arasındaki ahengin güvencesi şeklinde algılansa da hukuk devletinin burjuva kökenlerinin Judeo-Hıristiyan bir kültür dünyasının ortak paydasını oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Güç devleti, ortadan kaldırarak; hukuk devleti, entegre veya asimile ederek “düşmanı” etkisizleştirir.⁵⁰⁹ Bu açıdan yaklaşıldığında hukuk devleti de en az güç devleti kadar “siyasal olan”dır.

Schmitt'in parlamenter sisteme yönelik eleştirileri hukuk devleti açısından da okunabilir. *Bezci*'nin ifade ettiği kadarıyla *Schmitt*'e göre parlamentoların halkın temsilcisi olduğu yönündeki iddia sadece bir söylemden ibarettir. Özellikle siyasi partilerin ortaya çıkmasından sonra parlamentolar mutlak monarşiler karşısında halk adına yürüttükleri savaştaki halkın temsilcisi olmak görevinden sıyrılmış, parlamentonun halkın iradesini devlet iradesine dönüştürme işlevi ortadan kalkmıştır. Üstelik karar alma mekanizmasındaki belirsizlik, bir başka ifadeyle siyasi partiler devletinin parlamenter demokrasisindeki karar alma süreci “karar verenin somut olarak ortada bulunmaması sebebiyle” siyasi sistemin meşruluğunu da zayıflatmaktadır.⁵¹⁰

Schmitt *Parlamenter Demokrasinin Krizi*'nde çağdaş parlamentoların geleneksel işlevlerinin ortadan kalkarak içi boş kurumlar hâline geldiklerini ve pratik açıdan olmasa bile teorik temellerini kaybettiklerini ifade etmektedir. Yazara göre parlamentolar, modern kitle demokrasisinin gelişmesinin sonucunda, “kamusal tartışma” işlevlerinden uzaklaşarak kritik bir noktaya gelmiştir. “*Bazı devletlerde parlamentarizm, bütün kamusal işlerin, partilerin ve yandaşlarınının ganimet ve taviz konusu haline dönüşmesi ve siyasetin, seçkinlerin işi olmaktan uzaklaşarak hayli hor görülen bir sınıfa mensup insanların bir hayli hor görülen bir mesleği haline gelmesi gibi bir durum yaratmıştır.*”⁵¹¹

Schmitt'e göre parlamentoların ayırt edici özelliği olması gereken kamusal tartışmanın yerini çoğunluğun kendisinde hükmetmek hakkını gördüğü çıkarlara ilişkin pazarlıklar almıştır. Böylece kanun şeklinde ortaya çıkan sonuç özgür ve

⁵⁰⁹ SCHMITT, *Siyasal Kavramı*, s. 65-66.

⁵¹⁰ BEZCİ, *Carl Schmitt'in...*, s. 64-66.

⁵¹¹ SCHMITT, *Parlamenter...*, s. 13-21.

rasyonel bir “müzakere”nin neticesinde varılan ortak akıl değil fakat bir çıkarlar pazarlığının sonunda varılan uzlaşmanın sonucudur.⁵¹²

Schmitt'in bir tespiti de parlamentoların demokrasi fikri ile birlikte gelişip yaygınlaştığıdır. Böylece kanunun halkın iradesi ile özdeş olduğu fikri de sorgulanmaksızın kabul gören bir fikir olmuştur. **Schmitt**'e göre bu özdeşlik elle tutulur bir gerçeği ifade etmez fakat kaçınılmaz bir “meşruluk” yaratır. Bu meşruluğun temelinde bir varsayım yatar: “*Aslında halk, cemaatin bütün üyelerinin köyün ihlamur ağacının altında toplanabildikleri ilk zamanlardaki gibi gerçek bir bütünlük içinde karar vermelidir. Ancak günümüzde herkesin aynı anda, aynı yerde bir araya gelmesi pratik sebeplerle mümkün değildir; herkese her ayrıntının sorulması da imkansızdır; bu yüzden makul davranıp temsilcilerden oluşan bir komiteden medet umarız; işte parlamento tam da budur.*” **Schmitt**, teknik ve pratik sebeplerle halk yerine temsilcilerinin karar vermesi mümkünse bu kararın tek bir temsilci tarafından da verilebileceğini ifade etmektedir.⁵¹³

Schmitt, diktatörlüğün demokrasiye aykırı olmadığını ispatlamak çabası ile giriştiği bir erkler ayrılığı tahlilinde hukuk devletinin işlevini kaybetmiş bir parlamento karşısında, keyfi iktidarın önlenmesi bakımından en temel araç olduğunu ifade etmektedir.⁵¹⁴ Fakat hukuk devletinin keyfi ve yoğunlaşmış bir iktidar odağı karşısında etkin bir denge ve fren mekanizması hâline gelebilmesi parlamentonun bir kamusal müzakere organı hâline getirilmesine bağlıdır.⁵¹⁵ Bu ise parlamentonun işlevlerinin sınırlandırılması anlamına gelir. **Schmitt Hegel**'e atıf yaparak kamusal müzakereyi tezlerden ve antitezlerden daima yeni sentezlere ulaşan bilincin kendi kendine gelişimi olarak nitelendirir. Böylece “*Halkın salt istişari rolle sınırlandırılmış zümreler yoluyla temsili*” (liberal) hukuk devleti düşüncesindeki kaba gücün ve otoritenin hukuk ile sınırlandırılmasında bir gereklilik olmaktadır.⁵¹⁶

⁵¹² **SCHMITT**, *Parlamente...*, s. 22-24.

⁵¹³ **SCHMITT**, *Parlamente...*, s. 42-48, 52.

⁵¹⁴ Yazar burada hukuk devleti kavramını, önderin vermiş olduğu kararlar anlamında hukuka atıf yaparak kullanmakta ve parlamentonun, kamusal müzakere işleviyle sınırlandırılması hâlinde bir hukuk devletinden bahsedebileceğini ifade etmektedir. Hukuk devleti Schmittçi anlamıyla değil, kendi özgün anlamıyla ele alındığında da yazarın bu yaklaşımı haklılığından bir şey kaybetmez. Hukukun yönetimi de, Schmittçi hukuk devletinden farklı olmaksızın, sınırlı bir yasama işlevinin varlığını gerektirir. Parlamento'nun istişari rolü Schmittçi hukuk devletinin de liberal hukuk devletinin de ortak noktasını oluşturur. Ancak her iki hukuk devleti kavramının bütünüyle başka olgulara işaret ettiğine dikkat edilmelidir.

⁵¹⁵ **SCHMITT**, *Parlamente...*, s. 57, 61-64.

⁵¹⁶ **SCHMITT**, *Parlamente...*, s. 68-75.

Schmitt'in kuramındaki hukuk devleti nüvesine *Sancar* da dikkat çekmektedir. Yazara göre ister bir önderin kişiliğinde tecessüm etsin ister bir parlamentonun manevi şahsında, kanun koyucunun iradesini hukuk olarak nitelendiren, hukuk devletini devletin hukuku şeklinde formüle eden bütün görüşler, son tahlilde aynı şeyi ifade eder. Kanun koyucunun iradesinin kutsandığı bir hukuk düzeninin hukuk devleti ile özdeş olduğunu.⁵¹⁷ Bu bakış açısı aslında, *Kelsen*'in de *Schmitt* ile birlikte düşünülmesini gerekli kılar. *Kelsen*'i hukuk devleti içinde Platoncu çizgiden uzaklaştıran, onun anayasa yargısı hakkındaki düşünceleridir.

3. Hukuk Devlet Özdeşliği: Hans Kelsen'in Hukuk Devleti Anlayışı ve Anayasa Yargısının Zorunluluğu

Hans Kelsen (1881 - 1973) bu çalışmanın belki de en önemli ismidir. *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* başlıklı bir çalışma, eğer tarihsel ve kuramsal bir zemin arayışı kaygısı gütmüyorsa pekâlâ *Hans Kelsen* ile başlayabilir.

Kelsen ile kanun kavramı adeta “tekemmül etmiş”tir. Daha önce pozitif hukuk tarafından doğal hukuka ait olan her türlü bağdan sıyrılan hukuk normu *Kelsen*'in normativizmi ile doğa kanunlarından ve saf hukuk düşüncesi ile birlikte siyasal ve ekonomik olan da dâhil olmak üzere salt hukuksal olmayan her şeyden bağımsızlaştırılarak özgül bir sistemin temel yapı taşına dönüşmüştür.⁵¹⁸ Ayrıca hukukun yegâne kaynağı, yaratıcısı ve uygulayıcısı olan devlet, hukuk ile özdeşleştirilerek; (modern) devletin *Machiavelli*'den beri kendisini yetkinleştiren ve meşrulaştıran bir birim olmak özelliği korunmuş⁵¹⁹ buna karşılık bir hukuk düzeni olarak devletin hukuka uygunluğu sorunu da bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. Böylece devlet “etkin ve etkili bir hukuk düzeni” olarak *Hegel*'in terminolojisiyle “*an und für Sich*” kurmuş olduğu “düzen”i güvence altına almak için uygun gördüğü

⁵¹⁷ SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 53-56.

⁵¹⁸ AKBAŞ Kasım, “*Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı*”, içinde: Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik, İstanbul 2004, ss. 23-38, s. 25-27; AKBAY, “*Kelsen'in...*”, s. 29-31; KELSEN Hans, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, Çev.: Kasım Akbaş, HFSA, S. 15, İstanbul Barosu Yay., 2006, ss. 56-63, s. 56.

⁵¹⁹ AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/Levent KÖKER, Tanrı Devletinden Kral-Devlete, İmge, Ankara 1991, s. 175; AKAL, İktidarın..., s. 49-54.

bütün kurumlarını hukuka aykırı olmak riskini bütünüyle bertaraf ederek hayata geçirmek imkânına da kavuşmuştur.⁵²⁰

Hukuk devletinin, eski Yunan'da "üstün bir yasaya bağlı olmak" anlamıyla başladığı tarihsel gelişimi **Kelsen**'de "üstün bir yasa olarak devlet" hâline gelmiş ve devlet kendi yaratmış ve haklılaştırmış olduğu hukukun doğru uygulanması görevini de XX. yüzyılda diğer birçok görevle birlikte tekeline almıştır.⁵²¹ **Kelsen**'in hukuk-devlet özdeşliği sayesinde erkler ayrılığı ilkesinin de anlamında bir değişme yaşanmış, devletten değil ancak yasama ve yürütme anlamında siyasal iktidardan bağımsız bir (anayasal) yargı, bir hukuk düzeni olarak devletin kendisini var etmesinin ve güvencelemesinin zorunlu şartı olarak ortaya çıkmıştır.⁵²²

Bu noktada bir parantez açarak bir yanlış anlaşılmanın önüne geçmek gerekir. **Kelsen**, devlet fonksiyonlarının yasama, yürütme ve yargı şeklindeki üçlü tasnifi anlamında bir erkler ayrılığı kuramına taraftar değildir.⁵²³ **Kelsen**'e göre yargı ve idare –bir hukuk kaynağı olmak özellikleri bir yana- kanunun uygulamasından ibarettir. Bu anlamda yargının yeri de yürütmenin bir alt ilkesi olmaktan ibarettir.⁵²⁴ Bununla birlikte yargının bir yandan bir hukuk kaynağı olduğunu ileri sürerek kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi görevini bir yargı organına vermek ve diğer yandan da yargıyı siyasi iktidara bağlamak iyi bir fikir değildir. Nitekim siyasal pratik de **Kelsen**'i olumsuzlayarak kendi içinde tutarlı bir hukuk düzeni olarak devletin etkililiğini yargının bağımsızlaştırılmasında bulmuştur. Buna göre erkler ayrılığı anlamında yargı bağımsızlığı **Kelsen**'in kuramında önerdiği bir şey değil fakat kuramın zorunlu sonucudur. Nitekim **Ergül** de erkler ayrılığı ilkesinin iyi işleyen bir örneği olarak ABD'de yargı erkinin güçlü konumuna dikkat çekmekte ve **Kay**'ın bu konudaki görüşlerini aktarmaktadır. Buna göre erkler ayrılığı "*kamu yetkisi kullanan organların yönetsel kurallara uyacaklarına dair bir güvence*" ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte özellikle siyasal organlar söz

⁵²⁰ **BOBBIO** Norberto, "*Kelsen ve Hukukun Kaynakları*", Çev.: Bige Açımız, içinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 459-469, s. 459-461; **GÜRİZ**, Hukuk Felsefesi, s. 337; **HEGEL**, Tüze Felsefesi, s. 279.

⁵²¹ **AKBAY**, "*Kelsen'in...*", s. 38-41; **FEYZİOĞLU**, Kanunların..., s. 2-4; **KELSEN** Hans, "*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*", Çev.: Cemal Bâli Akal, içinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 425-456, s. 431-434.

⁵²² **DOEHRING**, Genel..., s. 234; **KABOĞLU** İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Legal, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 40; **KABOĞLU** İbrahim Ö., Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge, 4. Bası, Ankara 2007, s. 13.

⁵²³ **ATALAY**, "*Saf Hukuk...*", s. 168-169.

⁵²⁴ **BURNS**, Çağdaş..., s. 143.

konusu olduğunda karşılıklı bir güvence olarak denge ve kontrol sisteminin başarılı bir biçimde işletilebilmesi kolay değildir. Özellikle parlamenter rejimlerde –daha önce **Schmitt**'in de işaret etmiş olduğu gibi- siyasi partiler olgusu yasama ve yürütme arasında adeta bir “özdeşlik” yaratmıştır. **Ergül, Kay**'in açıklamalarının aslında “*hukuki çerçevenin bir yaptırımı olmamasından kaynaklanan sakıncalar*”la ilgili olduğunu ifade etmekte ve hukuka, bu arada üstün hukuk olan anayasaya, uyulmasını sağlamak için yaptırım mekanizmalarının yaratılması zorunluluğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda yazar “*hukuk kurallarına uyulmaması riskine karşı geliştirilen anayasal çözüm(ün) kendi yetkileriyle ilgili olarak pazarlık yapması gerekmeyen ve kendisine ait siyasal menfaatleri bulunmayan bir organ geliştirmek*” olduğunu ve bu organın da “*diğer organların anayasa yetkileri içinde hareket edip etmediklerini, hem içerik olarak, hem de yöntem olarak anayasal kurallara uyup uymadıklarını denetleyebilecek*” yargı organları olduğunu aktarmaktadır.⁵²⁵ Aynı yönde **Allan** da, yargı erkinin bağımsızlığı anlamında bir erkler ayrılığının hukuk devletinde mündemiç bir zorunluluk olduğunun altını çizerek; bağımsız bir yargının yasama ve yürütmenin “keyfî ve sınırsız” yetki kullanımı ile bağdaşmazlığına işaret etmektedir.⁵²⁶

Atalay da **Kelsen**'in kuramındaki anayasa yargısının kanunları iptal etmek yetkisinin aslında bir genel kural koymak anlamına geldiğine işaret etmekte ve Kelsenci anlamda anayasa yargısı ile yasama arasındaki ilişkinin yasama erkinin iki organ arasında bölüştürülmesi şeklinde anlaşılabilirliğini ifade etmektedir. Böylece “kendine özgü anlamı içerisinde bir erkler ayrılığı” farklı devlet organlarının hukuka uygun işleyişini güvence altına almak şeklinde de anlamlandırılabilir.⁵²⁷ Sonuç aslında; kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile teşhis edilen hukuk devletidir.

Kelsen, devletin hukuktan bağımsız ve ondan önce var olan, hukuku yaratan ve kendisini bu hukukla bağlayan bir birim olarak ele alındığı ve ‘geleneksel’ diye nitelendirdiği görüşü eleştirerek devletin bir hukuki düzen olarak kabul edilmesi hâlinde artık her devletin bir hukuk devleti olduğunu söylemenin mümkün olduğunu

⁵²⁵ **ERGÜL** Ozan, Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet, Ankara 2007, s. 79-80.

⁵²⁶ **ALLAN** T. R. S, Constitutional Justice, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 239, 244 vd.

⁵²⁷ **ATALAY**, “*Saf Hukuk...*”, s. 174-175.

belirtir. Yazara göre hukuk devleti eğer demokrasi ve hukuk güvenliği taleplerini karşılayacak özgün bir kavram olarak kullanılacaksa şu özellikleri de taşıması gerekir:⁵²⁸ a. Kanunun bağlayıcılığı, b. Yürütmenin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğunun kabulü, c. Yargı bağımsızlığı⁵²⁹, c. Güvenceli haklar düzeni.

a. Normlar Hiyerarşisi

Kelsen'e göre devlet saf bir normlar bütünüdür ve norm **Kelsen** için bir devlet düzeninin temel yapıtaşıdır.⁵³⁰ **Gözler**'in aktardığına göre norm kelimesinin etimolojik kökeni olan Latince *norma* kelime anlamı itibariyle “gönye”; kavramsal olarak da kural, ilke, kanun, model anlamına gelmektedir.⁵³¹ **Cevizci**'nin tanımına göre norm genel anlamıyla bir “ölçü” için kullanılan standart bir birimi ifade eder. Buna göre norm adeta bir mihenk taşı; “*Bir sosyal grubun kendisi için ilke edindiği ve grup üyelerinin eylemlerini yönlendiren davranış kuralları bütünü.*” olarak herhangi türden bir yargının kendisine dayandığı ilkeyi ifade eder.⁵³² Buna göre normun, kendisinden hareketle olağanın belirleneceği bir kriter olarak anlaşılması mümkündür.

Gözler, “norm” kavramını bir işlemin hukuk normu olarak geçerlilik kazanması için gerekli olan şartlar bağlamında ele almaktadır. Bu bağlamda bir maddi varlığa sahip olmak ve hukuk tarafından tanınmış olmak anlamında iki şarta normatiflik şartı eşlik eder. **Gözler**'e göre bir işlemin normatifliği onun varlık ya da tanınırlık alanına ilişkin bir sorun değil fakat anlamına ilişkin bir sorundur. Buna göre norm bir işlemin metni değil fakat anlamıdır.⁵³³

⁵²⁸ **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk...*”, s. 450-451.

⁵²⁹ Kelsen'in yargı bağımsızlığı ilkesi, yargı organlarının görevlerini yerine getirirken idareden emir ve talimat almaması anlamında –en dar anlamıyla– bağımsızlığı ifade eder. Bu bir “işlevsel” bağımsızlıktır. Buna karşılık yargı, Kelsen'in kuramında yasama ve yürütme karşısında onlar için bir denge ve fren teşkil edebilecek bir “erk” olarak bağımsızlık kazanmış değildir. Kelsen'in hukukla olan ilişkilerinden hareketle tasnif ettiği devlet fonksiyonlarına göre yargının yeri, bir “hukukun uygulanması” işlevi olarak idarenin yanındadır. Yukarıda bu nedenle, Kelsen'de erkler ayrılığı anlamında bir yargı bağımsızlığı bulunmadığı ifade edilmiştir. Yargının üçüncü bir erk olarak bağımsızlığı ile yürütme karşısındaki işlevsel bağımsızlık için bkz. **KAPANİ** Münci, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli, AÜHF Yay., Ankara 1956, s. 7-9; **ÜNAL** Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, TBMM Yay., Ankara 1994, s. 12-13.

⁵³⁰ **ARAL** Vecdi, “*Kelsen'in Hukuk Anlayışı*”, İÜHF, C. 34, S. 1-4, 1969, ss. 513-552, s. 521; **DAĞDELEN** İlhan, “*Devlet Bilimi Metodolojisi: Hans Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı*”, Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi, S. 1, No. 1, 2004, ss. 1-44, s. 23, <http://www.insanbilimleri.com/ojs/index.php/uib/article/view/151/151>, E. T.: 17.03.2010.

⁵³¹ **GÖZLER**, Hukukun..., s. 28.

⁵³² **CEVİZCİ**, Felsefe Sözlüğü, s. 1245.

⁵³³ **GÖZLER** Kemal, “*Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu*”, AÜSBFD, C. 61, S. 3, 2006, ss. 131-166, s. 136.

Kelsen'in kuramında hukuk normu olması gerekeni (*Sollen*) bildirir. Bu açıdan hukuk normu diğer normatif bilimlerin normları ile benzer niteliktedir. Hukuk normunu ayıran onun zorlayıcılık özelliğidir. Normun hukuksallığı onun zorlayıcılığından kaynaklanır. Hukuk normu, insan davranışlarına hukuki bir nitelik kazandırır. Aynı şekilde hukuk normunun hukukiliği de başka bir hukuk normundan kaynaklanır. Bu şekilde hukuk düzeni kuralların birbirlerinden kaynaklandığı, her bir kuralın altındaki kural için “sebebe” ve üzerindeki kural bakımından da “sonuç” olduğu bir düzeni ifade eder. Böylece her normun kendisinin üzerindeki bir normdan çıkarsandığı bir piramidal yapı ortaya çıkar ki buna normlar hiyerarşisi adı verilir.⁵³⁴

Normlar hiyerarşisi hukuk devletinin bir gereği ve yargısal denetimin de sebebidir.⁵³⁵ Anayasacılık-hukuk devleti ve normlar hiyerarşisi arasındaki bağlantıyı **Gür**, şu özgün ifadeyle ortaya koymaktadır: “*Konstitüsyon telâkkisinin ve zadesi bulunan hukuk devletinin amentüsü, kanunlar arasındaki bu mertebeler silsilesine tam riayet gösterilmek ve hepsinin anası ve başı bulunan esas teşkilât kanununa tam bir saygı ve uygunluk temin edilmek gayesidir.*”⁵³⁶ Hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilen normlar hiyerarşisinin, hukuk normlarından oluşan piramidin, en tepesinde bütün normların yürürlüğünün kaynağı ve sebebi olan ve hukuk sisteminin birbiri ile çelişik hâlde bulunmayan bir bütün kalmasını sağlayan temel norm (*Grundnorm*) vardır. *Kelsen*, *Grundnorm*'un hukuk düzeninin asli normu olduğunu ifade etmekle birlikte yapısı itibariyle bir hukuk normu olmadığını söylemekte ve bu nedenle de mantıksal bir varsayım, Kantçı ifadeyle bir *kategorik emperatif* olarak temel normun incelenmesini hukuk biliminin alanına dâhil etmemektedir.⁵³⁷ **Bobbio**'ya göre temel norm katı ve tutarlı bir pozitivizm açısından hukukun mümkün olan tek temelidir: “*Kendi yaratımını düzenleyerek kendi kendini üreten bir düzenin tek temeli.*” Yazar *Kelsen*'in normlar hiyerarşisinin yukarıdan aşağıya ve aşağıdan

⁵³⁴ **AKBAŞ**, “*Hans Kelsen...*”, s. 32; **AKBAY**, “*Kelsen'in...*”, s. 33-34; **ARAL**, “*Kelsen'in...*”, s. 528; **GÖZLER**, *Hukukun...*, s. 33-52; **İZVEREN**, *Hukuk Felsefesi*, s. 59; **KABOĞLU**, *Anayasa Hukuku...*, s. 39; **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s. 62-63; **ONAR**, *İdare Hukukunun...*, 1966, s. 366; **TEZİÇ** Erdoğan, *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*, Beta, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 81-83.

⁵³⁵ **HOCAOĞLU** Şeref A./**OCAKÇIOĞLU** İsmet, *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi*, Ayyıldız Matbaası, İstanbul 1971, s. 76-77.

⁵³⁶ **GÜR** Refik A., *Hukuk Devleti = Kazâî Mürakabe*, Çeltüt Matbaası, İstanbul 1958, s. 3.

⁵³⁷ **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s. 58; **KELSEN** Hans, “*Norm ve Değer*”, Çev.: Kasım Akbaş, HFSA, S. 15, İstanbul Barosu Yay., 2006, ss. 64-69, s. 68.

yukarıya olmak üzere hukuka aynı anda yaratılan ve uygulanan olması bakımından da bir dinamizm kazandırdığını ifade etmektedir.⁵³⁸

Kelsen'in pozitivist bir hukuk düzenine dinamizm kazandırması temel norm sayesinde olmuştur.⁵³⁹ Temel norm bütün hukuk düzeninin kurucu ilkesi olarak yargı kararlarının da kaynağını ve kıstasını ifade eder. Böylece hukuk, mahkeme içtihatları aracılığıyla ve temel norma dayanarak kendi kendini üreten bir yapı hâline dönüşür.⁵⁴⁰ *Özcan*, yasama organınca veya içtihat yoluyla konulmuş bir hukuk normunun “aşkın bir önvarsayım” olan temel normdan çıkarsanabilir olduğu ölçüde etkin olduğunu ifade etmektedir.⁵⁴¹ Bu anlamda hukuk düzeni doğal hukukun sınırlarına girmeden üstün bir ilkeye atıf yapmak imkânına da kavuşmuş olur. Normlar hiyerarşisinin ikinci sırasında temel norma uygun biçimde ortaya konan anayasa bulunmaktadır. *Burns*'un ifadesine göre de anayasaya uygunluk kanunların geçerliliğinin (etkinliğinin) önşartıdır; tıpkı her bir emrin ya da kararnamenin geçerliliğinin kanunlara uygunluk ölçütüne bağlı olması gibi.⁵⁴² Maddi ya da şekli anlamda olsun üstün bir norm olarak anayasanın kendinin altındaki bütün kuralların kaynağı, bütün hukuk düzeninin temeli, devletin örgütsel yapısının –Kelsenci bir ifadeyle hukuk düzeninin teşkilatlanmasının ve işletilmesinin- meşruluk temeli, kapsam ve yöntem açısından belirleyicisi olması “anayasal devlet” düşüncesini ifade eder. Böylece devlet bütünüyle anayasaya dayanan bir hukuk düzeni içinde varlık ve işlerlik kazanırken bütün bir hukuk düzeninin anayasaya dayandırılması ile de anayasaya uygunluk, sistemin bütünlüğü ve işlerliği için vazgeçilmez bir kriter hâline getirilmiş olur.⁵⁴³ Anayasa bir kanunlar düzeninin tepesine yerleştirilmekle kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de sistem için doğal ve zorunlu bir güvence hâline getirilmiş olmaktadır.

Hukukun sadece kanunlardan ibaret olmaması; özellikle de ulusal ve uluslararası yargı yerlerinin bütün devlet organlarını bağlayıcı nitelikteki içtihatları ve yürütmenin hukuk düzeni içinde artan yetkileri sebebiyle normlar hiyerarşisi

⁵³⁸ BOBBIO, “Kelsen...”, s. 467.

⁵³⁹ AKBAŞ, “Hans Kelsen...”, s. 35.

⁵⁴⁰ GÜR, Hukuk Devleti..., s. 19.

⁵⁴¹ ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 332. Temel norm Kelsen'e göre bir ‘önvarsayım’dır (*Voraussetzung*). Aktaran: GÖZLER, Hukukun..., s. 76, dn. 130.

⁵⁴² BURNS, Çağdaş..., s. 141.

⁵⁴³ HEKİMOĞLU Mehmet Merdan, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasanın Yargısının Hukuki Boyutları, Detay, Ankara 2004, s. 1; ONAR Sıddık Sami, “Amme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazai Murakabe”, İÜHFD, Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul 1939, ss. 275-335, s. 283-285.

anayasa-kanun-tüzük-yönetmelik gibi bir silsileye indirgenemez. Örnek olarak Türk hukukunda **Teziç**, normlar hiyerarşisinin beş kademedede ele alınabileceğini ifade etmektedir. Birinci kademedede Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararları, anayasa teamülleri ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar yer almaktadır. İkinci kademedede ise temel hak ve özgürlükler dışındaki uluslararası andlaşmalar, kanunlar, içtihadı birleştirme kararları, Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalma kanun niteliğindeki düzenleyici işlemler, 1924 Anayasası dönemindeki meclis yorumları ve 1982 Anayasasına göre çıkartılan KHK'lar bulunur. Üçüncü dördüncü ve beşinci kademedede de idarenin diğer düzenleyici işlemleri yer almaktadır.⁵⁴⁴

Teziç'e göre normlar hiyerarşisinin belki de en önemli pratik sonucu alt kademedeki bir normun üst kademedeki bir norma aykırılık teşkil etmesi hâlinde bunun uygulanmayacağıdır. Bu anayasaya aykırılık hâlinde kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini doğuran temel bir ilkedir.⁵⁴⁵

b. Kelsen'de Hukuk Kaynaklarının Plüralizmi yahut Hukuk Devlet Özdeşliği

Kelsen'in bir normlar sistemi olarak devleti bu sistemin zorlayıcılığı ile teşhis edilir.⁵⁴⁶ **Kelsen** bu zorlayıcı düzenin yasama, yargı ya da idare organları ya da beşeri etkinliğin oluşturduğu gelenekler tarafından yaratılması sebebiyle devlete izafe edildiğini belirtmektedir. Hâlbuki hukuk yaratan etkinlikte bulunan bir beşerî varlık olarak devlet **Kelsen**'e göre kendi ortaya çıkışını da düzenleyen hukuk düzeninin somut temsilcisinden başka bir şey değildir. “*Yani toplumsal düzen ya da siyasal bir örgüt olarak devlet, hukuk adını verdiğimiz zorlayıcı düzenin kendisidir.*”⁵⁴⁷

Bu bakış açısına göre devlet kendi kendini yaratan bir hukuk düzenidir.⁵⁴⁸ Ancak her hukuk düzeninin devlet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.⁵⁴⁹ **Akbay**'ın aktardığına göre bir hukuk düzeninin devlet olarak nitelendirilebilmesi için “*hukuk normlarını ortaya koymak ve tatbik edebilmek fonksiyonlarını haiz hususi*

⁵⁴⁴ **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 84-85.

⁵⁴⁵ **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 85.

⁵⁴⁶ Akbay bu zorlayıcılığın ceza ve ceza tehdidi şeklinde iki türlü olduğunu ve devletin, bir bireyin diğer bir birey tarafından hangi şartlar altında ve ne şekilde zorlanabileceğini düzenleyen normlar sistemi olduğunu ifade etmektedir. **AKBAY**, “*Kelsen'in...*”, s. 37.

⁵⁴⁷ **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s. 60-61.

⁵⁴⁸ **ARAL** Vecdi, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İÜHF Yay., İstanbul 1978, s. 66, 134-136.

⁵⁴⁹ **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk...*”, s. 425.

*organlara sahip bulunması lâzımdır.*⁵⁵⁰ Böylece devleti bir hukuk düzeni ile özdeşleştiren **Kelsen** aynı zamanda hukukun kaynağı olarak da devleti görmektedir denilebilir. Ne var ki bu ikisi arasında bir ayrılık bulunmadığı için hukuk devletten kaynaklanır demekle devlet hukuktan kaynaklanır demek arasında bir farklılık bulunmaz. Ayrıca bu özdeşlik “hukukun kaynağı olarak hukuk” düşüncesinin kabulüne imkân verdiği gibi “devleti de kendi kendini yetkinleştiren bir varlık” olarak kabul etmemizi de mümkün kılar.⁵⁵¹

Devletin hukukun kaynağı olduğunu söylemek, hukukun üretiminin tek bir devlet organının inhisarında olmadığını ifade etmek demektir. Kavramın **Kelsen**'in kuramında kullanımına ilişkin bütün sakıncayı göze alarak ve **Kelsen**'in kuramındaki hukuk-devlet özdeşliğini hatırd tutarak; “devletin iradesi olarak hukuk” düşüncesi, hukukun yasama, yürütme ve yargı organlarının tümünün iradesi olarak kabul edilmesini zorunlu kılar.⁵⁵² Bu açıdan bütün devlet organlarının, hukuk tarafından öngörülen bir çerçeveye ve usul bağlamında hukuk yaratmak yetki ve yeteneğine de sahip olduğu söylenebilir. “*Gerçekten, devletle hukukun aynılığı bilinince ve genel hukuk normlarının bütünü olarak ele alınan hukuk düzeninde ve aynı zamanda devletin yürütme niteliğindeki bireysel fiillerinde ortaya çıkan şeyin bir ve aynı devlet iradesi olduğu kabul edilince, sadece soyut normlar değil, devletin bütün somut yürütme ve yargı fiilleri, devletin iradi fiilleri, hukuki fiiller, yani hukuk kurallarının içeriği olarak kavranmak zorundadır.*” Buna göre artık hukukun yaratılması onun uygulanmasından farklı bir anlam taşımaz ya da tam tersi: hukukun uygulanması onun yeniden üretilmesinden başka bir şey değildir.⁵⁵³

Bu çalışma açısından hukukun üretiminin devlete ait bir yetki olması, yasama organının hukuk üretmek tekeline sahip olmadığını ve yargı yerlerinin -özellikle de anayasa mahkemelerinin- bir hukuk kaynağı olduğunu vurgulamak açısından önemlidir.⁵⁵⁴ **Kelsen**'e göre hukuk normlarının etkinliği etkililiğine bağlıdır. Bir

⁵⁵⁰ **AKBAY**, “*Kelsen'in...*”, s. 38.

⁵⁵¹ **KİA**, *Moderniteden...*, s. 21-26, 61 vd.

⁵⁵² “Hukukun devletin ‘irade’si olduğu...söylenildiğinde, sadece, hukuki düzenin kurduğu kolektivitenin devlet olduğuna...ilişkin... bir metafor kullanılmaktadır.” **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk...*”, s. 443.

⁵⁵³ **AKBAŞ**, “*Hans Kelsen...*”, s. 36; **ARAL**, *Kelsen'in...*, s. 49-50; **ATALAY**, “*Saf Hukuk...*”, s. 170-171.

⁵⁵⁴ **BOBBIO**, “*Kelsen...*”, s. 465; **GÜLSOY** Mehmet Tefvik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu, Yetkin*, Ankara 2007, s. 98. Kıta Avrupası hukukunda da anayasa mahkemeleri en az Anglo-Sakson yargı yerleri kadar “yasama” faaliyetinin ortağıdır. Kelsen'in

başka ifadeyle hukuk düzeninin etkililiği onun etkinliğinin de önşartıdır. Burada etkinlik kavramı geçerli olmayı, eski ifadeyle mer'iyeti (*validité*) ve etkililik kavramı ile de müessir olmayı (*efficacit *) ifade eder.⁵⁵⁵ Bir norm ancak uygulanmakla etkili ve etkili olduğu  l de de etkindir. Böylece anayasaya uygun biçimde geçerli olarak formüle edilen kanun maddesi de mahkeme tarafından uygulanmakla etkili bir norm hâline gelir.⁵⁵⁶ *Atalay*'ın da belirttiği gibi usulüne uygun biçimde verilen bir hükümle usulüne uygun biçimde y r rl ge giren bir kanun arasında özsel hiçbir ayırım bulunmamaktadır. Buna göre üstün bir norm olarak anayasal normun da geçerliliği onun uygulanması ile yani etkinliği ile gerçekleŐecek, anayasalar da diğer normların etkililiğinin hukuki gerçekleŐtiriliŐ biçimi nasılsa öylece, yani ancak yargı aracılığıyla etkili hâle gelecektir.⁵⁵⁷

Normun etkililiğinin mahkemeler eliyle, bir yargısal faaliyet aracılığıyla gerçekleştirileceğini savunan düşünce hukuk felsefesinde hukuki realizm olarak adlandırılmaktadır.⁵⁵⁸ *Gözler*'e göre normun geçerliliğinin sağlanmasında yargısal faaliyetin önemi ink r edilemez ancak o normun bir hukuk düzenine ait olması, bir hukuk düzeninden türetilmiş olması da gereklidir. Böylece bir hukuk düzenin geçerliliği; üstünlüğü ve bağlayıcılığı “ nvarsayımsal” olarak kabul edilen bir anayasaya bağlanmış olmaktadır.⁵⁵⁹

Kelsen'e göre, -bir varsayım olarak *Grundnorm* bir kenara bırakılırsa- anayasa normlar hiyerarşisinde en tepedeki normdur. *Atalay*'ın belirttiğine göre bu anayasa “devlet kavramına önsel –adı ve görünümü ne olursa olsun- diğer hukuk normlarının ‘kendisine göre’ oldukları normlar setini dile getiren bir kavramdır...Bu

ifadesiyle bu “eŐyasayıcılık” işlevini mahkemeler hem bir kanun normunu iptal suretiyle ortadan kaldırmak suretiyle hem de kanunu ve anayasayı kanun koyucunun saltık iradesinden  zg r biçimde yorumlamak suretiyle gerçekleŐtirirler. Örneğin Türk Anayasa Mahkemesi Şartların değişmesi hâlinde sonuçların da değişmesi gerektiğini ifade ederek; Anayasanın amacının bazı normlara mutlak bir anlam yüklemek suretiyle onları diğer normlar karşısında imtiyazlı hâle getirmek olduğunun söylenemeyeceğini vurgulamıştır. Böylece norm, bir kere kanun ya da anayasa kuralı hâline geldikten sonra onu yaratan organın iradesinden kurtulmakta; güncel ihtiyaçların gerektirdiği Şekilde anayasa mahkemeleri tarafından anlamlandırılmaktadır. **GÖREN** Zafer, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, AYD, C. 12, 1995, ss. 199-243, s. 210.

⁵⁵⁵ **ARAL**, “*Kelsen'in...*”, s. 538-539; **GÖZLER**, Hukukun..., s. 55-56, 64-66; **ÖKTEM/TÜRKBAĞ**, Felsefe..., s. 401-402.

⁵⁵⁶ **KELSEN**, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, s. 59.

⁵⁵⁷ **ATALAY**, “*Saf Hukuk...*”, s. 171, 173.

⁵⁵⁸ **BARRY**, Modern..., s. 46-48; **GÜRKAN  lker**, Hukukî Realizm Akımı, AÜHF Yay., Ankara 1967, s. 27-37.

⁵⁵⁹ **GÖZLER**, Hukukun..., s. 64-78, 83.

durumda bütün bir hukuk düzeninin meşruiyetinin zorunlu temeli, yaratılmasında da uygulanmasında da içerilmek durumunda bulunulan anayasaya uygunluktur... Öyleyse anayasaya uygunluk sorunu her hukuki işlemin –bu işlem ister yasa yapma olsun, ister bu yasaya uygun bir işlem olsun- varlık temelidir...Eşdeyişle anayasanın fiili varlığı, hukuk düzeni için gereklidir ama yeterli değildir, çünkü Kelsen’e göre devlet kavramı zaten bir anayasayı varsayıyor demektir.”⁵⁶⁰

c. Anayasanın Üstünlüğü, Bağlayıcılığı ve Anayasaya Uygunluk Denetiminin Gerekliliği

Anayasa bütün bir normlar düzeninin kaynağı olarak kabul edilince artık onun “üstünlüğü” ve “bağlayıcılığı” da zorunlu olarak kabul edilmiş olmaktadır. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı anayasacılık felsefesinin ve hukuk devletinin bir gereğidir. Bu açıdan kanunlardan daha üstün ve bütün devlet organlarını, bu arada yasama organını da, bağlayan bir anayasanın varlık sebebi devlet iktidarının sınırlanması ve temel hak ve özgürlüklerin de güvence altına alınmasıdır.⁵⁶¹ Buna göre anayasanın üstünlüğü ilkesinin **Kelsen**’den itibaren hukuk devletine XX. yüzyılda anlamını veren ilke olduğunu ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin de bu ilkeyi gerçekleştirmeye yönelik en etkili araçlardan biri olduğunu söylemek mümkündür.⁵⁶² Diğer bir deyişle kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, normlar hiyerarşisinin mantıksal sonucudur.⁵⁶³

Gözler’e göre anayasanın üstünlüğü, normlar hiyerarşisinde anayasanın kanunların üzerinde yer almasıdır. Yazar, anayasanın üstünlüğü ilkesinin doğuracağı pratik bir sonucun bulunmadığını ifade etmekte ve anayasanın bağlayıcılığı kavramını onun üstünlüğünden farklı bir ilke olarak ele almaktadır. **Gözler**’e göre anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin ayrıca vurgulanmasına gerek yoktur zira anayasa, bir hukuk normu olarak zaten tanımı ve mahiyeti gereği bağlayıcılık ile ayırt edilir.⁵⁶⁴

Kaboğlu da anayasanın “*temel ve üstün bir yasa*” olduğunu ifade etmekte ve anayasanın üstünlüğünü onun şekli, genelliği, soyutluğu ve “*az çok sürekliliği*”

⁵⁶⁰ ATALAY, “*Saf Hukuk...*”, s. 172.

⁵⁶¹ ARSLAN Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin, Ankara 2005, s. 21; GÖZLER, *Anayasa Hukukuna...*, s. 19.

⁵⁶² TUNÇ Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları*, Yetkin, Ankara 1997, s. 19.

⁵⁶³ KABOĞLU, *Anayasa Yargısı...*, s. 16.

⁵⁶⁴ GÖZLER Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 5. Bası, Bursa 2008, s. 111-113.

ile ilişkilendirmektedir.⁵⁶⁵ **Özçelik** anayasanın üstünlüğü ile sürekliliği arasındaki ilişkiyi şu şekilde açıklamaktadır: “*Sert sistemdeki bir anayasa değişmez demek, granitten kayalar gibi dâima sabit kalır demek değildir. Evvelâ bu kanunda gösterilen usûl ve şartlar dairesinde, değiştirilmedikçe lâfziyle, ruh ve mânâsiyle devam etmek üzere tatbik edilir demektir.*” Yazar ayrıca **Başgil**'e de atıfla sert ve sürekli bir anayasanın ancak buna özgü bir organ ya da yasama meclisi tarafından değiştirilse bile buna özgü bir usulle değiştirilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir.⁵⁶⁶

Kubalı, yazılı ve katı anayasa sisteminde anayasanın şekli ve maddi açıdan kanunlardan üstün olduğunu belirtmektedir. Şekli açıdan anayasanın üstünlüğü, anayasanın yürürlüğe konmasında ve değiştirilmesinde izlenecek yöntemin kanunların kabul ve değiştirilme sürecinden farklılığıdır. Maddi açıdan üstünlük ise anayasaların bütün kanunların anası olmasını, hiçbir kanunun anayasaya aykırı olmamasını ifade eder. **Kubalı**, anayasaların bu ilkeyi hayata geçirirken farklı araçlar kullandığını ifade etmekte ve kanunların anayasalara uygunluğunun denetiminin anayasanın maddi üstünlüğünü sağlamaktaki gereğine işaret etmektedir. Yazara göre kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanmasının en doğru ve en güvenceli şekli bu uygunluğun denetimi görevini mahkemelere vermektir.⁵⁶⁷

Tunaya'ya göre anayasanın üstünlüğü; “*anayasanın bir devletin hukuk düzeni içinde, en yüksek hukuk kurallarını içermesini*” ifade eder. Yazara göre bu ilkenin doğal sonucu da anayasadan sonra gelen bütün normların anayasaya uygun olması zorunluluğudur: yani, anayasanın bağlayıcılığı.⁵⁶⁸ **Batum** anayasanın üstünlüğü ilkesinin II. Dünya Savaşından beri kabul edilemeyen diğer bir sonucunun da “*bu üstünlüğün ve Devlet organlarının bu üstünlüğe uygun davranmasının yargısal denetimi*” olduğunu belirtmektedir: Yani anayasaya uygunluk denetimi.⁵⁶⁹

⁵⁶⁵ **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku..., s. 39. Arsel ise Amerikan örneği üzerinden anayasanın sürekliliğinde Yüksek Mahkemenin rolüne dikkat çekmektedir. **ARSEL** İlhan, Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme, AÜHF Yay., Ankara 1958, s. 57.

⁵⁶⁶ **ÖZÇELİK**, Esas Teşkilât Hukuku..., s. 221-222.

⁵⁶⁷ **KUBALI** Hüseyin Nail, Devlet Anahukuku Dersleri, C. I, Fasikül 1, Adnan Kitabevi, İstanbul 1946, s. 99-100.

⁵⁶⁸ **TUNAYA** Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, Ekin, 5. Bası, İstanbul 1982, s. 135-136.

⁵⁶⁹ **BATUM** Süheyl, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha, İstanbul 2009, s. 33. Aynı yönde **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku..., s. 41; **ÖZBUDUN** Ergun, “*Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekışmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü*”, AYD, C. 24, 2007, ss. 359-364, s. 359-360.

Erdoğan, anayasanın bağlayıcılığını onun üstünlüğünün bir sonucu olarak ele almış, anayasanın bağlayıcılığını “*bütün kamu otoritelerinin faaliyetlerinde anayasal normlara uymak zorunda olma*” şeklinde tanımlamıştır. Anayasanın üstünlüğü ise “*anayasanın dışında yetki olmaması, devlet ve diğer kamu otoritelerinin hukuki varlıklarının kaynağının bizatihi anayasa olması demektir.*” Yazara göre anayasanın üstünlüğünün ikinci anlamı da onun normatif değeri bakımından diğer bütün hukuki işlemlerden üstün olmasıdır. **Erdoğan**'a göre anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün doğrudan doğruya bireyleri ilgilendiren bir yönü yoktur. Zira anayasacılık felsefesinin bir neticesi olan anayasaların varlık sebebi devlet kudretini sınırlandırmaktır.⁵⁷⁰ **Tanör ve Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasının 11. maddesi bağlamında ele aldıkları anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin kamu erki kullananlar yanında yönetilenler açısından da bir anlam ifade ettiğini vurgulamakta, 12. maddenin temel hakları düzenleyen birinci fıkrası ile ödevleri düzenleyen ikinci fıkrasının anayasa kurallarının bireyler için de bağlayıcı olduğunun bir göstergesi olduğunu ifade etmektedir.⁵⁷¹

Atar da aynı bağlamda değerlendirdiği anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin “*anayasanın yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve tüzel ve gerçek bütün kişileri bağlayan normlar olduğunu*” ifade ettiğini belirtmekte ve bu açıdan anayasanın yalnızca birey-devlet arasındaki ilişkiler için değil fakat bireyler arasındaki ilişkiler için de amir olduğuna işaret etmektedir.⁵⁷²

Anayasanın üstünlüğü çeşitli araçlarla sağlanır: Yazılı anayasa, katı anayasa, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi.⁵⁷³ Bu ilkeler bir yönü ile anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını pekiştiren ilkeler olmakta fakat diğer yönü ile de anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin sonucu olarak kabul edilmektedir. **Lipson**, XVII. yüzyıl İngiliz Devriminin İngiltere’de parlamentonun üstünlüğünü buna karşılık Amerikan Devriminin ise Anayasanın üstünlüğünü sonuçladığını ifade etmektedir. Yazara göre ABD’de anayasanın üstünlüğünü

⁵⁷⁰ **ERDOĞAN** Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal, 7. Bası, Ankara 2005, s. 81.

⁵⁷¹ **TANÖR** Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU** Necmi, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Hukuku, Beta, 8. Bası, İstanbul 2006, s. 110-111.

⁵⁷² **ATAR** Yavuz, “*Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)*”, Prof. Dr. Coşkun Üçok’a **ARMAĞAN**, SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989, ss. 181-209, s. 182-183, 193 vd.

⁵⁷³ **ERDOĞAN** Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion, 4. Bası, Ankara 2007, s. 35-44; **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., s. 85-86; **TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU**, 1982..., s. 115-116; **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 19.

sağlayacak araçlar anayasaya bağlılık yemini, *Impeachment* usulü, katı anayasa ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir.⁵⁷⁴

Bir yazılı anayasa en basit tarifıyla devletin temel kurallarını belirleyen bir ya da birden fazla sayıdaki metni ifade eder. Anayasanın katılığı bu metinlerin değiştirilmesi kayıt ve usulüne ilişkindir.⁵⁷⁵ Anayasanın katılığının bir sonucu anayasanın sürekliliğinin sağlanmasıdır; diğer bir sonucu ise anayasanın üstünlüğünün sağlanmasıdır. Anayasanın sürekliliği ve üstünlüğüne bağlı olarak anayasanın katılığının üçüncü bir sonucu da yasama organının anayasa ile bağlılığıdır. Bu, bir başka ifadeyle sınırlı ve hukukla bağlı yasamaya işaret eder.⁵⁷⁶ Bir zorunluluk olmamakla birlikte ve aksi örneklere de rastlanmakla birlikte yazılı anayasalar genellikle katı anayasalardır zira devlet için kapsayıcı bir hukuki çerçeve çizmek gayretiyle yapılan yazılı anayasalardaki düzenlemelerin daha sonraki dönemlerde söz konusu olabilecek müdahaleler karşısında korunması doğal bir kaygıdır.⁵⁷⁷

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı şeklinde de okunabilecek olan temel normun bir gereği olarak düşünülebilir. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ancak ona uygunluğun sağlanmasını temin eden bir düzenekle bir başka ifadeyle anayasanın etkin ve etkili kılınmasını sağlayan bir mekanizmayla mümkün ve anlamlıdır. Bütün bir anayasa yargısının temel gerekçesi olan bu önerme ilk kez *Kelsen* tarafından ortaya atılmış da değildir. *Atalay*'ın aktardığına göre bu düşünce Alman iradeci pozitivizminin savunucuları tarafından da örtülü olarak savunulmuştur. Aynı şekilde Amerika'da *Marbury-Madison* davasında da anayasaya uygunluk denetiminin yargı fonksiyonuna içkin bir yetki olduğu ortaya konulmuştur. *Kelsen*'in öngördüğü anayasaya uygunluk denetimi, *Atalay*'a göre iki savaş arası dönemin totaliter rejimlerinden kaynaklanan “ağır maliyetli demokrasi dersi” ile pratik açıdan gerekçelendirilen buna özgülenmiş bir yargı yerinin varlığı ile teşhis edilir.⁵⁷⁸

Kelsen'in “değişik düzeydeki normlar arasındaki çatışma” bağlamında ele aldığı sorun yani “Bir normun üstün bir normun öngördüğü usullere göre

⁵⁷⁴ LIPSON, Politika Biliminin..., s. 295.

⁵⁷⁵ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 9-11.

⁵⁷⁶ HOCAOĞLU/OCAKÇIOĞLU, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi..., s. 75-76.

⁵⁷⁷ BARNETT, Constitutional..., s. 9.

⁵⁷⁸ ATALAY, “Saf Hukuk...”, s. 172-173.

konulmaması veya normun, bir üst normun içeriğine aykırılığı hâlinde ne olacaktır?” sorusuna verdiği cevap **Gözler**'e göre çok basittir: Buna göre, bir normun üst norma “şekil” ya da “esas” açısından uygun olmaması hâlinde geçerliliğinden de bahsedilemez. **Gözler** asıl meselenin normun üst norma uygunluğunu kimin tespit edeceği noktasında belirlediğini ifade etmektedir. **Gözler**'in **Kelsen**'in normlar hiyerarşisi düşüncesinden hareket ederek sorduğu sorunun cevabı bireyler tarafından, idare tarafından ve mahkemeler tarafından konulan normlar bakımından tereddütsüz olarak “yargı organları” şeklinde cevaplandırılmaktadır.⁵⁷⁹ **Kelsen**'in sistemi içinde kalındığında “Yasama organı tarafından konulan normların geçerliliği sorunu hakkında karar vermeye yetkili organ hangisidir?” şeklinde formüle edilebilecek bir soruya **Hans Kelsen**'in verdiği yanıt “şekil açısından bütün mahkemeler, esas açısından bu işe özgülenmiş bir anayasa mahkemesi”⁵⁸⁰ ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin verdiği yanıt ise “bütün mahkemeler ve nihayet Federal Yüksek Mahkeme”⁵⁸¹ olacaktır.

Gerçekten de ister bir mantıksal çıkarımdan kaynaklanan bir yüksek mahkeme içtihadına dayansın ister anayasanın bizzat kendisine, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin kabul edildiği bir sistem içinde kanunların anayasaya uygunluğunun yargı yerleri tarafından denetlenmesi, anayasal düzenin “kendi içinde tutarlı” bir “hukuk” düzeni ve devletin de bir hukuk devleti hâline gelmesi için bilinen en elverişli araçtır.⁵⁸²

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri birbirini tamamlayan⁵⁸³ ve **Atar**'a göre de bütün hukuki eylem ve işlemlerin geçerlilik kaynağı olan⁵⁸⁴ iki ilkedir. **Gülsoy**'un **Troper**'den aktardığına göre **Kelsen**'in kuramında anayasanın üstünlüğü anayasa yargısından kaynaklanır.⁵⁸⁵ **Kaboğlu**'na göre de normlar hiyerarşisi ilkesinin doğal sonucu olan anayasa yargısı, anayasanın bir kanunlar düzeninin kaynağı olmasının güvencesidir ve eğer anayasaya uygunluk denetimi olmazsa piramidal yapı çökecektir.⁵⁸⁶

⁵⁷⁹ GÖZLER, Hukukun..., s. 101-112.

⁵⁸⁰ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 33.

⁵⁸¹ ÖZER Attila, Anayasa Hukuku: Genel İlkeler, Turhan, 3. Bası, Ankara 2009, s. 274-275.

⁵⁸² ONAR, İdare Hukukunun..., 1966, s. 364-365.

⁵⁸³ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 113.

⁵⁸⁴ ATAR, “Anayasanın Bağlayıcılığı...”, s. 196-207.

⁵⁸⁵ GÜLSOY, Özgürlüklerin..., s. 85, 91-93.

⁵⁸⁶ KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 16.

Bu ilkelerin teorik ilkeler olarak kalmayıp hayata geçirilmesi, *Batum*'un ifadesiyle anayasanın bir “denetim ve yaptırım” yetenek ve gücüne sahip bir hukuk metni hâline gelmesi ve hukuk devletinin XXI. yüzyıldaki anlamına kavuşabilmesi kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetime tâbi kılınması ile mümkündür.⁵⁸⁷ Anayasanın üstünlüğü bağlamında hukukun üstünlüğü ilkesinin güvencesi olan anayasa mahkemeleri yalnızca temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi işleviyle değil aynı zamanda anayasal dengelerin korunması işleviyle de hukuk devletini gerçekleştiren anayasal organlar olarak *Kelsen*'in teorik altyapısının üzerinde yükselmektedir.⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ *BATUM*, 99 Soruda..., s. 445.

⁵⁸⁸ *KABOĞLU*, Anayasa Yargısı..., s. 169.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK DEVLETİNDE ANAYASA YARGISINI ZORUNLU VE MUTLAK BİR YETKİ OLARAK DOĞURAN OLGUSAL VE KURAMSAL TEMELLER I. AŞKIN DEVLET – ARAÇ DEVLET ÇIKMAZINDA BİR ANAYASA DÜZENİYLE TEŞHİS EDİLEN HUKUK DEVLETİ: ANAYASAL DEVLET

Bu çalışma son sözünü hukuk devletinin XXI. yüzyılda kanunların üstün bir hukuka uygun olarak biçimlendirilmiş bir anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile karakterize edildiğini ifade ederek söyleyecektir. Hukuk devletinin XXI. yüzyılda ayırt edici bir özelliğinin bulunması demek bu ilkenin önceki dönemler bakımından da farklı kapsam ve uygulamalar bağlamında ele alınmasının mümkün olması demektir. Bu noktaya kadar yapılan budur: Bir evrimsel süreç içinde hukuk devletinin, bir uygulama olarak farklı zamanlarda farklı biçimlerde devleti nitelendiren bir prensip olduğunu göstermek.

XIX. ve XX. yüzyılların hukuk devleti bir anayasal devlet olarak teşhis edilir. Diğer bir ifadeyle anayasal devlet, hukuk devletinin bir görünüm biçimidir. Ortaya çıkmakta olduğu dönemler bakımından sorgulanmaya pek muhtaç olmayan bu önermeye, kavramların değişen anlamları hesaba katılarak, XXI. yüzyılın gözlükleriyle bakıldığında, bir dizi çekinceyle yahut ek açıklamayla yaklaşmak gerekir. Anayasal devlet, görev ve yetkilerinin çerçevesi, anayasacılık amaç, ilke ve tekniklerine uygun olarak oluşturulan anayasası ile çizilmiş bir devlettir. Buna göre anayasal devlet, bir hukuk devleti olarak düşünüldüğünde, zorunlu olarak devlet kudretini farklı organlar arasında paylaşmak suretiyle bir devletin ve devlet içinde herhangi bir organın “mutlak bir güç merkezi” olmasının önüne geçen bir anayasa anlaşılmalıdır. Bu yaklaşım, hukuk devletinin esasını teşkil eden “üstün bir yasa ile bağlı ve sınırlı olmak” düşüncesi ile de uyumludur.

Buna göre anayasal devlet, erkler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri ile güvencelenen bir ilkedir. *Starck*'a göre anayasal devleti güvenceleyen teknikler daha önceki dönemlerden tevarüs edilen sınırlı hükümeti sağlamak yöntemlerinin geliştirilmesinden ibarettir.⁵⁸⁹ Gerçekten de tarihin hiçbir döneminde karşılıklı ve eşitsiz bir güç ilişkisi olarak iktidar salt keyfi bir yönetime dayanmış değildir. Amaca ulaşmış olsun ya da olmasın her bir iktidar kendisini sınırlılık esasına göre

⁵⁸⁹ STARCK, “Anayasal Demokrasi...”, s. 26-28.

biçimlendirmiş, iktidar ilişkileri yalnızca yöneticinin değil fakat yönetilenlerin de belli ölçüde kazançlı çıktığı bir ilişki olarak gerçekleşmiştir. Bu ilişkide kimi zaman yönetici Tanrı'ya dayanmış kimi zaman da aklına ve iradesine; fakat her hâlde iktidar bir “yasa” düşüncesi ile yoğrulmuştur.

Böylece hukuk devleti, XIX. yüzyılda adı konulana kadar, bir iktidar ilişkisi olarak “düzenlenme” kavramı ile ifade edilegelmiştir. Bir başka ifade ile “hukuk” düzenlenme kavramına içkin olarak iktidar ile ilişkilendirilmiştir. “Düzenlenen nedir?” sorusunun cevabı kurumsallaşmış bir iktidar olarak devleti ve devletin gelişme sürecini; “nasıl düzenlenmektedir?” sorusunun cevabı ise, düzenin kurallar ile olan ilişkisi ile bağlantılı olarak, hukuk devletinin gelişme sürecini anlatmaktadır.

Bu süreç -savaş, ticaret ve Hıristiyanlık ile şekillenen bir Batı'nın kültür dairesinde kalarak- iki ana çizgi üzerinden gelişmiştir. Birincisi toplumu birey karşısında önceleyen, bir “birlik” düşüncesi içinde toplum inşa eden ve bireyi de ancak bu toplum ve birlik ile anlamlı ve değerli kılan Platoncu çizgidir. Bu çizgi iktidarı uyumlu ve güvenli bir toplumsal düzen yaratmak aracı olarak ele alır. Fakat bu araç öyle bir noktaya varır ki iktidar kendinde bir amaç hâline gelerek bütün bireyleri ve toplumu kuşatır. Burada iktidarın (kavramlar belirmeye başladıkça sırasıyla siyasi iktidarın ve devletin) hukuku, siyasal yapının ve toplumun da şekillendiricisi olmaktadır. Almanya'nın ve Fransa'nın şahsında kıta Avrupası'nın devleti bu çizgiyi takip eder. Bu nedenledir ki Avrupa'da XX. yüzyılın ikinci yarısına kadar hukuk, devletin bir ürünü olarak anlaşılmıştır; monarkın ya da Parlatentonun şahsında somutlaşan devletin... Bu nedenledir ki kıta Avrupası'nda yargıçlar *Montesquieu*'den beri kanunun ağız ve *Bacon*'dan beridir de tahtın arslanları olarak algılanmaktadır.⁵⁹⁰

Devletin varoluşsal olarak akla uygun (*Hegel*'in deyimiyile *Vernuenftig*) ve bireye kendi varlığı ile bir anlam ve değer kazandıran bir entite olarak düşünüldüğü bu yaklaşım transandantal devlet yaklaşımıdır. Kelime anlamı itibariyle deneyile anlaşılır olmayan ve fakat akıl tarafından doğrulanan demek olan *transcendental* kavramı için Türkçe'de “aşkın” kavramı da kullanılmaktadır.⁵⁹¹ Aşkın devlet, sırf var

⁵⁹⁰ LIPSON, Politika Biliminin..., s. 337, 341-343.

⁵⁹¹ Bu çalışmada aşkın devlet ve araç devlet kavramsallaştırması, Çaha'nın kullandığı bağlamda, transandantal devlet-instrumental devlet bağlamında ele alınmıştır. Buna göre aşkın devlet Platoncu-Hegelci bir devlet yaklaşımını ifade ederken, araç devlet Lockeçu-Hayekçi bir yaklaşımı ifade eder. Aşkın devlet ve araç devlet hk. ÇAHA, Aşkın Devletten..., s. 25-36, 42-58. Kavramın güncel

olduğu için meşru, varlığı yine kendisi ile anlaşılabilir ve kendi varlığı içinde diğer bütün varlıkları kuşatan bir düzendir. Aşkın devletin kendi varlığını kendisi ile açıklaması modern devlet olmaya ilişkin bir özelliktir.⁵⁹² Aşkın devlet kendi üyelerinin varlıklarını kendi düzenine tâbi kılarak güvence altına alır. Aşkın devletin düzeninin normatif ifadesi anayasa ve kanunlardır. Bu anayasa ve kanun anlayışı devletin ya da onu temsilen kimi zaman bir monark kimi zaman da bir meclis şeklinde beliren yöneticinin iradesi ile ortaya çıkar. Bu iradenin son tahlilde Tanrının ve/veya halkın iradesi olduğu varsayılır. Herhâlde bu irade toplumsal birlik içindeki en üstün ve nihai iradedir. Ortadan kaldırılamaz, karşı gelinemez. Devletin iradesi olarak hukuk bireyin bütün yaşam alanını düzenlemek iddiasındadır ki bu açıdan aşkın devlet genellikle “totaliter” bir devlettir.

İşte XIX. yüzyılda hukuk devleti, siyasal liberal düşüncenin entelektüel birikimine dayanarak, “totaliter” devlet karşısında otonom birey görüşü ile ortaya çıkmıştır. Aslında olan, hukuk devletinin karşıt görünüm biçimlerinin isimlendirilmesi hatta daha da doğru olarak liberal görüşün, belki meşrulaştırıcı işlevinden de yararlanarak hukuksal olana sahip çıkması ve buna karşılık siyasal olanı şeytanlaştırmasıdır.

Siyasal liberalizm, bireyin bir devlet düşüncesi dışında sırf yaratıldığı/var olduğu için bir anlam ve değere sahip olduğu görüşünden hareketle bir düzen kuramı inşa etmiştir. Buna göre devlet, bireyin kendisinden önce var olan haklarını güvence altına almak için yine bireyler tarafından kurulan bir mekanizma, bir organizasyondur. Temel hak ve özgürlükler şeklinde kavramsallaştırılan ve son tahlilde bireyin toplum içinde kendi varlığını geliştirmesi için toplumun diğer

kullanımları için: **KARDAŞ Ümit**, “*Daha Az Devlet Daha Çok Toplum*”, Taraf, 05.02.2010. “*Yapma toplumsallık, kendisini ancak yapıcısında tanımlayabileceği için de devlet, yapıcı ve hatta yaratıcı gücü nedeniyle aşkınlaşmış ve her türlü bilgi, değer ve anlamın belirleyicisi, hatta kaynağı olarak kendisini kurumsallaştırmıştır.*” **KILINÇ TOKER Nilgün**, “*Modern Devletin İcrası Olarak Modernleşme*”, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=153>, E. T: 22.06.2010.

⁵⁹² Aşkın devletin modern devlet olduğunu söylemiş olmakla bu çalışmada çok önemli bir taş da yerine oturmuş olmaktadır. Hukuk devleti modern devletin alanına ilişkin bir kavramdır. Bu tespiti burada yapmış olmakla ikinci bir taş daha yerine oturtulmuş olacaktır. Hukuk devleti modern anlamına ancak XIX. yüzyıldan itibaren kavuşmaktadır. XIX. yüzyıldan itibaren hukuk devleti aşkın devletin kanun devleti ile aşağıda ele alınacak olan *instrumental devletin* (doğal ya da liberal) hukuk devleti arasındaki marj içinde tartışılmış, güvenlik ihtiyacının sonucu olarak devlet ile özgürlük ihtiyacının sonucu olarak devlet bağlamında hukuk devleti konjonktürel anlam ve kapsam değişikliklerine tâbi tutulmuştur. Yukarıda ele alınan tarihsel ve felsefi arkaplanın da ortaya koyduğu gibi hukuk devletinin güvenlik-özgürlük, demokrasi-hukuk, Tanrısal-beşerî, iradi-akli gibi dikotomiler çerçevesinde tartışılması onun doğasının gereğidir.

bireyleri ve diğer bütün toplumsal kurumlar karşısında öngörülebilir ve güvenli bir “statüyü” ifade eden bir dizi temel değer hukuk devletinin de amacı olarak belirlenmiştir. Böylece devlet, kendi varlığı için bir amaç değil fakat insanlar için bir araç hâline gelmektedir.⁵⁹³ *Instrumental devlet* ya da araç devlet şeklinde ifade edilen bu yaklaşıma göre (hukuk) devlet(i), temel hakları güvencelerken tıpkı aşkın devlet gibi anayasadan ve kanunlardan yararlanır. Ancak burada anayasa ve kanun, önceki bağlamından farklılaştırılmıştır. Modern devlet üst başlığı altında her türlü Tanrısallıktan kopartılarak insani bir nitelik kazandırılan -bir ‘*artefact*’e dönüşen- “kanun”, hukuk devletinde somut bir irade olmaktan çıkartılarak anonimleştirilmiştir. Hukuk devleti -en azından hukuk devletine bu siyasal liberal karakterini veren Anglo-Sakson hukuk devleti anlayışı- her şeyden önce mümkün olduğunca istikrarlı bir anayasanın varlığını gerektirir. Bu anayasa **Dicey**’nin ifadesi ile mahkemeler tarafından tespit edilen haklardan oluşur.⁵⁹⁴

Aşkın devletçi görüşün özel hukuk tarafından şekillendirilmiş olmakla eleştirdiği hukuk devletinin hukuk düzeni, bireylerin kendi farklılıklarını koruyarak kendilerini geliştirmeleri konusunda tarafsız bir düzen yaratırken çoğulcu bir yaklaşımı benimser.⁵⁹⁵ Bu çoğulculuk hem toplum içindeki farklılıkların saygı görmesi anlamında hem de hukukun kaynaklarının çoğulculuğu anlamında kullanılabilir. Böylece hukuk devletinin hukuk anlayışı salt yasama organının ya da yöneticinin mutlak iradesi olarak algılanmaz fakat daha ziyade, erkler ayrılığı ilkesinin de bir sonucu olarak, yasama, yürütme ve yargı erklerinin iradesinin bir yansıması olarak düşünülür. Böylece hem hukukun tek bir elden üretilerek gücün tek elde toplanmasının önüne geçilmiş olur hem de erklerin karşılıklı olarak birbirlerini kontrol etmesi ve dengelemesi de sağlanmış olur. Ayrıca hukuk, bütün bireylerden başka bütün devlet organları için de bağlayıcı bir değer hâline gelerek devletin, hukuki bir çerçeveye oturması da sağlanmış olur.

Devletin hukukunu savunan aşkın devlet anlayışı ile hukukun devletini savunan araç devlet arasındaki hukuk devleti anlayışındaki fark buradan kaynaklanır.

⁵⁹³ Aşkın Devlet – Araç Devlet ilişkisinin anlam itibarıyla bağlamını kaybetmeden fakat farklı bir kavramsallaştırma üzerinden, Devletin Organik Teorisi ve Devletin Ekonomik Teorisi, kısaca ele alındığı bir bakış açısı Barry’de de bulunabilir. **BARRY**, *Modern...*, s. 74-86.

⁵⁹⁴ **DICEY** Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan and Co., 8. Bası, Londra 1915, s. 191.

⁵⁹⁵ **BEZCİ**, Carl Schmitt’in..., s. 81-86, 124, 131.

Ancak her iki devlet bakımından gözetilmesi gereken bir ilke vardır: o da hukukun son tahlilde devlete ait bir irade olmasıdır. Eğer bir kişi ya da kurum ya da bir devlet organı hukukun kaynağının sadece kendisi olduğu iddiasını ileri sürerse devletin kendisi olduğunu da iddia etmiş olacaktır. İlkçağ devletlerinden iki dünya savaşının sonuna kadar geçen süre içinde bu türden bir iktidar yoğunlaşmasının, kristalize edildiği gibi kötü tabiatlı bireylerin kötücül toplumunu dizginleyerek insanlara barış, huzur ve refah getirmediği görüldüğü için, iktidarın devlete ait organlar tarafından paylaştırılması ve kullanımının da anayasalar ile düzenlenmesi gerekmiştir.

Bugün “anayasa”, “hukuk”, “anayasa mahkemesi” kavramlarının önem kazanması ve parlamentolar tarafından kanun adı altında ve buna özgü usulle ortaya konan devlet iradesinin yine devlet tarafından anayasa mahkemeleri ya da bu işlevi gören organlar eliyle bir denetime tâbi tutulması da bu gerekliliğin doğal bir sonucudur. Bugün hukuk devleti, aşkın devletten devlet olmanın en temel gereği olan bir “teşkilât” devralmıştır. Araç devletin iddiası bu teşkilâtın üstün bir hukuk içinde organik ve işlevsel bir varlığının olabileceği ve bu üstün hukukun da bütün farklılıkları ile toplum-bütün kurumları ile devlet plüralizmi içinde ortaya konulması gerektiğidir.

Devletin örgütsel yapısını, yetkilerini, yurttaşların hak ve ödevlerini düzenleyen, onları biçimlendiren, temel nitelikteki üstün ve bağlayıcı *politiko-legal* metne “anayasa” denir.⁵⁹⁶ Organları, bir anayasa ile kurulan ve bu anayasaya göre işletilen devlete de –kural olarak- anayasal devlet. Anayasal devlet, hukuk devletinin bir aşamasıdır ve karakteristiğini yasamanın da üstün bir hukukla bağlanması prensibinde bulur. Bu çalışmanın başlangıcından beri vurgulandığı gibi hukuk devleti hukukun yönetiminin sağlandığı devlettir. Hukukun yönetimi her şeyden önce toplumun hukuka bağlılığının sağlanmasını gerektirmiştir. Bireylerin hukuk ile bağlanmasında en temel araç yargı organlarıdır. Bireylerin, yönetilenlerin hukukla bağlılığı sağlandıktan sonra, ikinci aşama yönetenlerin hukukla bağlılığı olmuştur. Hukuk düzeninin yöneticileri hukukla bağlamakta kullandığı bir araç kanun ve kanunun etkinliğinin sağlanmasında en temel araç da yine yargıdır. Nihayet hukuk devletinin anayasanın üstünlüğü ilkesiyle teşhis edildiği bir aşamaya gelindiğinde

⁵⁹⁶ ÇAĞLAR, “Anayasa’nın Hukuku...”, s. 14; LIPSON, Politika Biliminin..., s. 301; SARIBAY Ali Yaşar, “Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı”, içinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a ARMAĞAN, C. I: Siyaset Bilimi, Yetkin, Ankara 2008, ss. 383-397, s. 384-392.

artık yürütmeden başka yasamanın da üstün bir kanunla, anayasayla, bağılılığı gündeme gelmiştir. Anayasanın üstünlüğünün sağlanması da öncekinden farklı olmayarak yine yargı organları aracılığıyla gerçekleşecektir.⁵⁹⁷ Yargısal denetim ister bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, ister idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde ister anayasanın uygulanmasıyla ortaya çıkan sorunların çözümlenmesinde hukuk devletinin vazgeçilmez bir aracı; hatta bir adım daha atarak hukuk devletinin anlamıdır denilebilir.

Bu nedenle hukuk devleti, anayasal düzeni sağlamaya yönelik yargısal mekanizmalara vurgu yapar. Hukuk devletinin yargıya olan bu vurgusu özü itibarıyla anayasal düzene ilişkin sorunların yine anayasa aracılığı ile ve anayasaya uygun biçimde çözümlenmesi amacını gözetmektedir. Hiç şüphesiz bir anayasa, kurulu anayasal düzenin korunması görevini salt yargısal organlara terk etmiş değildir. Fakat yargı yerleri hukuk devleti içinde diğer bütün unsurlardan bağımsızlık, tarafsızlık, hukuku bilmek ve yorumlamak kabiliyeti ve nihayet hukuku söylemek yetkisi bakımından ayrılır. Böylece yargı, hukukun hukuk aracılığıyla korunup geliştirildiği bir düzenin güvencesi olmak bakımından diğer idare yerlerinden, yürütme ve yasama organlarından ayrılır.⁵⁹⁸

Özellikle anayasa yargısı söz konusu olduğunda yargısal organların temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi görevine vurgu yapılmakta ve siyasal iktidarın bir insan hakları söylemi üzerinden sınırlandırılması gündeme gelmektedir. Bununla birlikte bir anayasada düzenlenen tek unsur temel hak ve özgürlükler değildir. Anayasalar temel hak ve özgürlüklerden başka devletin, bu kapsamda siyasal ve hukuksal sistemin kuruluş ve işleyişine ilişkin temel kurallar da öngörmektedir. Anayasa ve bu anayasaya göre kurulan anayasal düzen bir bütündür. Her ne kadar modern anayasacılık temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ve siyasal iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin mekanizmaya yer vermeyen belgeleri anayasa olarak kabul etmese de temel hakları güvenceleyen ve iktidarı sınırlandıran anayasaların da salt bir haklar katalogundan ibaret olmadığını kabul etmek gerekir. Zira çağdaş devletlerin üstlenmiş oldukları görevler ve bu görevleri yerine getirmek

⁵⁹⁷ ATALAY, “*Saf Hukuk...*”, s. 173-175.

⁵⁹⁸ Yargı organlarının hukuk devletini ve anayasa ile kurulu düzeni güvencelemeye yönelik bu işlevi genellikle idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ve anayasa yargısında belirginleşir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir “anayasa yargısı yeri” olarak anayasal düzenin ve ulusal birliğin koruyucusu olduğu kabul edilmektedir. ARSEL, Amerikan Anayasası..., s. 40-47.

için ihtiyaç duydukları örgütlenme sadece temel haklar katalogundan ibaret bir anayasanın yaşama şansını güçleştirmektedir.

Bu açıdan bir anayasal düzen, yalnızca hak ve özgürlükleri koruyan ve iktidarı sınırlandıran ilkeleri belirtmekle kalmaz özgürlükçü bir düzenin gereği olan bütün siyasal ve hukuksal mekanizmayı da kurar.⁵⁹⁹ Anayasa mahkemeleri de yerine getirdikleri denetim ile bu anayasal düzenin güvencesi olmaktadır. Anayasa yargısına yüklenmiş olan bu görev sırf rasyonalist bir yaklaşımın sonucu değil daha ziyade tarihsel tecrübelerin bir sonucudur. *Türmen, Demokraside Yargının Önemi ve Weimar Dersleri* başlıklı yazısında, bir anayasa mahkemesine sahip olmayan Weimar Cumhuriyeti'nde, Hitler'in iktidara geliş sürecinin ve iktidardaki faaliyetlerinin bütünüyle şiddete dayalı olmadığını fakat kanuni bir zemine dayandığını belirterek; “yargının demokrasiyi, hukuk devletini, bireysel hak ve özgürlükleri, anayasal düzeni koruma görevini yerine getiremediği durumlarda siyasal iktidarın otoriter bir yönetime kaymak tehlikesi(nin) her zaman var” olduğundan bahsetmektedir. *Türmen*'e göre Weimar Cumhuriyeti'nde bir anayasa mahkemesi bulunsa idi ya da Weimar Devlet Mahkemesi kendisini anayasal demokratik düzeni korumak konusunda yetkili görse idi Almanya ve dünya belki de bir Hitler tecrübesi yaşamak zorunda kalmayacaktı.⁶⁰⁰

Hemen belirtmek gerekir ki Almanya'da Weimar'dan sonra hukuk ve anayasa ortadan kalkmış değildir; tıpkı Franko İspanya'sında yahut Mussolini İtalya'sında, Stalin Rusya'sında olduğu gibi. Peki, sırf bir anayasayla ile düzenlenmiş olduğu için her anayasalı devleti anayasal devlet saymak gerekir mi? Bu soruya verilecek yanıt “hayır” olmalıdır. Anayasalı devleti anayasal devletten ayırmak ve hukuk devletinin kendisini ifade ettiği “anayasa”nın anayasacılık felsefesine uygun bir anayasa olduğunu ifade etmek zorunludur. Böylece hukuk devletinin bir aşaması olan anayasal devlet, sınırlı bir çoğunluğun yönetimini anayasası ile kurumsallaştıran

⁵⁹⁹ San da, meşruluk inancına, çağdaş demokratik ilkelere, temel hak ve özgürlükler anlayışına aykırı bir anayasanın salt yürürlükte olması sebebiyle “hukuka uygun bir anayasa” olarak kabul edilemeyeceğini belirtirken “anayasa” kavramının sadece bu isimle bağlayıcılık kazanan bir kanundan ibaret olmaması gerektiğine işaret etmektedir. SAN Coşkun, “Toplumda Demokratikleşme Alanları”, AYD, C. 10, 1993, ss. 411-428, s. 413.

⁶⁰⁰ TÜRMEN Rıza, “Demokraside Yargının Önemi ve Weimar Dersleri”, Milliyet, 19.02.2010. Aynı yönde bir bakış açısını Kongar da sergilemekte, yazar anayasa mahkemesinin yokluğunun sistem içindeki çatışmaların hukuk dışı alanlarda çözümüne mecbur ettiğini ifade etmektedir. KONGAR Emre, “Anayasa Mahkemesi Olsaydı...”, Cumhuriyet, 07.04.2008.

devlettir. Anayasal devletin kurucu belgesi olan anayasa ise hukukun üstünlüğü ilkesinin gereklerine uygun bir içerikle donanmış bir anayasadır.⁶⁰¹

Anayasacılık, bir dizi kavramdan bağımsız olarak düşünülemez. Bu açıdan anayasacılık, hukuk ile bağlanmış ve sınırlandırılmış bir siyasal iktidarın varlığını gerektirir. Sınırlı ve hukukla bağlı bir iktidar ise keyfi yönetim kavramıyla bağdaşmaz fakat yönetme yetkisini, üzerinde anlaşılması adil kurallar ile çerçeveler. Siyasal iktidarın yetkisinin sınırlandırılmasının temel sebebi, yurttaşların özgürlük alanlarını güvencelemektir. Zira despotizm, iktidarın mutlak olduğu yerde vardır. Böylece anayasacılık, yönetenin statü ve yetkilerini, yöneten-yönetilen ilişkilerini düzenleyen kurallar ekseninde ele alınır.⁶⁰² Bu doğrultuda anayasal devletin anayasası, 1789 Beynamesindeki anlamıyla, “insan haklarını koruyan ve erkler ayrılığını sağlayan” bir anayasa olmak durumundadır. *Wheare*’nin *Bolingbroke*’dan aktardığı üzere “Anayasadan ne zaman hatasız ve doğru biçimde söz edersek, biz, topluluğun siyasal bakımdan yönetilmek konusunda anlaştığı, ...genel sistemi oluşturan...aklıselimin değişmez ilkelerinden kaynaklanan örf ve adetler, kurumlar ve yasakların bir araya gelmesini anlıyoruz.”⁶⁰³ Anayasal devlet, bu sürecin biçimsel ifadesidir⁶⁰⁴ anayasa yargısı ise güvencesi ve aracı.

II. SİYASAL DÜZENİN KURULMASI VE SÜRDÜRÜLMESİ

Çağlar’ın “*normatif devreler şebekesinin yenilenmesi*” şeklinde ifade ettiği olgu, anayasa mahkemelerinin, hukuksal ve siyasal düzen içinde asli bir unsur olarak belirmesini ifade eder. Gerçekten siyasalın hukuksallaştığı bir yapı olarak hukuk devleti içinde diğer bütün siyasal organların yanında “işlemleri siyasal alanda da etki yaratan hukuksal bir organ” olarak anayasa mahkemesi, siyasal düzenin inşa edilmesinin ve “oyunun kurallarına göre oynanmasının” bir güvencesi olmaktadır. Yazarın daha geniş bir perspektiften, uluslararası düzlemde ve uluslararası yargı yerleri ekseninden yaptığı değerlendirme, ulusal anayasa mahkemeleri perspektifinden de geçerli olmalıdır. Buna göre (anayasa) yargı(sı) özgürlükçü ve demokratik bir düzenin kurulmasında etkili bir cihazdır. Yazarın bakış açısına sadık kalarak fakat anayasa yargısı düzleminde, anayasa mahkemelerinin siyasal düzenin

⁶⁰¹ CANIKLIOĞLU DİKMEN Meltem, Anayasal Devlette Meşruiyet, Yetkin, Ankara 2010, s. 71.

⁶⁰² ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, s. 3.

⁶⁰³ WHEARE, Modern Anayasalar, s. 3.

⁶⁰⁴ ÇAĞLAR Bakır, “‘Hukuk’la Kavranan ‘Demokrasi’ Ya Da ‘Anayasal Demokrasi’”, AYD, C. 10, 1993, ss. 233-276, s. 238.

inşası ve idamesi sürecine katkısı, hukukun, ““usul’ün hukuku olmaktan çıkarılarak ‘hukuk’un hukuku” hâline getirilmesi ile mümkün olacaktır.⁶⁰⁵ Bunun diğer bir ifadesi de şudur ki; hukuk devleti zorunlu olarak asgari bir içeriği gerektirir ve buna bağlı olarak da anayasa yargısı zorunlu olarak asgari bir dizi değere atıf yapar. Liberal bir ilke olarak hukuk devletinin, yasamayı liberal değerler çerçevesi ile sınırladığı gibi anayasa yargısını da bu değerler ekseninde etkinleştirdiğini söylemek mümkün olmalıdır.

Anayasa yargısı, hukuk devleti içinde, hukukun üstünlüğü ile teşhis edilen bir anayasal devletin siyasal düzenini, siyasetin çıkar odaklı çatışmacı yapısından koruyarak -hukuksallaştırarak- bireyler için güvenceli bir alan yaratır. Bu alanın yaratılması, zorunlu olarak siyasal olanın yani hem siyasetin hem de siyasal iktidarın sınırlandırılmasını gerekli kılar. Anayasa yargısı organlarının siyaseti sınırlandırmak konusundaki meşruluk temelini bizzat hukuk düşüncesi teşkil ederken, iktidarın sınırlandırılması konusunda mahkemeler insan haklarına dayanır. İşte iktidarın sınırlandırılması suretiyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir devlet hukuk devleti ile ifade edilir ve hukuk devleti temel anlamını hukuk güvenliği ilkesinde bulur. Bundan başka, hukuki öngörülebilirlik ile inşa edilen bir toplumsal düzen içinde hukuk bireylerarası uzlaşma zemini teşkil etmesi bakımından aynı zamanda ortak bir ahlaka da işaret eder. Bireylerin ortak değerlerine atıf yapan bu düzen, bu anlamıyla, aynı zamanda demokratik bir toplumsal düzenin de ifadesidir.

Görülmektedir ki, anayasa yargısı hukuk devleti içinde zorunlu ve mutlak bir yetki olarak belirir ve anayasa yargısını hukuk devletinin *sine qua non*’u kılan temellerden birisi de son tahlilde mahkemenin önüne bir hedef olarak da konulmuş olan liberal değerler ekseninde bir siyasal düzenin kurulması ve sürdürülmesidir.

A. İKTİDARIN SINIRLANDIRILMASI YOLUYLA TEMEL HAKLARIN GÜVENCELENMESİ DÜŞÜNCESİ

Devletin kaynağına ilişkin bir açıklama getirmeye çalışan bütün teorilerin ortak noktası, bir arada yaşamakta olan insan topluluğunun üzerine inşa edilen bir

⁶⁰⁵ ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi İlk Veriler”, AYD, C. 6, 1989, ss. 113-158, s. 124-125.

üstün “otorite unsuru”dur.⁶⁰⁶ Modern devletle birlikte kurumsallaşan bu üstün otorite⁶⁰⁷ üstlenmiş olduğu görev ve işlevleri yerine getirmek için büyük bir güce sahiptir.⁶⁰⁸ Bu “güç” potansiyel olarak bireylerin ve toplumun yararına kullanılabilceği gibi, bizzat devletin ve yöneticilerin yararı için, keyfi ve sınırsız biçimde de kullanılabilir.⁶⁰⁹

Birey-devlet ilişkilerinde ister devlet öncelenmiş olsun ister birey, *Zabunoğlu*'nun ifadesiyle “devlet kudreti”nin⁶¹⁰ sınırsız ve keyfi biçimde kullanılması hiçbir siyasal ideolojide açıkça kabul görmüş bir düşünce değildir.⁶¹¹ Her hâlde ve mutlaka hukuk kuralları ile belirlenen⁶¹² bu, “sınır” ve “keyfilik” merkeze konan kavrama göre farklı anlamlar taşıyabilir.⁶¹³ Örneğin; devletin birey karşısında öncelendiği bir dünya görüşü içinde sınır, devletin yüceltilmesidir. Bu bakımdan devletin üzerinde ve devletin dışında bir şey düşünülemez.⁶¹⁴ Toplumun öncelendiği bir dünya görüşünde ise sınır ideal toplum yapısını inşa etmektir. Bu amaçtan sapacak her türlü kural ve uygulama “keyfi” sayılabilir.⁶¹⁵ Bağımsız bir birey olarak insanın ve onun özgürlüklerinin merkeze konduğu bir dünya görüşü bağlamında ise sınırsız ve keyfi bir güç⁶¹⁶ bireysel özgürlükler önündeki her türlü

⁶⁰⁶ Güç, otorite ve iktidar özdeş kavramlar değildir. Otorite, meşru bir iktidarı ve iktidar ise sınırlandırılmış gücü ifade eder. **PORTIER** Philippe, “*Otorite*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, s. 639; **ÇEÇEN**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 116; **VERGİN**, Siyasetin..., s. 37. Sennett’in belirttiği gibi, siyaset ve devlet söz konusu olduğunda “güç”, “otorite” ve “iktidar” kavramları birbirlerinin yerine de kullanılabilir. **SENNETT**, Otorite, s. 26. **BARRY**, Modern..., s. 95 vd.; **DOEHRING**, Genel..., s. 14-15, 24-27, 42-48; **OKANDAN**, Umumi Âme Hukuku, s. 28-113.

⁶⁰⁷ **AKAL** Cemal Bâli, “*Bir Devlet Kuramı İçin Giriş*”, içinde: Devlet Kuramı, Ankara 2000, ss. 13-30, s. 14; **PIERSON**, Modern Devlet, s. 40-42.

⁶⁰⁸ Gray’a göre, haklarla sınırlandırılmış iktidar talebinin muhatabı etkili bir gücün sahibi olan XIX. ve XX. yüzyılın devletidir. Etkin (güçlü, “aşkın”) devlet, hukuku egemen kılmanın tek aracıdır. Bu bakımdan hukuk devleti, onu olanaklı kılacak siyasal koşullardan ve etkili bir devletten bağımsız düşünülmemelidir. Aksi hâlde ilke, kendi var oluş sebebine uygun sonuçlar doğurmaktan uzaklaşabilecektir. **GRAY** John, Liberalizmin İki Yüzü, Dost, Ankara 2003, s. 121. Sancar da hukuk devletinin son tahlilde bir devlet olduğunu ve “*genel devletselliğin*” gerekliliklerini ihmal edemeyeceğini belirtmektedir. **SANCAR**, ‘Devlet Akli’..., s. 56, 79.

⁶⁰⁹ **EROĞUL** Cem, Devlet Nedir?, İmge Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2002, s. 41-64; **ÇEÇEN** Aml, Adalet Kavramı, Gündoğan, 2. Bası, Ankara 1993, s. 10.

⁶¹⁰ **ZABUNOĞLU**, Bir Hukuk..., s. 1-8.

⁶¹¹ **BIELEFELDT** Heiner, “*Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik*”, Çev.: Yüksel Metin, içinde: Hukuk Devleti, Ed.: Ali Rıza Çoban/ Bilal Canatan/ Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 271-291, s. 273.

⁶¹² **SANCAR**, ‘Devlet Akli’..., s. 34.

⁶¹³ **BARNETT**, Constitutional..., s., 70, 76-77.

⁶¹⁴ **KAPANİ** Münici, Kamu Hürriyetleri, Yetkin, 7. Bası, Ankara 1993, s. 148-151.

⁶¹⁵ **GÖZE**, Siyasal Düşünceler..., s. 292-293.

⁶¹⁶ Endicott’a göre şu hâllerde iktidarın keyfiliklerinden bahsedilebilir: i. Kanun koyucuların iradesine mutlak bir serbestlik tanırsa. ii. Benzer durumlarda aynı şekilde işlemler tesis etmezse. iii. Eylem ve

engelin de sebebi olarak düşünülür. Bu açıdan devlet gücünü, yani iktidarı, etkili bir biçimde sınırlandırmak birey özgürlüklerini korumanın en işlevsel yöntemi olarak kabul edilir.⁶¹⁷

Bireyin ve bireysel özgürlüklerin öncelendiği bu bakış açısı, liberal bir bakış açısıdır.⁶¹⁸ Liberalizm genellikle ekonomik liberalizm ve siyasal liberalizm olarak ikiye ayrılarak değerlendirilir. Siyasal liberalizm, bireysel, daha doğru bir ifadeyle siyasal, özgürlüklerin korunması gerekliliği karşısında siyasal iktidarın sınırlandırılması doktrini olarak ortaya atılmıştır.⁶¹⁹ Temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla siyasal iktidarı sınırlandırmaya yönelik bir dizi ilke ve kuramı kapsayan bu doktrin “anayasacılık” olarak adlandırılır.⁶²⁰ Hukuk devleti, bu amaca yönelik anayasacılık ilkelerinden bir tanesidir.⁶²¹ Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ise bu ilkeyi hayata geçirecek araçlardan birisidir.

Hukuk devleti, yönetilenlerden daha çok yönetenleri de hukuk ile daha da somut olarak anayasa ile, bağlayarak onu sınırlandırır. Yönetenlerin –siyasi iktidarın- sınırlandırılması düşüncesi, mutlak monarşiler ya da çoğunlukçu parlamentolar karşısında girilen özgürlükler mücadelesinin bir sonucudur. Temel hak ve özgürlüklerin anayasalarda düzenlenerek güvencelemesi, bu mücadelenin hem aracı hem de sonucu olmuştur. Bir başka ifadeyle siyasi iktidar, devletten önce var olduğu ileri sürülen bir dizi özgürlük ile sınırlandırılmış ve bu özgürlükleri ve hakları

işlemleri öngörülebilir değilse. iv. Eylem ve işlemlerinde *hukukun aklından* uzaklaşıyorsa. **ENDICOTT** Timothy A. O., “*The Impossibility of the Rule of Law*”, Oxford Journal of Legal Studies, Spring 1999, ss. 1-18, s. 3.

⁶¹⁷ **ARSLAN**, Anayasa Teorisi, s. 21.

⁶¹⁸ Erdoğan’a göre, modern liberal siyaset felsefesinin sosyo-politik örgütlenmeye ilişkin öngördüğü temel bir değer olarak hukuk devleti doktrinine teorik katkı ağırlıklı biçimde liberal düşünce içinden gelmekteyse de XX. yüzyıl Avrupa’sının siyasal tecrübeleri ilkeyi ideolojik kökeninden neredeyse bütünüyle bağımsızlaştırmıştır. **ERDOĞAN**, Anayasa ve Özgürlük, s. 17. Nitekim Özcan da özellikle yasama faaliyetlerinin yaygınlaşması ile hukuk devletinin kapsamında meydana gelen farklılaşmaya dikkat çekmektedir. **ÖZCAN**, Modern Toplum..., s. 224. Bu çalışmada da hukuk devleti, ideolojik bir bağlamda ele alınmamaktadır. Buna karşılık hukuk devletinin, liberal düşünceden ve kapitalizmden bütünüyle soyutlanması da mümkün değildir. İlkenin aynı zamanda siyasi bir ideali ifade ettiği gözden uzak tutulamaz. **HAYEK**, “*Siyasî...*”, s. 41 vd.

⁶¹⁹ **TOKU** Neşet, “*Liberalizmin Meşruiyet Zemini*”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2003, s. 62-63.

⁶²⁰ **ARSLAN** Zühtü, “*Anayasal Devlet ve Siyasal Tarafsızlık*”, içinde: Liberalizm, Devlet, Hegemonya, Der.: E. Fuat Keyman, Everest, İstanbul 2002, ss. 148-174, s. 149; **BEAUD** Olivier, “*Anayasa ve Anayasacılık*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, s. 63-64; **BARNETT**, Constitutional..., s. 5; **BRADLEY** Anthony W./**EWING** Keith D., Constitutional and Administrative Law, Longman, 13. Bası, Harlow 2003, s. 8; **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., s. 23 vd. Bu açıdan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de anayasacılığa anlamını veren temel bir ilkedir.

⁶²¹ **ROSENFELD**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 212.

geliştirmek görevi de siyasal iktidarın meşruluğunun kaynağı hâline getirilmiştir.⁶²² Böylece devlet, kamu hürriyetlerinin hem muhatabı hem de garantörü konumundadır.⁶²³

Devlet kudretinin sınırlandırılması Eski Yunan'dan bugüne güncelliğini koruyan bir konu olmuştur. Bu bağlamda ileri sürülen görüşler arasında hukuk devletini diğerlerinden ayıran, ilkenin özgülendiği “özgürlüklerin korunması” amacıdır.⁶²⁴ Modern toplumun düşünsel ve siyasal dünyasında kavramsal, teorik ve pratik boyutları ile ortaya çıkan bir ilke olan ve hümanizmanın ve bireyciliğin etkisi ile insanın merkeze alındığı ve aklın yüceltiildiği bir düşünce dünyası içinde doğan hukuk devletinin, “eşitlik, özgürlük ve güvenlik” ihtiyaçlarının bir sonucu olduğu söylenebilir.⁶²⁵ Bu ihtiyaçlar doğrultusunda “(b)ireysel ve siyasal özgürlük, kuvvetler ayrılığı, hukuksal güvenlik, parlamentarizm gibi unsurlarla belirlenen devlet anlayışı(nın)”, burjuva toplumunun ekonomik yapısı ile ve devrimci dönemdeki İngiliz ve Fransız burjuvazisinin siyasal programı ile örtüştüğü söylenmektedir.⁶²⁶ Bu açıdan değerlendirildiğinde hukuk devletini yaratan sosyal sınıfın ideoloji olarak liberalizmi benimsemiş olan burjuvazi olduğunu tespit etmek gerekir. Bu nedenle hukuk devleti liberal dünya görüşünden bağımsız olarak ele alınamaz⁶²⁷ ve bireycilik, sınırlı iktidar, güvenceli temel haklar ve özgürlükler düzeni gibi anayasacılık ilkeleri ile birlikte düşünülür.⁶²⁸ Bir başka ifadeyle hukuk devletinin varlık sebebi, anlamı ve işlevi onun “sınırlı iktidar kuramı” olmak özelliğine sıkı sıkıya bağlıdır.

⁶²² ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlük, 18-20; YAYLA, Liberalizm, 207.

⁶²³ SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 123.

⁶²⁴ SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 34.

⁶²⁵ KIŞLALI Ahmet Taner, Siyasal Çatışma ve Uzlaşma, İmge Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1993, s. 74; ÖKÇESİZ, “Hukuk ve Siyaset Geriliminde...”, s. 109; ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 196.

⁶²⁶ SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 35-36.

⁶²⁷ AKTAŞ Sururi, “Liberal Hukuk Kavramı Üzerine genel Bir Bakış”, KHUKA, Eylül 2002, ss. 96-102, s. 97-98, Çevrimiçi Erişim İçin: <http://www.akader.info/KHUKA/index.htm>; “Hukuk Devleti kavramı...ilk kez 19. asırda burjuva toplumunun, mutlak monarşilerin kuvvete dayanan Devletine karşı savaşından doğmuştur.” HUBER, “Modern...”, s. 58; ÖZLEM Doğan, “Evrenselcilik, İnsan Hakları, Liberalizm Üstüne”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., 2003, ss. 54-61, s. 57-59; “Hukuk devletinin en ikna edici sunumu liberalizme uygun bir ideal olarak bireysel özgürlüğün güvence altına alınmasıdır.” ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 206; “[H]ukuk devleti kavramı...liberal burjuvazinin bir yaratımı ve talebi olarak ortaya çıkmıştır.” SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 32; “Liberal devletin sınırlılık niteliğinin ‘hukuk devleti’ veya ‘hukukun hâkimiyeti’ kavramlarıyla da ifade edildiğini görürüz.” YAYLA, Liberalizm, s. 28-29, 207.

⁶²⁸ ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 21 vd.; BARNETT, Constitutional..., s. 5, 69; HAKYEMEZ Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin, Ankara 2009, s. 257-272, 348-370.

Barry özgürlük kavramının tanımlanmasına ilişkin bir güçlüğü işaret etmekte ve insanların “özgürlük” taleplerinin hangi türdeki sınırlamaların karşısına konulduğu tespit edilmezse bunların tutarsız sloganlardan başka bir şeyi ifade etmeyeceğini belirtmektedir. Dolayısıyla özgürlük, sosyal ilişkilerde ortaya çıkan bir dizi sınırlama bağlamında ele alındığında bir değer ve anlam taşır. Liberal düşüncenin özgürlük kavramına yüklediği anlam “siyasi” bir temel üzerinde yükselen bir zorlamanın bulunmaması hâlidir. Böylece liberal hukuk, birey davranışlarını “yönlendirirken” ona bir “hukuka uymamak” yahut “dilediği yöntemi tercih etmek” şansı da tanır. Böylece hukuksal kanun, despotik emirden ayrılmış olur. Özgürlük, herkes için son tahlilde bir hukuk düzeni ile tespit edilmiş olan davranış kurallarından ibarettir. Bu davranış kuralları, yahut davranışın sınırları, mahkemeler aracılığıyla barışçıl bir düzenin inşası bağlamında tespit edildikçe, bireylerin diğerleri karşısında ortaya çıkan haklarından bahsedilir. Buna göre hak, liberal bir toplumsal düzen içinde bireyin diğer bireylere (ve topluma) karşı (yargı organları tarafından tespit edilmiş olan) ileri sürebileceği özgürlük alanıdır. Hak özgürlükten türetilen ve bireyin özerkliği, onuru ve saygınlığı ile tamamlanan bir dokunulamaz alan olarak belirince artık onun negatif niteliğinden bahsetmek de zorunlu hâle gelecektir.⁶²⁹

O hâlde hukuk devletinin, yargı organları aracılığıyla tespit edilen bir haklar düzeni (hukuk) vasıtasıyla bireyin özgür alanının diğer bütün iktidar odakları karşısında güvencelenmesini ve bu güvenceli alan ile iktidarı sınırlandıran kendiliğinden bir düzen inşası yöntemini ifade ettiği söylenebilir.

Gerçekten liberal düşünce, her türlü iktidar odaklaşması karşısında ihtiyatlı, daha da özenli bir ifadeyle “güvensiz” bir yaklaşım sergiler. **Lord Acton**'un vecizeleşmiş ifadesindeki, gücün yozlaştırıcılığı fikri, bu bakış açısının temelinde yer almaktadır. Gerçekten de kişi ya da topluluk şeklinde ortaya çıksın hiçbir siyasi iktidar sahibinin “iyilik veya daha rasyonel olma adına, elindeki iktidardan hukukun objektifleştirilen iktidarı adına feragat etmeye ikna” edilemeyeceğini siyasi tarih ortaya koymuştur.⁶³⁰ İktidarın keyfliğe dönüşmesinin önlenmesi, bu iktidarın denetlenmesi ile mümkün olacaktır.⁶³¹ Bugün en etkin biçimde yargı iktidarı

⁶²⁹ BARRY, Modern..., s. 215-234, 253-278.

⁶³⁰ ÖZCAN, Modern Toplum..., 300.

⁶³¹ SANCAR, ‘Devlet Akli’..., 37.

tarafından gerçekleştirildiği söylenen bu denetim yetkisi XVIII. ve XIX. yüzyıllarda işlevini yasama iktidarı eliyle gerçekleştirmiştir.⁶³²

B. BİREYCİLİK İLKESİ

Bireycilik, hukuk devletine anlamını veren temel bir ilkedir. Hatta *Çağlar*'a göre bütün bir hukuk devleti tarihi, bireyleşmenin tarihidir.⁶³³ Bireyin özgürlüklerinin ve haklarının korunması amacına yönelik bir ilke olarak ortaya çıkan hukuk devleti hümanizma ve Rönesansla başlayan bir sürecin ürünüdür.⁶³⁴ Varlığı *Pôlis*'in, kilisenin ve malikânenin varlığında eriyen insanın bağımsızlaşarak birey olarak değer kazanması Rönesans ile gerçekleşmiş, bireycilik aydınlanma ve Fransız İhtilâli ile birlikte siyasal iktidarı sınırlandıran bir anayasacılık ilkesi hâline dönüşmüştür.⁶³⁵ *Starck*'a göre de Avrupa kültürünün en önemli unsurlarından birini oluşturan “bireye verilen önem” başlangıçta dinsel bir karakter taşıırken hümanizma ve aydınlanmanın etkisiyle sekülerleşmiş; birey, bir değer olarak bir dizi “destekleyici ve yönlendirici” kurumun ekseninde ele alınmıştır. Bu bireyi destekleyici ve yönlendirici kurumlar sayesinde ki Avrupa’da despot yönetimler karşısında bir eğilim de gelişmek imkânı bulmuş; bu despotizm karşıtlığı sınırlı iktidar düşüncesinin kurumsallaşmasının motivasyonunu teşkil etmiştir.⁶³⁶

Huber, hukuk devletinin hakkaniyet ile teşhis edileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda hakkaniyeti de geleneksel anlamına uygun olarak “herkese kendine ait olanın verilmesi” anlamında kullanmaktadır. “Herkese ait olan” ise, insan kişiliğinin vazgeçilmez niteliği olan insan onuru şeklinde kavramsallaştırılan, insanın sırf insan olması sebebiyle hak sahibi olmasıdır. Bu haklar, hukuk devleti söz konusu olduğunda onu ortaya çıkartan toplumsal gelişmeler doğrultusunda hayat, hürriyet ve mülkiyet hakları olmaktadır. Bu bakımdan hukuk devletinin varlık sebebinin insanın

⁶³² Bugün artık İngiltere’de dahi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amacına yönelik olarak yürütmenin yanında yasama erkinin de sınırlandırılmasında yargı organlarının etkinliğinin artırılması konusunda görüşler ileri sürülmektedir. EDWARDS R. A., “*Bonham’s Case: the Ghost in the Constitutional Machine*”, Denning Law Journal, Vol. 11, 1996, ss. 63-90, s. 90.

⁶³³ ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, s. 167.

⁶³⁴ OTACI Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, Birey, İstanbul 2004, s. 54-55. Ağaogulları/Köker’e göre Rönesansın ihtiyatlı bireyciliği İtalyan şehir devletleri arasındaki birbirlerini boğazlamaya varan ekonomik ve siyasal rekabetten çıkartılan derslerin bir sonucudur. AĞAOĞULLARI/KÖKER, Tanrı Devletinden...s. 152.

⁶³⁵ KABOĞLU, “*Türkiye’de...*”, s. 96; ÜSKÜL Zeynep Özlem, Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke, İstanbul 2003, s. 23-73.

⁶³⁶ STARCK Christian, “*Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim*”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 25-33, s. 25.

kişiliğinin korunması olduğu sonucuna varmak mümkündür.⁶³⁷ Gerçekten de bugün, hukuk devletinin kurumsallaştığı bütün anayasalar, ya da **Karpen**'in ifadesiyle “özgür demokratik düzenler’ olarak adlandırılan ‘Batılı Anayasal Devletler’in anayasaları”, “bireyin üstünlüğü” ilkesiyle temellenmiş olmak bakımından ortaktır.⁶³⁸

Bireycilik, **Tocqueville**'in ifadesiyle bir egoizmi değil fakat kişinin ailesi ve dostlarıyla birlikte “kitle” karşısında kendine özgü bir alana sahip olmasını ifade eder.⁶³⁹ Bireylerin bu alanlarını belirleyen hukuktur. Hukuk, bireylerin özgürlük alanlarını “yurttaşlık” kavramı üzerinden eşitleyerek aynı zamanda bireyin toplum ve devlet ile olan ilişkilerini de tespit eder. Böylece birey “kendisini kuşatan bağların ve yükümlülüklerin farkına var[arak]” yurttaşa dönüşür. Bunun anlamı şudur: Hukuk devletinin üzerinde yükseldiği bireycilik hukuk tanımaz bir bencillik değil bilakis “özel dünyasında kendi kendine yaşarken bile toplumun diğer üyeleri tarafından çevrili olduğunu(n)” idrakinde olmaktır.⁶⁴⁰ Diğer bir ifadeyle hukuk devleti ancak “yurttaş”lardan oluşan bir “hukuk toplumu” ile mümkün olabilir.⁶⁴¹ Bireylerin yurttaşlık statüsü üzerinden eşitlenmesi sadece “yönetilenler” bakımından değil “yönetenler” bakımından da söz konusu olmaktadır. Böylece hukuk devleti, **Kaboğlu**'nun aktardığı şekliyle yöneticilerin kendilerinin de, yönetenler olarak hukukça yönetilmeye elverişli olmalarını ifade eder.⁶⁴²

Kant'ın adını koymadan inşa ettiği hukuk devletinin üzerinde yükseldiği bir ilke olarak bireycilik, bireyi toplumun temel unsuru ve amacı olarak kabul ederek onun bir araç olarak ele alınmasına bütünüyle karşı bir tavır alır.⁶⁴³ Bireyin nesneleştirilmesini engellemenin yolu onu vazgeçilemez, devredilemez ve dokunulamaz haklarla donatmaktır. Bireyin kendine özgü alanının güvencesini bu haklar oluşturur. Böylece devlet, birey karşısında sınırsız ve keyfi değil ancak

⁶³⁷ HUBER, “Modern...”, s. 61-62.

⁶³⁸ KARPEN Ulrich, “Sınırlı İktidar ve Hukuk Devleti”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 34-44, s. 34.

⁶³⁹ TOCQUEVILLE Alexis de, Democracy in America, Çev.: Arthur Goldhammer, New York 2004, s. 585.

⁶⁴⁰ SARIBAY Ali Yaşar/ ÖĞÜN Süleyman Seyfi, Politikbilim, Alfa-Aktüel Yay., 3. Bası, Bursa 2006, s. 12.

⁶⁴¹ ÖZCAN, Modern Toplum..., 296.

⁶⁴² KABOĞLU, “Türkiye’de...”, s. 90, 95.

⁶⁴³ ÖKTEM, “Kant Ahlakı”, s. 3-5.

“sınırlı” bir kudrete sahip olur.⁶⁴⁴ Devletin otoritesi karşısında bireyin otoritesini güvence altına alan sınırlı devlet anlayışına ulaşmaktaki mantıksal düşünce dizilişini **Caniklioğlu** şöyle ifade etmektedir. “Devlet düzeni sağlar, düzen kanuna ihtiyaç gösterir, kanun uygulamayı gerektirir, uygulama ise zorlama ya da baskı ister, baskı hürriyetin düşmanıdır.” O hâlde devlet ve özgürlük kavramlarının birbirlerine karşıt olduğu söylenebilir. Bir başka ifadeyle devlet ile özgürlük arasında bir ters orantı bulunmaktadır. Buna göre devletin görevlerinin genişlediği ölçüde bireylerin özgürlük alanları daralacak, “Böylece özgürlüğe değer verenler devletlerini sınırlamak zorunda kalacaklardır.” Devlet bir kere sınırlandıktan sonra bu sınırların dışında kalan alanlar bireysel özgürlüklerin alanını ifade edecektir.⁶⁴⁵ Bireycilik ilkesi bu açıdan hukukun üstünlüğü ve sınırlı devlet ilkelerinin de kaynağını oluşturmaktadır.⁶⁴⁶

Bireycilik, devletin siyasal açıdan tarafsız olmasını da gerektirir. Devlete “yurttaşların kendi ‘iyi’ anlayışlarını geliştirip yaşayabileceği çoğulcu bir siyasal ve hukuksal ortamı oluşturmak” görevini yükleyen bu tarafsızlığın⁶⁴⁷ güvencesini hukuk devleti teşkil eder. Devletin siyasal tarafsızlığını güvence altına alan hukuk devletinin araçlarından biri de yargı bağımsızlığıdır. Gerçekten de devlet karşısında bağımsız ve tarafsız olmayı başaran yargıç, özellikle de anayasa yargıcı, devletin siyasal tarafsızlığının güvencesidir denilebilir.⁶⁴⁸ Hâkimin tarafsızlığının önkoşulu sayılan yargı ve hâkim bağımsızlığı; XXI. yüzyılda hukuk devletinin bir gereği olan erkler ayrılığına gerçek anlamını veren ilkedir. Yargının siyasal iktidar ve çevre karşısındaki bağımsızlığı onun tarafsızlığı için de bir güvence olarak görülmektedir ve hukuk devletinin bir gereğidir.⁶⁴⁹

Özay anayasa yargısının bu bağımsız ve tarafsız niteliği ile bugün kendisini herhangi bir örgüt bünyesinde temsil etmek olanağı bulamayan “marjinal” bireyler için de bir “ifade imkânı” olduğunu belirtmektedir. Bireyin anayasa yargısı aracılığıyla kendi alanını koruması imkânı ile birey, “toplumsal ve kamusal olan”ın

⁶⁴⁴ GÜRBÜZ, Hukuk ve Meşruluk..., s. 107-108; SUNAY Reyhan, Tartışılan Egemenlik, Yetkin, Ankara 2007, s. 91-102, 353-358; YAYLA, Liberalizm, s. 162-163.

⁶⁴⁵ CANIKLIOĞLU DİKMEN Meltem, Anayasa Arayışları ve Türkiye, BDS, İstanbul 1998, s. 267.

⁶⁴⁶ RAYNAUD Philippe, “Liberalizm”, Çev.: Necmettin Kâmil Sevil, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, ss. 533-542, s. 534; YAYLA, Liberalizm, 163.

⁶⁴⁷ ARSLAN, “Anayasal Devlet...”, s. 172.

⁶⁴⁸ SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 124,183.

⁶⁴⁹ KABOĞLU, “Türkiye’de...”, s. 94.

merkezi hâline gelebilecek, “çağdaş özgürlükçü demokratik sistem” ve hukuk devleti anayasa yargısı tarafından birey eksenli olarak koruma görecektir.⁶⁵⁰

Bireye ve bireysel özerkliğe yapılan bu vurgu, siyasal toplum (devlet) karşısında özerk bir alan olarak sivil toplumdaki bağımsız düşünülemez. Gerçekten sivil toplum, birey amaçlı ve birey odaklı bir toplumu, **Caniklioğlu**'nun tanımıyla “*baskıcı ve zorba rejimlerin tahakkümünden kurtulmuş bireylerden oluşan bir toplum*”u ifade eder. Bu açıdan sivil toplum, bir “*bireysel ve toplumsal özgürleşme projesi*” olarak devlet aygıtı karşısında ve dışında bir özgürlükler alanını ifade eder; en azından etmelidir. Sivil toplum devlet karşısında toplumun güçlendirildiği ve güvenecelendiği bir yapı olarak, çoğunluk ilkesine değil fakat çoğulculuk ilkesine atıf yapar. Bu açıdan sivil toplum liberal düşünce ile de ilişkilendirilir. **Caniklioğlu**'nun Habermasçı bir yaklaşımla tespit ettiği gibi sivil toplum, “*burjuvazinin siyasal iktidarı etkileyip denetim altına alması ve sivil toplumu kendi kimliği ile özdeş kılması*” süreci olarak da okunabilir. İşte bu nokta, sivil toplumun hukuk devletine bağlandığı nokta olmaktadır.⁶⁵¹

Bireycilik ilkesi ve bireyin varlığını ve kendisini geliştirme imkânını güvenceleyen bir sivil toplum; hukuk devletinin bir unsuru olarak aynı zamanda kendi varlığının teminatı olan “anayasa yargısının” da zeminidir. **Çağlar**, yasama ve yürütmenin üzerinde geliştiği zeminin siyasal topluma ait olduğunu vurgularken anayasa mahkemelerinin, sivil toplumun mekânına ait olduğunu, en azından anayasa mahkemelerinin siyasal toplumun sivil toplum ile kesiştiği alana ait olduğunu, ifade etmektedir. Yazara göre, bireylerin erişim yollarının açık olduğu, -Dworkin kavramsallaştırmayla “hak-eksenli” yargılama yapan- bir anayasa mahkemesi hukuk devletinin de anlamıdır.⁶⁵² İnsan hakları ve erkler ayrılığı ile teşhis edilen hukuk devleti, sivil toplumun ve bireyin devlet içinde eritilmesi karşısında da bir güvence teşkil etmektedir.⁶⁵³

⁶⁵⁰ ÖZAY İl Han, “Anayasa Mahkemeleri (Ya Da Yargısının) Meşruiyeti”, AYD, C. 9, 1992, ss. 67-74, s. 73-74.

⁶⁵¹ CANIKLIOĞLU DİKMEN Meltem, Sivil Toplum ve Türkiye Demokrasisindeki İzduşümleri, Seçkin, Ankara 2007, s. 26-28, 67-68.

⁶⁵² ÇAĞLAR, “Anayasa'nın Hukuku...”, s. 14. Dworkin'in “amaç eksenli”, “görev eksenli” ve “hak eksenli” anayasal haklar görüşü ile ilgili olarak GÜLSOY, Özgürlüklerin..., s. 147 vd.

⁶⁵³ KARPEN, “Sınırlı İktidar...”, s. 36.

C. HUKUK İLE SAĞLANAN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK: HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ

Bireyin kendi varlığını gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyduğu hukuksal ortamın inşasının temel aracı hukuk devletinin bir gereği olan hukuk güvenliği ilkesidir. Hukuk güvenliği bireyin kendi yararını gerçekleştirmek üzere, diğer bireylerle kuracağı hukuki ilişkilerde üzerine basacağı hukuk zemininin değişmezliğine duyduğu güven şeklinde tanımlanabilir.⁶⁵⁴ Bu doğrultuda ilke aynı zamanda bir dizi hukuki ilişkinin tarafı olan bireye mevcut hukuksal durumun istikrarı yönünde verilen bir sözü de ifade eder. Birey bu şekilde geleceğini planlayabilmek ve önünü görebilmek imkânlarına da sahip olur ve kalkışacağı işlerinde karşı karşıya kalacağı şartları önceden bilerek hareket eder. Hukuk güvenliği ilkesi bu yönüyle “istikrarlı bir hukuk düzeni” ve “hukuki belirlilik” ile “hukuki öngörülebilirlik” ilkeleriyle de bir arada düşünülür.⁶⁵⁵

Hukuk güvenliği, öngörülebilir nitelikteki bir hukuk düzeninin egemenliğin kullanılmasını sıkı şartlara bağlaması ile gerçekleşir. Bu, egemenliği kullanan aktörlerin, hatta doğrudan egemenin dahi⁶⁵⁶, tâbi olacağı soyut birtakım ilkeler yaratmakla mümkündür. Bu yaratımın temel aracı hukuk olmaktadır. Hukuk, kanun koyucunun da iradesinin üzerine çıkartılarak hukuk devletinin inşasında merkezî bir yer edinmiştir. Bu açıdan, “*iktidarın yapılanmasının ve sınırlanmasının hukuksal formu olarak yasallık, bir yandan devlet faaliyetlerinde keyfiliğin önlenmesinin vazgeçilmez şartı; diğer yandan toplumun bütün üyelerinin eşit bireyler olarak muamele görmesinin temel aracı olmaktadır.*”⁶⁵⁷ **Radbruch** da hukuk güvenliğini devletin hukuk yaratma gücünün meşruiyet kaynağı ve sınırı olarak değerlendirmektedir. Yazara göre hukuk güvenliği, devletin kendi kanunları ile bağlı olmasını gerektirir. Devlet, kendi yarattığı hukuktan kendisini bağımsız tuttuğu ölçüde hukuk yaratmak yetkisi de ortadan kalkar.⁶⁵⁸

⁶⁵⁴ Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre “*Hukuk devleti hukuk güvenliğini içerir. Hukuk güvenliği vatandaşın kendisine yönelik devlet müdahalesini önceden görebilmesi bu buna uygun davranabilmesi anlamına gelir.*” **HEPER**, “Alman...”, s. 170.

⁶⁵⁵ **ARSLAN**, Anayasa Teorisi, s. 26; **ERDOĞAN**, Anayasa ve Özgürlük, 19-20; **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., s. 22; **KÜÇÜK**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 356-357.

⁶⁵⁶ **SUNAY**, Tartışılan..., s. 353-358.

⁶⁵⁷ **SANCAR**, ‘Devlet Akli’..., s. 53.

⁶⁵⁸ **RADBRUCH** Gustav, “*Hukuk Devleti*”, Çev.: Hayrettin Ökçesiz, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, s. 15.

Bu açıdan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk kurallarının, kanunların, genel olmasını, herkese eşit biçimde uygulanmasını, geçmişe yürümemesini, herkes için bağlayıcı, etkin, uygulanabilir, herkesçe anlaşılabilir, aleni ve soyut olmasını gerektirir.⁶⁵⁹ Böylece birey için diğer bireyler ve daha çok da siyasal iktidar karşısında güvenli bir alan yaratılmış olmaktadır. *Kia*'nın aktardığı gibi “*Güven ilkesi sayesinde herkes toplumsal davranışlarını yönlendiren, yasaklamaları ya da sınırlamaları içeren kuralların neler olduğunu, nasıl bir düzen içerdiğini ve kendisine hangi suretle uygulanacağını bilir. Bu özellik, siyasi iktidarın keyfi uygulamalarına karşı hukukun zamansal güvenilirliğini de kapsar.*”⁶⁶⁰

Hukuk devletinin bir gereği olarak hukuk güvenliği, “*tekil bireylerin dar anlamdaki hukuk güvenliğinden daha fazla olarak toplumsal meşruluğun tümünü inşa etmeyi hedeflediğinden, idarenin her türlü yönetsel ve kollukla ilgili edimini liberal siyasete ters düşmeyen yasalarla bağlı hale getirme çabasını da içinde toplar.*” Aynı tespit yasama için de geçerli olabilir. “*(H)ukuk devleti...yasama organının edimlerinin liberalizmin kabullerini ihtiva eden bir hukukla sınırlandırılmasını da gerekli kılar.*”⁶⁶¹ Yürütmenin var olmasının ve faaliyette bulunmasının kanunla düzenlenmesi gerektiği gibi, yasama da varlık sebebinden başka faaliyet çerçevesini anayasada bulur. Bu açıdan gerek idarenin gerek yasamanın hukuk ile olan ilişkisi verili bir düzen içinde gerçekleşir. İdare hukukunda kanunilik ilkesiyle ve anayasa hukukunda anayasaya uygunluk ilkesiyle ifade edilen bu durum siyasi iktidarı ancak ve ancak hukuk ile birlikte düşünmemize imkân tanır. Yargının hukuk ile olan ilişkisinin, yasama ve yürütmenin hukuk ile olan ilişkisinden farklılaştığı temel nokta da bu olmaktadır. Yargı, önüne gelen bir uyuşmazlık karşısında kanuna muhtaç değildir. Bir başka ifadeyle yargının hukuk ile olan ilişkisinde verili bir düzenin kurallarına ihtiyacı yoktur. İster ilk derece mahkemesi olsun ister temyiz mahkemesi yahut bir anayasa mahkemesi, yargı organları, önlerine gelen uyuşmazlığı çözümlmek için, gerektiğinde⁶⁶², bir asli hukuk yaratma yeridir.

⁶⁵⁹ SANCAR, ‘Devlet Aklı’..., 36-38; MARMOR Andrei, “*Hukuk Devleti ve Sınırları*”, Çev.: Sevdâ Gültekin Göktoğla, içinde: *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Adres, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, ss. 169-207, s. 173-175; Hayek’ten aktaran: YAYLA, *Liberalizm*, s. 208.

⁶⁶⁰ KİA, *Moderniteden...*, s. 59-60.

⁶⁶¹ ÖZCAN, *Modern Toplum...*, 211, 212, 295, 353.

⁶⁶² Hâkimin “yasa” ile olan ilişkisi *common law* sistemi ile *civil law* sistemlerinde farklılıklar gösterir. *Common law* İngiltere’de geliştirilen ve İngilizce konuşulan birçok ülkede geçerli olan bir hukuk

Bu, yargılama (*juris dictio*) faaliyetinin doğal bir gereği ve sonucudur.⁶⁶³ Gerçekten bir hukuk düzeninin önkoşulunu parlamentonun değil mahkemelerin oluşturduğu söylenmektedir.⁶⁶⁴

Hukuk güvenliğinin ilişkili olduğu bir diğer ilke de hukuki istikrar ilkesidir.⁶⁶⁵ Hukuki istikrar ya da istikrarlı bir hukuk düzeni az çok süreklilik arz eden bir kanunlar sistemini ve bundan daha çok da kesintisiz bir anayasayı ifade eder. Kanunun sürekliliği kanunun değişmezliği demek değildir. Bununla birlikte “*değişikliklerin çok sık olması durumunda*” kanuna itaatin bireyler bakımından güçleşeceği söylenmektedir. Çünkü kanunun düzenlemek istediği davranışlarımız “*...planlama, hazırlık ve gelecekteki normatif çevre hakkında bir dereceye kadar garanti edilmiş beklentiler*” gerektirmektedir.⁶⁶⁶ Bu beklentilerin karşılanması, anayasaların ortaya çıkmasında bir etken olduğu da söylenebilir.

D. ORTAK BİR HUKUK ÜZERİNDE UZLAŞAN TOPLUMUN VARLIĞI

İktidarın ve siyasetin hukuk aracılığıyla düzenlenmesi ve meşrulaştırılması, kapsamı konusunda olmasa da hukukun kendisi hakkında bir uzlaşının varlığını gerekli kılar. Böylece hukuk devleti uzlaşmacı toplumun bir ilkesi olarak belirir. “Uzlaş” genel bir ifadeyle karşılıklı ilişkilerin, daha da somut olarak çatışan menfaatlerin ve ticaretin varlığı hâlinde söz konusu olur. Avrupa’da bu “çatışan menfaatler” ve “ticaret” ise burjuva sınıfı ve kapitalizm ile birlikte

sistemidir. Türkçe’ye müşterek hukuk olarak da çevrilen *common law* sisteminde yargı kararları hukukun asli kaynaklarından birini oluşturur. Yargı yerlerinin önceki yargısal kararlarla bağlı olmasını ifade eden bu doktrin *stare decisis* doktrini olarak adlandırılır. Buna karşılık *civil law* sistemi kıta Avrupasının Roma hukuku kaynaklı hukuk sistemine verilen isimdir. *Civil law* sistemi hukukun yasama tarafından kanunlaştırmasına yönelmiştir. Bu ikisi arasındaki fark neyin hukuk “olduğunun” söylenmesi ile neyin hukuk “olacağının” söylenmesi arasındaki farktır. **KEMPIN** Frederick G., *Historical Introduction to Anglo-American Law*, West Publishing, 3. Bası, St. Paul 1990, s. 13-15, 108. Bununla birlikte yine de yargı, hukuk boşluğunu doldurmak noktasında veya özellikle insan hakları konusunda özellikle de anayasa yargısı alanında bir hukuk kaynağı olarak yetki kullanabilmektedir. **ÇAĞLAR** Bakır, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’*”, AYD, C. 6. 1990, ss. 51-127, s. 58.

⁶⁶³ **FRIEDRICH** Carl J., *Sınırlı Devlet*, Çev.: Mehmet Turhan, Gündoğan, Ankara 1999, s. 196-197; **GÖZLER** Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin, Bursa 2007, s. 319; **OKTAY** Cemil, “*Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği*”, AYD, C. 1, 1984, s. 227; **ÖZBUDUN** Ergun, “*İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi*”, AÜHFD, C. 25, S. 1-2, 1968, ss. 59-79, s. 67; **ÖZCAN**, *Modern Toplum...*, 303, 324, 330; **KUTLU** Mustafa, “*Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri*”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., 2003, ss. 119-158, s. 122, 126-128, 131, 152, 157; **WHEARE**, *Modern Anayasalar*, s. 4, 129.

⁶⁶⁴ **BOBBIO**, “*Kelsen...*”, s. 466.

⁶⁶⁵ **KABOĞLU**, “*Türkiye’de...*”, s. 96.

⁶⁶⁶ **MARMOR**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 174.

düşünülmektedir.⁶⁶⁷ Bu bakış açısıyla hukuk devleti, modern (burjuva) toplumun(un) üzerinde uzlaşmaya varılan temel ilkeleri güvence altına almak yöntemidir denilebilir.⁶⁶⁸ **Özcan**, bu uzlaşmayı siyaset ve hukuku (**Schmitt** ve **Rousseau**'ya atıf yaparak) bir arada düşünerek tasvir eder. Yazara göre **Schmitt**'in modern toplumun varlığını sürdürebilmesinin bir koşulu olan devlete getirdiği “siyasal statü” şeklindeki tanım⁶⁶⁹ **Rousseau**'nun *res publica*'yı ancak kanunlar ile birlikte mümkün kılan görüşleriyle⁶⁷⁰ birlikte ele alınmalıdır. Böylece “*hukuk yapmak ve toplumu hukuk aracılığıyla yönetmek*” şeklinde gerçekleştirilen ve son tahlilde bir “*çatışma olarak toplumdaki mevcut çıkarları paylaşma yolu*” olan politika zorunlu olarak bir uzlaşmayı da gerekli kılmaktadır. İşte hukuk devleti, siyasetin tarz-ı icrasının hukuk kuralları ile belirlendiği ve sınırlandığı bir ortak kabulü ifade eder.⁶⁷¹ Buna göre, uzlaşma ile sonlandırılmayan bir çatışmanın güvensiz bir ortamı yaratacağı; buna karşılık hukuk devletinin bir uzlaşma ilkesi olarak barışçıl toplumsal düzenin varlığına hizmet etmek için var olduğu söylenebilir. **Caniklioğlu**'nun **Erdoğan**'dan aktardığı ifadeyle devlet, “*bir grup insanın kendini koruma dürtüsünün kurumsallaşması*” şeklinde tanımlanabilirse; bu kurumlaşmaya hayat veren bir uzlaşmanın da zorunlu olduğunu kabul etmek gerekir.⁶⁷²

Bu uzlaşma, homojen bir toplumun “standart (tek tip)” hayat tarzı için söz konusu olduğu kadar, hatta **Gray**'a göre bundan daha da fazla, çatışan değerleri benimseyen bireyler ve farklı yaşam biçimleri arasında da söz konusu olabilir. Bu ikinci hâlde toplumun temel ihtiyacı “barış içinde ve beraberce yaşamak için gerekli olan bir dizi ortak değer” değil bilakis “*içinde birçok yaşam biçiminin bir arada var olabileceği ortak kurumlar*”dır.”⁶⁷³ Hukuk devleti, bir *modus vivendi* olarak farklı

⁶⁶⁷ Voltaire'e göre “İngiltere’de yurttaşları zenginleştiren ticaret, onların özgürleşmelerine katkıda bulundu ve bu büyük özgürlük de ticareti yaygınlaştırdı; onun sonucunda da devlet büyüdü.” Aktaran: **KIŞLALI**, Siyasal Çatışma..., s. 75. “(T)icari etkilerin Fransa’nın kırsal kesimine girip yayılması...eski düzenlemelere yeni bir canlılık kazandırarak...soyluluk üzerinde yıkımlara yol açmıştır.” **MOORE** Barrington JR., Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri, Çev.: Şirin Tekeli/Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2003, s. 87.

⁶⁶⁸ **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., 20-21.

⁶⁶⁹ “Günümüzdeki kullanımıyla devlet, belirli bir toprak parçası üzerinde örgütlenmiş bir halkın siyasal statüsüdür.” **SCHMITT**, Siyasal Kavramı, s. 39.

⁶⁷⁰ **ROUSSEAU**, Toplum Sözleşmesi, s. 34-37, 51-52.

⁶⁷¹ **ÖZCAN**, Modern Toplum..., 49-84, 202; **YAYLA**, Liberalizm, 213.

⁶⁷² **CANIKLIOĞLU**, Anayasa Arayışları..., s. 273. Bu yaklaşım devletin kaynağını toplum sözleşmesi ile açıklayan görüşler içinde değerlendirilebilir. **OKANDAN**, Umumî Âmm Hukuku, s. 70 vd.

⁶⁷³ **GRAY**, Liberalizmin..., s. 7-11.

hayat tarzlarının bir arada iyi bir şekilde yaşanabilirliğinin bir yöntemi olarak da düşünülebilir.⁶⁷⁴

Devlet bir uzlaşma düzeni olarak toplumsal uzlaşmanın bir sonucu şeklinde düşünüldüğünde bunu toplum sözleşmesi kuramı ile de ilintilendirmek mümkün hâle gelir. Bir varsayım⁶⁷⁵ olarak toplum sözleşmesinden **Hobbes**'u, **Rousseau**'yu ve **Locke**'u izleyerek farklı noktalara ulaşmak mümkündür.⁶⁷⁶ Bununla birlikte kuramın varlık amacının verili düzenin meşrulaştırılması olduğu göz ardı edilmeden, toplum sözleşmesi kuramı hukuk devletinin varlık sebebini tespit etmekte elverişli bir araç olarak kullanılabilir.⁶⁷⁷

E. RASYONEL TOPLUMUN SEKÜLER AHLAKI OLARAK MODERN HUKUK DÜŞÜNCESİ

Hukuk devleti, dinsel meşruluk kaynaklarını terk etmiş rasyonel toplumun seküler ahlakını da ifade eder.⁶⁷⁸ **Sypnowich**'in “medeni etik” (*ethic of civility*) olarak adlandırdığı bu yaklaşım, bireye kamusal alanda değer ve onurla muamele edilmesini ve yurttaş olarak saygı duyulmasını, aynı zamanda da bireyin özel alanına yönelik bir müdahalenin karşılığını ifade eder.⁶⁷⁹ Bu bakış açısı modernliğin “atomize birey”

⁶⁷⁴ **ÖZCAN** Mehmet Tevfik, “*Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti*”, HFSA, S.16, 2007, ss. 190-208, s. 192-197.

⁶⁷⁵ Cassirer, toplum sözleşmesinin tarihsel bir gerçeklik olmadığını fakat devletin varlık nedenine ilişkin rasyonel bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir. Eğer bu yaklaşım benimsenir ve toplumsal düzen özgür bireysel eylemlere, yönetilenlerin gönüllü ve sözleşmeli boyun eğmesine indirgenirse, devlet tam anlamıyla açık ve anlaşılabilir bir olgu hâline gelir. **CASSIRER**, Devlet..., s. 174. Devletin “tam anlamıyla açık ve anlaşılabilir” bir olgu hâline gelmesi, onun mistifike edilmesini de önler. Böylece devlet kendi aklı ile kendi varlığını ve eylemlerini meşrulaştıran bir olgu olmaktan çıkar ki bu da hukuk devleti yönünde atılan önemli adımdır.

⁶⁷⁶ **CANIKLIOĞLU**, Anayasa Arayışları..., 273-275.

⁶⁷⁷ Toplum sözleşmesi kuramı, ilk ifadelerini eski Yunan'da Sofistler'de ve daha açık bir biçimde Epikür'de bulmuş, XVIII. Yüzyıla kadar farklı düşünürlerce başvurulan bir varsayım olarak mevcut yönetim biçimine bir meşruluk zemini oluşturabilmek amacıyla kullanılmıştır. Sözleşmeciler düşünürlerde, tabiat hâli adı verilen bir varsayımsal durum ortaktır. Tabiat hâli, kimi zaman çatışmacı bir ortamı betimler, kimi zaman da barışçıl bir düzeni; fakat her hâlde tabiat hâli, devletsiz bir durumdur. Tabiat hâlinde bir şekilde bir arada yaşayan insanlar bir vesileyle örgütlü bir birlikteliğe geçerler. Bu kimi yazarlarda tek aşamalı, kimi yazarlarda da iki aşamalı olan bir sözleşmeyle olur. Sözleşmenin iki aşamalı olduğunu düşünen yazarlarda ilk aşama toplumsal sözleşme olarak adlandırılır ve devletin doğuşuna ilişkindir. İkinci aşama ise siyasal sözleşme olarak adlandırılır ve devlet gücünün kaynağına ilişkindir. **OKANDAN**, Umumi Âmm Hukuku, s. 70-72. Anayasalar, bu açıdan bakıldığında bir “toplumsal sözleşme” olmaktan ziyade bir “siyasal sözleşme” olmaya daha yakındırlar.

⁶⁷⁸ **SANCAR** Mithat, “*Demokratik Hukuk Devleti ve Seküler Etik*”, 30.04.2009, Taraf.

⁶⁷⁹ **SYPNOWICH** Christine, “*Ütopya ve Hukuk Devleti*”, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, 325-345, s. 344.

anlayışı ile de uyumludur.⁶⁸⁰ Zira modernlik geleneksel toplumun bütün kurumlarını ortadan kaldırırken “dinsel olan”ı da kamusal alandan uzaklaştırmayı başarmış; “oyunun kuralları” piyasa koşulları içinde “pragmatik” bir bakış açısıyla şekillenmiştir. Bu sürecin en etkin aracının “içtihat hukuku” olduğu söylenebilir. Böylece “toplumun ve toplumsal ilişkilerin yönetilenler tarafından hukuk üzerinden tarif edildiği” bir “yaşam tarzı” modern toplumun bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.⁶⁸¹ Bu toplumun “Tanrısal bir tasarım” olarak algılanmasının sona ermesi anlamına da gelir ve “insan eseri yasalar”⁶⁸² riayetinin içselleştirilmesi seküler bir meşruluk söylemini gerektirir. Bu şekilde “hukuk artık toplumu ahlaklı kılmanın bir aracı” olmaktan çok “bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmanın olanaklılık alanı”na dönüşmüştür.⁶⁸³ **Habermas**’ın “hukuk kişilerinin ahlaki ödevlerden bağımsız hale getirilmesi” şeklinde anlamlandırdığı haklar da bireye açıkça yasaklanmamış olan her konuda kendi davranışlarını özgürce şekillendirme imkânı tanımaktadır.⁶⁸⁴

Bütün bunların anlamı şudur: modern toplum, birey davranışlarının rasyonel hukukun ötesinde bir kritere göre tanımlanmış olan ahlakiliği ile ilgilenmez. Hukuk düzeni tarafından men edilmemiş olan her türlü davranışı gerçekleştirmek ya da gerçekleştirmemek bireysel, ahlaki ve meşru bir tercihtir.

F. HUKUK İLE GÜVENCELENEN DEMOKRATİK İLKE

Sartori’nin *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş* başlıklı çalışmasındaki tematik yaklaşımının hukukla korunan ve geliştirilen demokrasi olduğunu söylemek yanlış olmaz.⁶⁸⁵ Bu yaklaşım, demokrasiyi, sınırsız ve keyfî bir çoğunluk yönetimi şeklinde değil fakat sınırlı ve güvenceli bir çoğunluk yönetimi olarak ele almaktadır. Buna karşılık çoğunluk kavramı ile sınırlılık fikrinin birlikteliği “gerilimli bir ilişki” olarak nitelendirilmektedir.⁶⁸⁶ Bunun da sebebi, hukuk devletinin, halk egemenliği ilkesinin bir gereği olarak halkın temsilcilerinin kullandığı “yönetim” yetkisi üzerinde

⁶⁸⁰ BARRY, Modern..., s. 15-18.

⁶⁸¹ ÖZCAN, Modern Toplum..., 191-196.

⁶⁸² WALDRON Jeremy, The Law, Routledge, London 1990, s. 32-37.

⁶⁸³ ÖZCAN, Modern Toplum..., 200.

⁶⁸⁴ HABERMAS Jürgen, “Hukuk Devleti ve Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki”, Çev.: Bilal Canatan, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 259-268, s. 262.

⁶⁸⁵ SARTORI Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev.: Tunçer Karamustafaoğlu/Mehmet Turhan, Yetkin, Ankara 1996, s. 33-36, 143-187, 323-356.

⁶⁸⁶ GÜLSOY, Özgürlüklerin..., 33-36.

kurduğu “sınırlandırıcı baskı”dır.⁶⁸⁷ Demokratik devlet kuramcıları bu baskının halkın iradesinin sınırlanması anlamına geldiği savında odaklaşan bir argümanla hukuk devletini eleştirmektedir. Bu iki anayasal ilke arasındaki “gerginliğin” sebebi, *Sypnowich*’e göre “hukukun özü ile şekli arasındaki bağlantının karşı karşıya gelmesinden, özellikle de demokratik olarak seçilmiş parlamentoların yaptığı hukukun içeriği ile seçilmemiş yargıçların uyguladığı usullerin karşı karşıya gelmesinden ortaya çıkmaktadır.”⁶⁸⁸ **Erdoğan** ise bu sebebi, hukuk devletinin iktidarın kaynağıyla değil fakat kullanılmasıyla ilgilenmesi; buna karşılık demokrasinin iktidarın kaynağına ilişkin bir kuram olması ile ilişkilendirmektedir.⁶⁸⁹ Hukuk devleti ile demokrasi arasındaki gerilimin bir diğer noktasının da insan hakları olduğu söylenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması esasına dayanan hukuk devletinin, normatif değerlerden soyutlanmış bir çoğunluğun hakların önüne geçmek isteyen talepleri ile uyuşmazlığı ortadadır.⁶⁹⁰ Demokratik yollardan kurulan bir iktidarın hukukla sınırlandırılması bir ihtiyaçtır. Çünkü halka ya da millete atıf yaparak inşa edilen bir siyasi iktidarın meşruluk kaynakları son derece kuvvetlidir. Bu dayanak, siyasal iktidarın keyfiliğine bir başka ifadeyle “çoğunluğun diktatörlüğüne” yol açabilir.⁶⁹¹ Nitekim İkinci Dünya Savaşı öncesinde Avrupa’da meydana gelen siyasal gelişmeler, bu kanaati pekiştirmiştir.⁶⁹²

Bununla birlikte hukuk devleti ve demokrasinin birbirini tamamlayan iki kuram olduğu da ileri sürülmektedir.⁶⁹³ Demokrasinin temelini oluşturan siyasal katılımın etkin biçimde gerçekleştirilebilmesi, yurttaşların özgürlüklerinin güvence altına alınması ile mümkün olur.⁶⁹⁴ **Kaboğlu** hukuk devletinin bir işlevinin de demokrasiyi kurmak olduğunu ifade etmektedir. Buna göre hukuk devleti demokratik değerler sisteminin hukuk düzeneğine yerleştirilmesi aracıdır.⁶⁹⁵ Bu bakımdan hukuk devletinin, demokrasinin ön şartı olduğu da söylenmektedir.⁶⁹⁶ **Türmen**’e göre bugün demokrasi anlamını hukuk devleti ile bulmaktadır. Demokrasi, hukuk devletinin

⁶⁸⁷ **AZRAK**, “Yasama ile İdarenin...”, s. 67.

⁶⁸⁸ **SYPNOWICH**, “Ütopya...”, s. 336.

⁶⁸⁹ **ERDOĞAN**, Anayasa ve Özgürlük, s. 21; **YAYLA**, Liberalizm, s. 209.

⁶⁹⁰ **KÜÇÜK**, “Hukuk Devleti...”, s. 361.

⁶⁹¹ **ERDOĞAN**, Anayasa ve Özgürlük, s. 21.

⁶⁹² **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., 45.

⁶⁹³ **SYPNOWICH**, “Ütopya...”, s. 338; **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., 23.

⁶⁹⁴ **EDWARDS**, “Bonham’s...”, s. 74-75; **ERDOĞAN**, Anayasa ve Özgürlük, s. 17; **MAYO H. B.**, Demokratik Teoriye Giriş, Çev.: Emre Kongar, Ankara 1964, s. 119-120.

⁶⁹⁵ **KABOĞLU**, “Türkiye’de...”, s. 96.

⁶⁹⁶ **ÖKÇESİZ**, “Hukuk Devleti Olgusu”, s. 45.

araçları olan insan hakları, erkler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi değerlerden bağımsız biçimde düşünülemez. Bu araçlar üzerinden hukuk devleti siyaseti meşrulaştıran bir işlev görür.⁶⁹⁷

Hukuk devletinin hukuku devlet karşısında önelediği gibi demokratik devlet de toplumu devlet karşısında önceler. Bu açıdan her iki ilkenin de devletin sınırlandırılması amacıyla birleştiği söylenebilir.⁶⁹⁸ Eşitlik, hukuk devletinin ve demokratik devletin bir başka ortak noktasıdır.⁶⁹⁹ Bu eşitlik insanın sırf insan olması sebebiyle hak sahibi olmasından, insan onuru açısından moral bir eşitliği olduğu gibi; toplum içinde hiçbir sınıfın ayrıcalıklarının bulunmaması anlamında yurttaşlıktan kaynaklanan bir hukuki eşitliği de ifade eder.

Çağlar, anayasa mahkemelerinin demokrasiye olan katkısını, bireycilik üzerinden tarif etmekte ve demokratik bir toplum içinde bireyi yaratan ve koruyan bir mekanizma olarak anayasa yargısının demokrasiyi pekiştirdiğine işaret etmektedir. Yazar ikinci olarak, somut norm denetiminin, Mahkemeyi toplumsal gerçekliğe bağlamak işlevine işaret etmektedir. Ve yargı bağımsızlığı ilkesi sayesinde ki Mahkemenin toplumla olan bu bağlantısı onu konjonktürel etkiler yerine “çok daha genel ve kalıcı siyasal-ideolojik tercihleri” korumasını mümkün kılmaktadır. Üçüncü olarak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi “muhalefete, siyasi çoğunluğun Anayasa kuralları ile kayıtlanması hukuki imkanını verdiği ölçüde siyasi hayatı barışlandırmakta, siyasi uzlaşmazlık konuları hukuk teknikleri ile çözülmekte”, anayasa yargısı “siyasi ve sosyal bütünleşmenin muhafaza ve takviyesinde önemli rol oynamaktadır.” Nihayet **Çağlar**'a göre anayasa yargısı sayesinde temel haklar “ideoloji ya da felsefesinin” yaygınlaşması, siyasi azınlığın da kendisini siyasal sistem içinde ifade etmesine imkân tanıyarak sistemin temsil niteliğini ve demokratikliğini arttırmaktadır.⁷⁰⁰

Hukuk devleti ile demokrasi, anayasal demokrasi kavramıyla bir araya getirilmiştir. Anayasal demokrasi, temel haklarla sınırlı bir demokrasi anlayışıdır. Anayasal demokrasinin anayasal devlet ve demokratik devletin bir sentezi olduğu söylenmektedir. Bu açıdan anayasal demokrasi, temel hak ve özgürlükleri

⁶⁹⁷ TÜRMEN Rıza, “Yargısız Bir Demokrasi Mi?”, Milliyet, 21.02.2010.

⁶⁹⁸ ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlük, s. 21-22.

⁶⁹⁹ BLACKSTONE, Political..., s. 236; ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlük, s. 22; MAYO, Demokratik Teoriye..., s. 90.

⁷⁰⁰ ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, s. 183.

güvencelemek amacıyla devlet kudretinin kapsam ve kullanımının anayasa ile ve anayasacılığın klasik teknikleriyle sınırlandırılmasını ifade eder.⁷⁰¹ Böylece hukuk devleti, demokratik devletin popüler söylemine yaptığı katkı ile bir yandan çoğunluk iradesini azınlık hakları ile sınırlandırmayı başarmış, diğer yandan da demokrasinin bir tamamlayıcısı hâline gelmiştir. Hukuk devleti ile demokratik devletin anayasal demokrasi kavramında birleşebilmesi için birtakım gereklerin olduğu söylenmektedir. “1. Siyasi iktidarın sınırlılığı ve azınlık hakları ile sınırlı çoğunluk yönetimi. 2. İnsan haklarıyla sınırlı millî irade. 3. Kamu iktidarının keyfliğe kaçmaması ve hukuk ile kayıt altına alınmış olması. 4. Her türlü kamusal tasarrufun yargı denetimine tabi olması. 5. Çoğulculuk. 6. Tek/resmi doğru yasağı. 7. Devletin her türlü dini ve siyasi düşünce ve kanaatler karşısında tarafsızlığı. 8. Düşünce suçunun olmaması. 9. İnsan haklarının güvencede olması. 10. Serbest ve hür seçimler. 11. Çok partili siyasi hayat. 12. Devletin kurgucu anlayış doğrultusunda, belli bir kesiminin benimsediği sabit belli birtakım özellikleri taşıyan ve ulaştırılması gereken bir toplum projesinin ve hayat tarzının benimsetilmesi ve dayatılması politikasının olmaması.”⁷⁰²

Hukuk devletinin hukuki istikrar, hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ile olan sıkı ilişkisi sebebiyledir ki hukukun yaratılması “sınırlı bir yetki” olarak ortaya çıkar. Yargı, yürütmenin yarattığı hukuku idari yargı yerleri ile denetlerken yargı organları tarafından yaratılan hukuk yine mahkemelerce ve bazı hukuk sistemlerinde de anayasa mahkemelerince denetlenir. Nihayet, yasama tarafından kanun şeklinde yapılan hukuk da anayasal ilkelerle sınırlıdır. Bunun denetimini de anayasa yargısı gerçekleştirir. Bu bakımdan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin temel hedeflerinin, hukuki istikrar, sınırlı iktidar ve güvenceli haklar düzeninin bir gereği olmaktadır. **Karpen**'in ifadesiyle, “özgürlükçü demokratik düzen” bireyler için kural olarak sınırsız bir özgürlük alanını ifade ederken kamusal otoriteler için de bir “sınırlılık ilkesi”ni ifade etmektedir. Kamusal otoriteleri sınırlandıran teknikler ise insan hakları ve erkler ayrılığıdır.⁷⁰³

⁷⁰¹ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 26-28.

⁷⁰² KÜÇÜK, “Hukuk Devleti...”, s. 364.

⁷⁰³ KARPEN, “Sınırlı İktidar...”, s. 35, 41.

III. HUKUK DEVLETİNİ KURAN BİR YETKİ OLARAK ANAYASA YARGISININ ERKLER ARASINDAKİ YERİ

Tarihsel süreç bakımından yargı, devletsiz topluluklar içinde topluluğun bütün fertlerine ait bir yetki olarak ortaya çıkmış; giderek topluluk içindeki yaşlılar ve nihayet şefler tarafından gerçekleştirilen bir uyuşmazlığın çözümlenmesi işlevi olarak temel karakteristiğini kazanmıştır. Devletli toplumlarla birlikte yargı, monarka ait bir yetki olarak –hatta monarkın asli yetkisi olarak- belirmiş, sınırların ve nüfusun genişlemesi ile çözümlenecek olan ihtilafların nicelik ve nitelik itibarıyla artması sonucu da zorunlu olarak monark tarafından, monarkın memurları olan yargıçlara aktarılmıştır. Böylece yargı, bir uyuşmazlıkları çözümlenme fonksiyonu olarak monarkın eliyle üstlenmiş olduğu “kurucu fonksiyonu” kendi fonksiyonuna özgü bir organik yapıya kavuşarak verili bir siyasal düzen içinde siyasal otorite, daha da doğru bir ifadeyle egemen, adına “barışçıl düzenin korunması fonksiyonu” şeklinde sürdürmüştür.⁷⁰⁴

Parlamentoların ortaya çıkmasıyla birlikte mutlak monarşiler karşısında burjuva sınıfının önderliğinde bir özgürlük mücadelesine girilmiş; mutlak monarşiler karşısında parlamentonun zaferi de yargının fonksiyon ve mahiyetinde bir değişiklik yaratmamıştır. Yargı artık egemen monarkın değil fakat egemen parlamentonun sözcüsü haline dönüşmüş; “kanunun ağzı olarak otomat yargıç” anlayışı, bütün kanuncu devlet dönemine damgasını vurmuştur.⁷⁰⁵

Kanunun ve parlamentonun üstünlüğünün yerini hukukun üstünlüğüne bırakmaya başlamasıyla birlikte yargı fonksiyonunda radikal bir dönüşüm yaşanmıştır. Bu dönüşüm anayasaların ortaya çıkması; anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin yaygınlaşması ile birlikte gelişmiş nihayet anayasa mahkemelerinin kurulması ile ya da yargı fonksiyonuna yalnızca bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmek yetkisinden başka bir de kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi yetkisinin tanınması ile birlikte kemale ulaşmıştır.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ AKAL, İktidarın..., s. 150-157, 209, 340; ENGSTER, Divine Sovereignty, s. 164-165; FRIEDRICH, Sınırlı Devlet, s. 189; De JOUVENEL Bertrand, Sovereignty: An Inquiry Into The Political Good, Çev.: J. F. Huntington, Cambridge University Press, Cambridge 1957, s. 194; POGGI, Devlet..., s. 40-41.

⁷⁰⁵ AYBAY Aydın, “Hukuk ve Yargı”, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Haz.: Mehmet Alkan, Oğlak, İstanbul 2006, ss. 63-65; DURAN, “Türkiye’de...”, s. 57.

⁷⁰⁶ AZRAK, “Yasama ile İdarenin...”, s. 67-70; ÇAĞLAR, “Anayasa Yargısı’nın Güncelliği...”, s. 51-69; FRIEDRICH, Sınırlı Devlet, s. 183 vd.

Yürütmenin ve yasamanın üstün bir hukuka uygunluğunun denetlenmesi yargı yerlerinin de yürütme ve yasamadan “kopartılması” gerektiği düşüncesini ortaya çıkartmıştır. Böylece hukuk devleti yeniden tanımlanan erkler ayrılığı ilkesinde teşhis edilir olmuş, yargı bağımsızlığı erkler ayrılığı prensibini tanımlayan temel özellik haline gelmiştir.⁷⁰⁷

Erkler ayrılığı ilkesi bağlamında bağımsız yargı tarafından kanunların anayasaya uygunluğunun denetimine ilişkin olarak kıta Avrupası’ndaki algı ile Anglo-Sakson hukukundaki algı birbirinden farklıdır. Hatta Anglo-Sakson hukuku içinde de Amerika’yı (yargısal denetim) bakımından İngiltere’den ayrı düşünmekte yarar vardır.

İngiltere teorik ve pratik açıdan anayasanın üstünlüğü ilkesinin değil fakat parlamento üstünlüğü ilkesinin kabul edildiği bir devlettir. Böylece hukuk, son tahlilde bir parlamento iradesi olarak ortaya konulduğu zaman artık diğer devlet organları ve yurttaşlar için de son söz söylenmiş olmaktadır.⁷⁰⁸

Buna karşılık Amerika’da hukukun son sözünü söyleyen ne yasamadır ne de yürütme; Amerikan sisteminde hukukun ne olduğu konusunda herkes için bağlayıcı nitelikte bir karar vermek yetkisi yargı organlarındadır. Üstelik Yüksek Mahkeme, “hukukun ne olduğunu” söylemek yetkisini saklı tutarken parlamentonun üstünlüğü ilkesine ve halk egemenliğine atıf yapmaktan da çekinmemektedir.⁷⁰⁹

Sonuç olarak ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır: Parlamento, halkın iradesinin bir yansıması olarak herkes için bağlayıcı nitelikte kanunlar yapar. Kanun yapmak, yasama erkinin tekelindedir. Yasama erkini kullanan organlardan başka hiçbir kişi ya da kurum “kanun” adı altında düzenleyici işlem yapamaz. Kanunlar, bütün gerçek ve tüzel kişiler ve devlet organları için bağlayıcıdır.⁷¹⁰

⁷⁰⁷ DEMİRKOL Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı, İstanbul 1991, s. 50-53; KUTLU, *Kuvvetler...*, s. 154-158, 198-203; KELLY William, “*An Independent Judiciary: The Core of the Rule of Law*”, ss. 1-20, s. 4-7,

http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/An_Independent_Judiciary.pdf, E.T.: 30.06.2009; STEVENS Robert, “*A Loss of Innocence?: Judicial Independence and the Separation of Powers*”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 19, 1999, ss. 365-402.

⁷⁰⁸ ÖZBUDUN, “*İngiltere’de...*”, s. 78-79.

⁷⁰⁹ ÜSREŞLER, *Amerika Birleşik Devletlerinde...*, s. 14-15, 105-119.

⁷¹⁰ GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 368-369.

Diğer devlet erklerinin yasama erki tarafından yapılmış olan kanunları ortadan kaldırmaları, Amerikan sistemi için, söz konusu değildir zira bu durum “erkler ayrılığı ilkesine” ve dolayısıyla da hukuk devletine aykırıdır.⁷¹¹

Bununla birlikte, hukuk salt bir kanunlar düzeninden ibaret değildir. Bir başka ifadeyle yukarıda kanun kavramı hakkında söylenen her şey, şekli anlamdaki kanunlar için doğrudur. Buna karşılık maddi anlamda kanun yapmak yetkisi sadece yasama organlarının münhasır yetkisinde değildir. Daha geniş bir ifadeyle “hukukun yaratılması”na yasama organı şekli anlamda kanun yaparak; yürütme organı tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle; idare yerleri almış oldukları idari kararlarla ve yargı yerleri vermiş oldukları yargısal kararlarla; nihayet sivil toplum, örf ve adet ile bireyler arasında gerçekleştirilen sözleşmelerle katılır. Böylece ortaya bir bütün, “hukuk düzeni” adı verilen kurallar ve değerler bütünü çıkar.⁷¹²

Burada esas olan “kimsenin diğerinin işine karışmaması”dır.⁷¹³ Devlet, kendisinden ayrı bir olgu olarak sivil topluma müdahale edemediği gibi; bireyci bir toplumun oluşturduğu bir devlet örgütü içinde de, iktidar yoğunlaşmasının önüne geçerek hak ve özgürlükleri korumak amacıyla, erkler birbirlerinden ayrılmıştır.

⁷¹¹ Nitekim Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Üyesi Scalia, Morrison v. Olson (487 U.S. 654) kararına yazdığı karşıoy yazısında, 1780 tarihli Massachusetts Anayasasına atıf yaparak, erkler ayrılığının, “insanların değil, hukukun yönetimi” prensibinin temeli olduğunu vurgulamaktadır. Kongre, Başkan ve mahkemelerin yetkilerinin “anayasaya” uygun biçimde kullanılması sayesinde anayasal dengenin korunması da mümkün olabilecektir. http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0487_0654_ZD.html, E. T.: 23.06.2010. Yargıç Scalia'nın karşıoy yazısını değerlendiren Pierce, Scalia'nın yürütme, yasama ve yargı fonksiyonlarının tek bir devlet organında birleştirilemeyeceği, hiçbir yürütme organının da yasama ya da yargı yetkisi kullanamayacağı yönündeki görüşüne işaret etmektedir. Buna karşılık yazar, Amerikan anayasasının kurucularının asıl niyetinin erkler arasında keskin bir ayrılık yaratmak olmadığına ilişkin bir tespiti de aktarmaktadır. Bu bağlamda erkler ayrılığı, daha ziyade devlet organlarının anayasa altında uyumlu bir işbirliği içinde karşılıklı bir kontrol mekanizması şeklinde anlaşılabilir. Pierce'a göre anayasanın kurucularının temel niyeti bir anayasal demokrasi inşa etmektir. Bunun için de, siyasal karar almak yetkisini, siyaseten hesap verebilen siyasal organlara tevdi etmiş ancak bu siyasal organları, yani yasama ve yürütmeyi de yargısal denetime tâbi kılmıştır. Yargının yetkisi, siyasi iktidarı anayasanın çizmiş olduğu çerçeve ile bağlamaktır. **PIERCE** J. Richard Jr., “Morrison v. Olson, Separation of Powers, and the Structure of Government”, The Supreme Court Review, Vol. 1988, 1988, ss. 1-41, s. 2-4, 6-9, 21-24.

⁷¹² **HAJIYEV** Khanlar, “Demokrasinin Pekışmesinde Yargının Rolü”, Çev.: Ersoy Kontacı, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 226-234, s. 230.

⁷¹³ “Diğerinin işine karışmamak” ifadesini dikkatli kullanmak gerekir. Zira bir hukuk düzeninin sağlıklı biçimde işlemesi, bütün unsurların birbirinden mutlak biçimde yalıtılması ile değil fakat ahenkli bir işbirliği içinde işletilmesi ile mümkündür. Bu açıdan kimsenin diğerinin işine karışmamasını devlet organlarından birinin diğerinin münhasır yetkisini kullanmaya kalkmaması şeklinde (fonksiyon gaspı) şeklinde anlamak belki daha doğrudur. **AZRAK**, “Yasama ile İdarenin...”, s. 77.

Devlet planında bu ayrılık ilk etapta özellikle yasama ve yürütme arasındaki bir ayrılık olarak algılanmıştır. “Siyasal bir fonksiyon” olmadığı gerekçesiyle dışarıda bırakılan yargı; “partiler devleti” olgusunun ortaya çıktığı XIX. yüzyılın sonlarından itibaren yasama ve yürütme erklerinin ayrılaşması sebebiyle ortaya çıkan baskıcı yönetimler karşısında özgürlükler için bir güvence olarak algılanmaya başlamış; devlet organlarının üstün bir hukukla bağlanması suretiyle bireysel hakların korunması ve geliştirilmesi anlamında hukuk devleti idare cihazının yargısal denetime tâbi kılınması ile gerçekleştirilmiştir.⁷¹⁴

“Yargı organları”nın siyasal yetkilerinin olmaması, tarafsız olmaları, son tahlilde “hukuk”a atıf yapmaları; hukukun ne olduğunu en iyi bilen kimselerden oluşmaları; mensuplarının toplum nezdindeki itibarları sayesinde “hukukun yorumlanması”nda son sözü söylemek münhasır yetkilerini yerleştirmiş ve bireyin devlet ile sorunlarında, tıpkı bireyler arasındaki uyumsuzluklarda olduğu gibi, mahkemeler herkesin razı olduğu hakemler olarak kabul edilmiştir.⁷¹⁵

Ne var ki birey özgürlüklerine ilişkin tek tehdit yürütmeden gelmemektedir. Yasama organlarının da pekâlâ “birçok kişinin despotluğu” rolünü oynamak kabiliyeti vardır. Üstelik geniş halk kitlelerinin desteği ile bu despotizm kendisini kolaylıkla meşrulaştırabilmekte ve devlet demokratik bir söylem üzerinden totaliter bir rejimin uygulayıcısı haline gelebilmektedir.⁷¹⁶

Amerika kıtasına Avrupa’daki baskıdan kaçarak gelen “öncüler” ya da Amerikan Anayasasının “kurucu babaları” halk egemenliğine (*popular sovereignty*) olan inançlarına rağmen, yargıyı ayrı bir yere koymak konusunda tereddüt göstermemişlerdir. Böylece “erkler ayrılığı” ilkesi, Amerikan anayasasının temel prensibi olarak Meclislerin, Başkan’ın ve Yargı’nın “özgürlükçü bir düzen”

⁷¹⁴ ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara 2006, s. 94-97; ÇEÇEN, “*Hukuk Devleti...*”, s. 126-136; ULUSOY Ali, “*İdari Yargının Demokratik Sistem İçindeki Konumu*”, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 352-365, s. 353 vd.; GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s. 41-46.

⁷¹⁵ Hamilton 78 numaralı *Federalist Yazılar*’ında erklerin birbirinden ayrıldığı bir yönetim biçiminde yargının, işlevinin doğası gereği, anayasal haklar için “en az tehlikeli olan” kuvvet olduğunu ifade etmektedir. HAMILTON Alexander, “*The Federalist No. 78: The Judiciary Department*”, *Independent Journal*, 14 Haziran 1788, Çevrimiçi metin için: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, E.T.: 30.05.2010; HAYEK, “*Siyasî...*”, s. 89; HEKİMOĞLU, *Alman Hukuku Işığında...*, s. 2-3.

⁷¹⁶ BLACKSTONE, *Political...*, s. 247; HAYEK, *The Constitution...*, s. 103 vd.

eksenindeki “yönetişim”inin bir sonucu olarak, hukuk devleti ilkesinin temelini oluşturmuştur.⁷¹⁷

“Frenler ve dengeler” sistemi olarak adlandırılan ve yasamanın, yürütmenin ve yargının karşılıklı olarak birbirlerini “hukuka uygun yöntemi izlemek” (*due process of law*) konusunda gözetim altında tuttuğu bu sistem içinde yasamanın frenlenmesi ve dengelenmesi işlevini yargı üstlenmiştir. Anayasada kendisine yönelik bu yönde bir yetki verilmemiş olmasına rağmen, konjonktürün de yardımıyla kendisini yetkilendiren yargı organının bu yetkisine kimsenin (bu denetimi bertaraf etmeye yetecek kadar) güçlü bir itirazı olmamıştır.⁷¹⁸

Zira erkler ayrılığı ilkesi, organların kendi görev alanları içinde “egemenliği”ni gerekli kılmaktadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine ilişkin Amerika modeli, bu nedenle, erkler ayrılığının bir gereği olarak meclislerin kanun yapmak yetkisine saygı duyar; buna karşılık kendisinin de kanunun anlamlandırılması yetkisine saygı duyulmasını bekler. Böylece anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılan kanunun iptal değil fakat ihmal edilmek suretiyle yargının yasamayı denetlediği fakat onun yetki alanına müdahale etmediği bir sistem inşa edilmiştir.⁷¹⁹

Buna karşılık kıta Avrupası sistemi, siyasi iktidarın hukukla bağlanarak sınırlandırılması suretiyle temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak anlamında hukuk devleti ilkesinden ve hukuk devletinin en temel araçlarından biri olan erkler ayrılığı ilkesinden kendine özgü bir sonuç çıkartmıştır.

Kıta Avrupası, Aydınlanmanın elinde yeniden inşa edilen Antik Yunan mirasından; Fransız İhtilali’nden ve totaliter rejimlerden edindiği tecrübe ile bir yandan devleti hukuk ile bağlamak istemiş; ancak belki halk ve millet egemenliği ilkelerinin, belki de yargı yerlerinin siyasi iktidarın meşrulaştırılmasında oynamış olduğu geleneksel role duyulan bir tepkinin, belki her ikisinin de bir sonucu olarak

⁷¹⁷ ARSEL, Amerikan Anayasası ..., s. 106 vd. Halkın iradesine saygı duymak bütün demokratik devletler için en temel ilkedir. Bu açıdan parlamentonun üstünlüğü ilkesi kabul edilmemiş olsa dahi bütün devlet organları, bu arada anayasa mahkemesi de dâhil bütün “yargı” organları, “*yasama organının takdir yetkisine ve hareket serbestisine saygı göstermektedir*”. Bu nedenledir ki anayasa mahkemeleri, bir kanunun iptal edilmesinin “olağan dışılığının” farkında olarak iptal kararı vermek yerine eğer bir kanunun anayasaya uygun biçimde anlaşılması mümkünse, önce bu anayasaya uygun yorumu tercih etmektedirler. KIRATLI Metin, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, AÜSBF Yay., Ankara 1963, s. 61; KING Edward/HAWLEY Joseph, “*Amerikan Hükümet Sisteminin Umumi Hatları*”, Çev.: İlhan Lütem, AÜHFD, C. 17, S. 1-4, 1960, ss. 47-97, s. 56, 73-75, 86-91.

⁷¹⁸ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 34-35.

⁷¹⁹ KING/HAWLEY, “*Amerikan Hükümet Sisteminin...*”, s. 91-92.

yürütmenin hukuka uygunluğunun denetimini yargı yerlerine teslim etmiş ancak yasamanın hukuka uygunluğunun denetimi konusunda farklı bir çözüme yönelmiştir.⁷²⁰

Kanunun üstünlüğü ilkesinin, yerini anayasanın üstünlüğü ilkesine bıraktığı bir döneme koşut olarak kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi konusunda anayasa mahkemeleri kurulmuştur. Bu açıdan anayasa mahkemesinin varlık sebebi, anayasanın üstünlüğü anlamında hukuk devletini sağlamaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi hukuk devleti ile anayasanın üstünlüğü, anayasanın anayasacılık felsefesine uygunluğu nispetinde, özdeşdir.⁷²¹

Kıta Avrupası'na hâkim olan erkler ayrılığı algısı, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek işlevini bir adli ya da idari mahkemeye bırakmamıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi ile yargı erkinin yasama erki üzerindeki denetimi arasında sıkışan bir yaklaşım için anayasa mahkemesi son derece işlevsel bir çözümdür.

Anayasa mahkemeleri, her şeyden önce devletin dar anlamda yargısal işlevi içinde değil de geniş anlamda yargı işlevi içinde mütalaa edilmiştir. Bunun anlamı şudur: anayasa mahkemeleri yargı teşkilatı içinde yer almazlar; buna karşılık yargısal bir işlev yerine getirirler. Böylece hem yasamanın yargı tarafından denetlenmesinin erkler ayrılığı ilkesi açısından yaratacağı sakıncalar hem de (daha sonraları yargının da anayasaya uygunluğu denetimini gerçekleştirecek bir organ olması bakımından) yargının kendi kendisini denetlemesinin yaratacağı sakıncalar en başından giderilmiş olmakta; yargısal denetimin yargı organını yasama organının üstüne çıkartması engellenmekte; yargı organının yasama organını denetlemek suretiyle siyasete bulaşmasının önüne geçilmiş olmaktadır.⁷²²

Bu bakış açısıyla, bir anayasa mahkemesine sahip olan Avrupa devletlerinin anayasalarında anayasa mahkemelerinin çoğunlukla yargı örgütünü düzenleyen bölümden ayrı biçimde düzenlenmiş olduğunu; anayasa mahkemesinin kuruluş ve yargılama usullerine ilişkin ayrı bir kanunun bulunduğunu ve nihayet anayasa

⁷²⁰ **TROPER** Michel, “*Constitutional Law*”, içinde: Introduction to French Law, Ed.: George Bermann/Etienne Picard, Kluwer, The Netherlands 2008, ss. 1-34, s. 3-10, 30-32.

⁷²¹ **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 30-34.

⁷²² **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 65-70; **KIRATLI**, Alman..., s. 5-8. Pasquale de İtalya'da Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme olmasına rağmen yargının bir parçası olmadığını; daha ziyade Cumhurbaşkanı ile birlikte “anayasanın koruyucusu” olduğunu ifade etmektedir. **PASQUALE**, “*İtalya...*”, s. 156.

mahkemeleri üzerinde diğer yargıçların özlük haklarını düzenleyen yüksek hâkimler kurulu benzeri bir kurulun herhangi bir yetkisinin bulunmadığı gözlemlenmektedir.⁷²³

Anayasa mahkemeleri modern hukuk devletinin sadece kurucusu değil fakat onun aynı zamanda koruyucusu olmak işlevine de sahiptir. **Arsel**, Amerikan Anayasası ve Amerikan Yüksek Mahkemesini incelediği çalışmasında Amerika'yı hukuk devleti yapan şeyin Yüksek Mahkeme ve diğer yargı yerleri tarafından temel hak ve özgürlüklerin “*mutlak bir kıskançlıkla*” korunmak suretiyle siyasi iktidarı sınırlandırması olduğunu ifade etmektedir.⁷²⁴ **Kaboğlu**, bu işlevin yerine getirilmesinde Amerikan sistemi içinde bir süreklilik ve paralellik bulunduğuna dikkat çekmektedir. Buna göre Amerikan demokrasi anlayışı ve hukukun yönetimi düşüncesi (*rule of law*), yargısal denetimi yadırgamadan bünyesine dâhil etmiş ve yargısal denetim, uygun hukuki usuller (*due process of law*) çerçevesinde devletin eylem ve işlemlerinin anayasallığını sağlayarak iktidarı sınırlandırmış ve temel hak ve özgürlükler için de bir güvence teşkil etmiştir. Böylece yargısal denetim-hukuk devleti karşılıklı olarak birbirlerini geliştiren ve koruyan iki ilke olarak örtüşmüş ve özdeşleşmiştir. Buna karşılık totaliter ve otoriter rejimleri tecrübe eden Avrupa'da yargısal denetim, hukuk devletini evrimleştiren bir araç olmak işlevi görmüştür. Bu, bir devlet şeması olarak anayasa anlayışının ve devlet otoritesini meşrulaştıran bir araç olarak kanun anlayışının aşılıp anayasa ve kanunu devleti tanımlayan ve sınırlayan araçlar hâline getiren bir dönüşümü ifade eder. Avrupa'da hukuk devleti yargı içtihatları, özellikle de anayasa yargısı sayesinde yeni ve özgürlükçü bir anlama kavuşturulmuştur.⁷²⁵

⁷²³ Anayasa Mahkemesini diğer yargı yerlerinden ayrı biçimde düzenlemeyen anayasaların bir örneği Türk Anayasası ise diğer bir örneği de Alman Anayasası'dır. Buna göre Federal Anayasa, Federal Anayasa Mahkemesini Yargı başlığını taşıyan dokuzuncu bölümde yargıya ilişkin temel prensiplerle ve diğer yüksek mahkemelerle birlikte düzenlemiştir. Belki Alman devlet geleneğinin bir sonucu olarak başlangıçta doğal karşılanan bu durum daha sonra Mahkemenin işleyişine yönelik idari müdahaleler karşısında bir tepki doğurmuştur. Anayasa Mahkemesini kuran kanunun birinci maddesinde Federal Anayasa Mahkemesinin bütün diğer anayasa organlarından bağımsız bir mahkeme olduğu açıkça ifade edilmiştir. Mahkeme, bu düzenlemeden de cesaret alarak 1952 tarihinde hazırladığı bir “memorandum” ile Federal Anayasa Mahkemesinin “*bütün diğer yüksek mahkemelere kıyasla özel bir mevkie sahip bulunduğunu*”, “*sadece bir mahkeme olmayıp aynı zamanda bir ‘anayasa organı’ olduğunu*”, ayrı bir bütçe, özerklik, diğer federal organlarla eşit statü, mahkeme üyelerinin memur sayılmaması, Adalet Bakanlığının mahkeme üzerindeki denetimine son verilmesi taleplerinde bulunmuştur. Mahkemenin bu talepleri siyasal iktidar tarafından da olumlu karşılanmıştır. **KIRATLI**, Alman..., s. 22-23. Aynı yönde **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 15.

⁷²⁴ **ARSEL**, Amerikan Anayasası..., s. 9.

⁷²⁵ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 28, 30.

IV. ÖZGÜRLÜKÇÜ BİR HUKUK SİSTEMİNDE YASAMANIN VE YARGININ ORTAK ROLÜ

Bastiat hukuku “bireysel hakkın meşru biçimde korunması amacıyla kolektif örgütlenmesidir” şeklinde tanımlamaktadır. “Eğer herkesin kişiliğini, özgürlüğünü ve mülkiyetini –güç kullanarak dahi olsa- savunmak hakkı varsa, bir topluluğun da örgütlenerek bu hakları korumak için ortak bir güç oluşturmaya hakkı olmalıdır.” Yazara göre bu amaçla örgütlenen bir ulus içinde “kendiliğinden” bir düzen egemen olacak, -siyasal formu ne olursa olsun- sade, kabullenilmesi kolay, ekonomik, sınırlı, baskıcı olmayan, sürekli bir devlet (hükümet) mümkün olabilecek; bu müdahaleci olmayan yapı içinde kişivarlığı ve malvarlığı bir güvenceye bağlanmış olacaktır.⁷²⁶

Pound hukuk kavramının en uzun süreli ve en eski kullanımının kanunlar derlemesi olduğuna işaret etmekte ve hukuku “verili siyasal açıdan örgütlenmiş bir toplum içinde hüküm süren kanuni emirler bütünü” olarak tanımlamaktadır. Ortaçağlardan XVIII. yüzyılın sonlarına dek kabul gören bu tanıma göre hukuk kanunların derlemesi ve kanun da birey için emredici bir davranış kuralıdır. XX. yüzyıldan itibaren hukuk, kanunlardan bağımsız bir anlam kazanmaya başlamış; hukuk denildiğinde ister yasama yolu ile yaratılmış olsun ister müşterek hukuktan çıkarsanmış, kanuna nazaran daha geniş bir “ilkeler ve değerler bütünü” anlaşılmaktadır. Bu bağlamda *Pound* hukukun üç anlamına değinmektedir. İlki bir ‘düzen olarak hukuk’tur (*legal order; Rechtsordnung; ordre juridique*): Siyasal açıdan örgütlenmiş bir toplumsal gücün sistematik uygulanaşıyla “barışlandırılan” ilişkiler ve düzenlenen davranışlar rejimi. Bu, modern dünyada en yüksek derecede gelişmiş bir toplumsal kontrolü; yargısal ve idari bir usulle uygulanan emirlerle gerçekleştirilen toplumsal kontrolün özel bir biçimini ifade eder. Hukukun Eski Yunan’dan *Kant*’a uzanan anlamlar yelpazesi içinde “bir kanun olarak hukuk”tan “bir düzen olarak hukuk” düşüncesine ulaşılmış ve bu bağlamda hukuk *Kelsen*’de “hukuksal düzenin ‘bir’liği” ile tanımlanmıştır. Hukukun ikinci anlamı bu birinci anlamın, çatışmaların çözümlenmesi suretiyle inşa edilen hukuk düzeninin, emredici “materyallerini” ifade eder. Bu (klasik) anlamıyla hukuk kanunları deyimler. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu “kanunlar” emirlerden, yargısal ya da yönetsel tekniklerden ve (geleneksel) ilkelerden meydana gelen bir bütündür. Bu bağlamda

⁷²⁶ *BASTIAT* Frederick, *The Law*, Çev.: Dean Russell, Foundation for Economic Education, 4. Bası, New York 2004, s. 2-4.

hukukun üçüncü anlamı da “*resmi organların uyumsuzlukları çözümlmek için yapıp ettikleri*” dir.⁷²⁷

Hukukun özgürlükçü bir düzen aracı olarak ifade edildiği bu iki yaklaşımda hukuk kavramı “temel haklara” ve “geçerliliği yazılı biçimde düzenlenmiş olmasına bağlı olmayan üstün ilkelere” atıf yapmaktadır. Bir yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvencelerken diğer yanıyla da toplum içinde barışçıl bir düzen inşa eden bu yaklaşımın bir ilke olarak ifadesi “hukuk devleti”dir.

Hukuk devletinin hukuku *Bastiat* ve *Pound*’dan hareket edilirse haklar için bir güvence, toplum için de bir düzen kaynağı olmasının yanında “siyasal biçimde örgütlenmiş bir toplumun ürünü” olması ile de teşhis edilir.⁷²⁸ Hukukun bir “toplumsal ürün” olması, hukuk üretiminin toplumla bağlantılandırılmasını ifade eder. Böylece hukuk, ya bizzat toplum tarafından yaratılacaktır ya da toplum adına. Nitekim yukarıda işaret edilen “ortaçağdan XVIII. yüzyılın sonuna kadar”ki dönem bakımından hukuk monarkın-devletin-parlamentonun iradesi olarak belirmiştir. XIX. yüzyıldan itibaren ise egemenlikten kaynaklanan bir yetki olarak “yargı”nın da parlamento yanında hukuk kaynağı olduğu söylenmeye başlanacaktır. Diğer bir ifadeyle hukuk devletinin anlamına XIX. yüzyılın katkısı, yargıyı hukukun üretimi sürecinde en az yasama kadar etkin bir kaynak hâline getirmiş olmasıdır.⁷²⁹ *Bingham* da hukuk devletinin özünü, kamusal ya da özel bütün kişi ve kurumların geleceğe yönelik olarak ve kamuya açık biçimde yayımlanan kanunlar ve mahkemelerce yürütülen hukuk ile bağlı olmasında bulmaktadır.⁷³⁰

Hukukun yasama organları tarafından yaratılması konusunda genel bir kabul söz konusu olmakla birlikte yargı yerlerinin hukuk yaratma sürecine müdahalesi konusunda tereddütler doğmaktadır. Hâkim yaratisı hukuk (*judge-made law*), ortak hukuk (*common law*) sistemi içinde ortaya çıkan ve gelişen bir kavram olmakla birlikte XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren anayasa mahkemelerinin yaygınlaşmasıyla artık kıta Avrupası hukukunun da gündemine girmiştir. Buna karşılık *David* Roma-Germen hukukunda da hukuk kuralının belirlenmesinde

⁷²⁷ **POUND** Roscoe, *The Ideal Element in Law*, Liberty Fund, Indianapolis 2002, s. 1-4.

⁷²⁸ Akal da hukukun, aynı yöndeki bir tanımına, “(S)iyasi açıdan örgütlenmiş bir toplumun sistematik güç kullanarak sağladığı sosyal denetimi” biçimindeki anlamına işaret etmektedir. **AKAL**, *İktidarın...*, s. 160.

⁷²⁹ **LEONI** Bruno, *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand Co., New Jersey, 1961, s. 59.

⁷³⁰ **BINGHAM** Lord, “*The Rule of Law*”, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 66, No. 1, 2007, ss. 67-85, s. 69.

yargısal faaliyetin temel bir öneme sahip olduğunu ifade etmektedir.⁷³¹ Hukukun/Anayasanın “ne olduğunu” söylemek yetkisinin yargıya ait olduğunu kabul etmesi itibarıyla “hukukî realizm” akımı ile örtüşen hukuk devleti, hukukun etkinliğinin temel aracı olarak “yargı”yı görmektedir.⁷³²

*“Jürisprüdans, sadece Hukuki bir Olay değil ama sosyal bir Olaydır ve global toplumlarda, Siyasi-sosyal uzlaşmazlıkları çözme mekanizması olarak görülür. Belirleyici fonksiyonu normların üretilmesi olan Jürisprüdans, bir hukuk kaynağı olarak, ‘Hukuk’un barışlandırma misyonunu da üstlenir.”*⁷³³

A. DICEY’NİN HUKUK DEVLETİ ANLAYIŞI VE YARGISAL YASAMA DÜŞÜNÇESİ

Dicey (1835 - 1922), Norman istilasından bu yana İngiltere’nin bütün siyasal kurumlarını iki temel özelliğin karakterize ettiğini ifade etmiştir: Merkezî bir hükümetin ülke sathındaki egemenliği ve hukukun egemenliği.⁷³⁴

Birbiri ile uzlaşmaz görünen bu iki ilkedен birincisi, başlangıçta hukukun kaynağı ve düzenin sağlayıcısı olan Kral tarafından temsil edilen egemenlik, 1688 Devriminden sonra Parlamento’nun eline geçmiş; parlamentonun üstünlüğü ilkesi İngiliz anayasal düzeninin en temel ilkelerinden birisi hâline gelmiştir.⁷³⁵ Parlamentonun üstünlüğü ilkesi parlamentonun kanun yapmak konusundaki tekeli ve sınırsız yetkisini ifade eder. Buna göre “parlamentonun yasama üstünlüğü”, parlamentonun herhangi bir kimseyi etkileyebilecek herhangi bir konuda kanunlar çıkartabilmesini ve alelade kanunlar aracılığıyla parlamento tarafından değiştirilemeyecek ya da ortadan kaldırılamayacak herhangi bir üstün ilkenin bulunmamasıdır.⁷³⁶

⁷³¹ DAVID, Çağdaş..., s. 90-92, 95-96.

⁷³² MASON Anthony, “Legislative and Judicial Law-Making: Can We Locate An Identifiable Boundary?”, Adelaide Law Review, Vol. 24, 2003, ss. 15-36, s. 16-22; RADIN Max, “Legal Realism”, Columbia Law Review, Vol. 31, 1931, ss. 824-828; RUBIN Paul H., “Judge-Made Law”, içinde: Encyclopedia of Law and Economics, Ed.: Boudewijn Bouckaert/ Gerrit De Geest, Vol. I, The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar 2000, ss. 543-558, s. 544-545; UZUN Ertuğrul, “Amerikan Hukukî Realizmi”, içinde: Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik Yay., İstanbul 2004, ss. 61-73; UZUN Ertuğrul, “İskandinav Hukukî Realizmi”, içinde: Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik Yay., İstanbul 2004, ss. 75-92.

⁷³³ CAĞLAR, “Hukukla Kavranan...”, s. 254-255.

⁷³⁴ DICEY, Introduction..., s. 179.

⁷³⁵ McNEILL, Dünya Tarihi, s. 554-557.

⁷³⁶ ALLAN, Constitutional..., s. 13; PHILLIPS/JACKSON, Constitutional..., s. 41, 49.

Dicey'ye göre İngiliz anayasal düzenine rengini veren ikinci özellik hukukun üstünlüğüdür. Yazar hukukun üstünlüğü prensibinin üç anlamının bulunduğunu ifade etmektedir.⁷³⁷

1. Hükümetin keyfi güç kullanmaması:

“(H) iç kimsenin olağan hukuki usullere göre ve olağan mahkemelerce hukuku ihlal ettiği tespit edilinceye kadar cezalandırılmaması ya da bedenlen veya malen hukuki bir yaptırıma tabi tutulamamasını” ifade eder. “Bu anlamda hukuk devleti, kişilerin geniş, keyfi ya da takdiri deliller kullanması esasına dayalı her türlü hükümet sisteminin zıddı anlamına gelmektedir.”⁷³⁸

Keyfilik ve geçmişe etkili düzenleme yasağı olarak da anlaşılabilir olan bu anlamı itibariyle hukuk devleti ceza hukukundaki, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile de ilişkilendirilebilir. Siyasi iktidarın keyfi ve öngörülemez faaliyetlerinin veya geçmişe etkili sonuç doğuracak cezalar düzenlemesinin önüne geçen ve takdir yetkisini sınırlandıran bu anlamı ile hukuk devleti, bireyi koruyan bir ilkedir. Bu ilke kanunların, açık, erişilebilir, anlaşılabilir ve belirli olmasını gerektirir. **Barnett**'in tespitine göre bu, hukuk devletinin toplumsal sözleşme ile olan bağlantısının ve bireyin devletle olan “karşılıklı” ilişkisinin bir sonucudur. Böylece devlet, yurttaşlarından kanunlarına itaat etmesini beklerken yurttaşlar da devletten kendi iradelerinin yansımaları olan kanunlara itaat etmesini talep edeceklerdir.⁷³⁹

2. Herkes olağan hukuka ve olağan mahkemelere tabidir:

Hukuk devletinin ikinci anlamı yalnızca “hiç kimsenin hukukun üstünde olmaması...değil, aynı zamanda durumu ve rütbesi ne olursa olsun herkesin olağan hukuka ve olağan mahkemelerin yetkisine tabi olması(dır).”⁷⁴⁰

Barnett bu ilkeyi “hukuk önünde eşitlik: hukukla bağlı iktidar” şeklinde özetlemektedir.⁷⁴¹ Esasen **Dicey**'nin kullandığı anlamda herkesin aynı yargı yerleri önüne çıkartılması prensibi, Fransız idari yargı sisteminin bir eleştirisidir.⁷⁴² Bugün

⁷³⁷ **DICEY**, Introduction..., s. 179 vd.

⁷³⁸ **DICEY** A. V., “Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar”, Çev.: Ali Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: A. R. Çoban/ B. Canatan/ A. Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 25-38, s. 28.

⁷³⁹ **BARNETT**, Constitutional..., s. 85.

⁷⁴⁰ **DICEY**, “Hukuk Devleti...”, s. 31.

⁷⁴¹ **BARNETT**, Constitutional..., s. 86.

⁷⁴² Dicey'nin Fransa'da ve Almanya'da idarenin eylem ve işlemlerinin olağan mahkemeler tarafından denetlenmiyor olmasını hukuk devletine aykırılık şeklinde nitelendirmesi karşısında Hayek, yazarın Kıta Avrupasında sadece Fransız idari yargı sistemini bildiğini onu da oldukça eksik bildiğini ifade

bu eleştirinin İngiltere için dahi bir anlamı kalmamıştır. Ancak prensip, olağanüstü ve olaya özel yargısal mercilerin teşkil edilemeyeceği anlamıyla adil yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır.

3. Anayasa hukukunun genel kuralları ülkenin olağan hukukunun sonucudur.

“İngiliz kurumlarının özel bir niteliği olarak tanımlanabilecek olan ‘hukuk devletinin’ ya da hukuk ruhunun hakimiyetinin üçüncü ve farklı bir anlamı daha vardır. Anayasanın (kişisel özgürlük, kamusal toplantı gibi) genel kurallarının, Mahkemelerin önüne gelen birel davalarda, bireylerin haklarını tespit eden yargı kararlarının sonucu olarak ortaya çıktığını ve bu kurallarla anayasanın hukuk devleti niteliğini aldığını söyleyebiliriz. Oysa pek çok başka anayasalarda birey haklarına sağlanan güvencenin anayasanın genel ilkelerinin sonucu olduğu ya da öyle görüldüğü kabul edilmektedir.” DICEY’e göre “İngiliz anayasasında bulunabilecek bütün ilkeler, yargısal yolla türemiş bütün hukuk kuralları gibi, ya yargı kararlarından ya da belli ölçüde yargı kararlarına benzeyen ve özel mağduriyetleri gidermek için çıkarılan ve aslında parlamento yüksek mahkemesinin kararları olan yasalardan türetilmiş genellemelerdir.”⁷⁴³

Phillips ve **Jackson** da geleneksel olarak İngiliz hâkimlerinin hukukun ne olduğunu söylemek ve bu hukuku uygulamak yetkisini ellerinde tuttuğuna işaret etmektedir. Yazarlara göre bu yargısal faaliyete mündemiç bir yetkidir. Şüphesiz hiçbir mahkemenin bir kanunun hükümlerini değiştirmek ya da bu kanunu ortadan kaldırmak yetkisi bulunduğunu söylemek İngiltere için mümkün değildir ancak hâkimler, kanunu anlamlandırmak konusunda münhasır ve güvenceli bir yetkiye sahiptirler.⁷⁴⁴

Özcan, **Dicey**’nin hukuk devleti tanımından bir dizi sonuç çıkartmaktadır.⁷⁴⁵

- a. Hukuk devleti, bireyci kapitalist toplumun, her bir birey için öngördüğü güvenli bir yaşam alanını tanımlar.
- b. Hukuk devleti, toplumsal ilişkilerin bir hukuk algısına göre şekillendirildiği bir toplumsal yapıyı ifade eder.

etmekte ve gerek Fransa’da gerek Almanya’da, henüz gelişim aşamasında olmakla birlikte, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminin hukuk devletini sağlamaya elverişli düzeyde olduğunu ifade etmektedir. **HAYEK**, “Siyasî...”, s. 77.

⁷⁴³ **DICEY**, “Hukuk Devleti...”, s. 32-33.

⁷⁴⁴ **PHILLIPS/JACKSON**, Constitutional..., s. 47-49.

⁷⁴⁵ **ÖZCAN**, Modern Toplum..., s. 201-202.

c. Hukuk devleti, hukukun ruhunun olağan yargı mercileri tarafından deklare edildiği, “*bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanımlamada yargıçların kilit rol oynadığı, deyim yerindeyse, yargıçların her türlü idarî karar alıcının üstünde olduğu bir tür yargıçlar devletidir*”.

İngiliz hukukunda parlamentonun üstünlüğü ilkesini “parlamentonun yasama yetkisinin keyfi biçimde kullanılması” olmaktan çıkartan; mahkemelerin hukukun üretimi sürecine olan müdahalesidir. Bu durumu **Dicey** yargısal yasama (*judicial-legislation*) kavramıyla ifade etmektedir.⁷⁴⁶ Yargısal yasama ilk bakışta parlamentonun üstünlüğü ile çelişiyormuş gibi görünse de, yazara göre aslında böyle bir çelişki mevcut değildir. Parlamento’nun kanunları hâkimlerin hukukunu geçersiz kılabılırken ve hatta geçersiz kılarken, İngiliz hâkimleri herhangi bir kanunu dava konusu yapmaz ya da kanunu ortadan kaldıracak bir yetki kullanmazlar. Yargısal yasama, kısaca, Parlamentonun gözetim ve rızasına bağlı tâli bir yasamadır.⁷⁴⁷

Burns’e göre de **Dicey**’nin kuramında yasamanın üstünlüğü ile yargısal faaliyet arasında bir çatışma bulunmamaktadır. Çünkü “*parlamento yasayı çıkarıp sesini keser kesmez, çıkardığı yasa hukuksal yorum(un)*” konusu hâline gelir. “*Ve yargıçlar eğitimden geçmiş kimseler olarak, yorumlarını geçmişin derinliklerinden süregelenmiş olan özgürlükle ilgili yüce geleneklere göre yap(arlar)*”.⁷⁴⁸ Diğer bir ifadeyle kural bir kere kanunlaştıktan sonra onun üzerindeki parlamento hâkimiyeti sona erer ve yargı hâkimiyeti başlar.

Dicey, hukukun egemenliğini, yargının da yasama yanında hukukun üretilmesi faaliyetine dâhil ederek yani parlamentonun egemenliğini bir yapıbozumuna uğratarak liberal bir toplumun gereksinimlerine cevap vermiş olmaktadır belki ama bunun bedeli erkler ayrılığı ve buna bağlı olarak da yargı bağımsızlığı sorunlarını açıkta bırakmak olmuştur.

Barnett’e göre Birleşik Krallık anayasasında erkler ayrılığı, hukuk devleti ve parlamentonun üstünlüğü ilkelerinden ayrı olarak düşünülemez. Bu bağlamda erkler ayrılığı anayasacılığın bir gereği olarak devlet teşkilatının da temel ilkesidir. Erkler ayrılığı organlar arasında mutlak bir ayrılık öngörmez. Buna karşılık ilkeden

⁷⁴⁶ **DICEY**, Introduction..., s. 18, 38, 58, 192, 369.

⁷⁴⁷ **DICEY**, Introduction..., s. 58.

⁷⁴⁸ **BURNS**, Çağdaş..., s. 12-14.

anlaşılması gereken devlet organları arasında yeterli düzeyde bir karşılıklı etkileşimdir.⁷⁴⁹

Yargı bağımsızlığı konusunda ise İngiliz hukukunda eskiden beri hâkimlerin bağımsız oldukları; görevlerinden azledilemeyecekleri ve görevleri sebebiyle sorumlu tutulmayacakları kabul edilmiştir. Bununla birlikte İngiliz hukukunda belki de ilk kez *2005 Constitutional Reform Act* ile yargı bağımsızlığı yazılı bir anayasal ilke olarak kabul edilmiştir denilebilir. Reform Kanunu ile *Lord Chancellor*'un yargısal yetkileri, yeni kurulan Yüksek Mahkemenin Başkanı'na, *Lord Chief Justice*'e devredilmiş; Lordlar Kamarasının bütün yargısal yetkileri de Yüksek Mahkeme'ye aktarılmıştır.⁷⁵⁰

Hukuk devletinin bir hukuk toplumunu gerektirdiği ve hukukun temel işlevinin de bir toplumsal düzen inşa etmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda yargıç yaratisı hukukun hukuk devletine olan katkısı da kendiliğinden ortaya çıkacaktır. *Özcan*'ın ifade ettiği gibi “(Y)argısal karar alma ile toplumsal sistem arasında dinamik bir ilişki mevcuttur. Bu bakış açısı, aynı zamanda yargıcın toplumun kültürünü paylaşan birey olarak psikolojisini, açıklamasının kapsamı içine almakta, yargısal kararda etkili olan toplumdaki inanç ve kanaatleri, keza bu kararda yapılan seçim nedeniyle bunların yerinden edilmesi ve yeniden yerleştirilmesini açıklamayı hedeflemektedir. Yargı sisteminin çıktısı ve potansiyel olarak toplum tarafından benimsenebilir olan yeni normatif doğrultuların *stare decisis* (daha sonra emsal karar olarak varlığı sürdürülen yargıç tarafından yaratılmış hukuk kuralı) şeklinde ortaya çıkması yoluyla, norm sisteminin daha incelikli (yani daha sofistike) hale gelmesi bu sistemik işleyişin sonucudur.”⁷⁵¹

Yargısal yasama ya da yargıç yaratisı hukukun Kıta Avrupası'nda anayasa yargısı düzleminde düşünülmesi, anayasaya yargısı yoluyla hukuk devletini gerçekleştirmekte etkin bir araç olabilecektir.

⁷⁴⁹ BARNETT, Constitutional..., s. 97.

⁷⁵⁰ KILINÇ Bahadır, “Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa Kavramı ve Yargısal Denetim”, içinde: Anayasa Yargısı İncelemeleri, C. 1, Ed.: Mehmet Turhan/ Hikmet Tülen, Ankara 2006, ss. 113-148, s. 120; http://www.judiciary.gov.uk/about_judiciary/index.htm, E. T.: 08.05.2010; Constitutional Reform Act 2005, m. 7, 23 vd.

⁷⁵¹ ÖZCAN Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Set, 2. Bası, İstanbul 2003, s. 123-125.

B. HAYEK'İN HUKUK DEVLETİ ANLAYIŞI VE KENDİLİĞİNDEN DÜZEN

“Tarihsel açıdan bakıldığında, bireysel özgürlük ancak, yasa'nın herhangi bir organın keyfi iradesiyle ilgili bir mesele olarak görülmediği ülkelerde ve yargıçlarla hukuk bilginlerinin, adalet duygusuna hâkim olan ilkeleri genel kurallar biçiminde ifade etmek çabalarından doğmuştur.”⁷⁵²

“Çoğunluğun her istediği konuda karar vermesi, bu kararın zorunlu olarak hukuku ifade etmesi düşünülemez. Hukuk devleti parlamentonun da iradesini sınırlayan kuralların olduğu yerde geçerlidir.”⁷⁵³

1. Hayek'in Hukuk Devleti Anlayışı

Hayek'e (1871-1928) göre hukuk devleti, devletin bütün faaliyet ve hareketlerinde, sabit ve önceden ilan edilmiş birtakım kurallarla bağlı olmasını ifade eder. Bu kurallar, yürütmenin hangi durumlarda ne şekilde hareket edeceğini belirlemesi bakımından bireyler için bir öngörülebilirlik sağlayacaktır.⁷⁵⁴ **Hayek**'te kanunun egemenliği şeklinde formüle edilen hukuk devleti, yukarıda da ifade edildiği gibi, kökleri eski Yunan'a kadar götürülebilen⁷⁵⁵ bir “siyasal ilke”⁷⁵⁶ olarak kanunların içeriğiyle değil fakat daha ziyade “gerçek kanunların” nitelikleriyle ilgilidir. Buna göre “gerçek kanun”un egemenliği bağlamında hukuk devleti özü itibariyle bir keyfilik yasağını ifade eder.⁷⁵⁷ **Melnik**'e göre Hayekçi hukuk devleti: bireyler ve idare için söz konusu olan keyfi davranış yasağı ile bireylerin-idarenin eylem ve işlemlerinin kanuna uygunluğu ve bunun yargısal denetimi; yargı mercilerinin erkler ayrılığı ilkesi gereğince siyasal iktidardan bağımsız ve herkes için tarafsız olması; hesap verebilir bir devlet düşüncesi; güvencelenmiş bir haklar düzeni; yargıya erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı ile kanun önünde eşitlik ilkesi; kanunların demokratik ilkelere başka üstün anayasal ilkelere ve üstün hukuk ilkelerine kapsam ve yöntem açısından uygunluğu ve bu uygunluğun yargısal denetimi; hukuk güvenliği ve kanunların geçmişe yürütülmemesi ilkeleri ile teşhis

⁷⁵² **HAYEK** Friedrich A., “*Liberal Bir Devletin Anayasası*”, Çev.: Mustafa Erdoğan, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 187-192, s. 189.

⁷⁵³ **AKTAŞ** Sururi, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte, Ankara 2001, s. 122.

⁷⁵⁴ **HAYEK** Friedrich A. Von, Kölelik Yolu, Çev.: Turhan Feyzioğlu/ Yıldırım Arsan, Liberte, Ankara 2004, s. 99.

⁷⁵⁵ Özel mülkiyete dayalı özgürlük eksenli hukuk devletinin Greko-Romen kaynakları için **HAYEK**, The Fatal..., s. 29-37.

⁷⁵⁶ **HAYEK**, “*Siyasî...*”, s. 39 vd.

⁷⁵⁷ **CRESPIGNY** Anthony De, “*F. A. Hayek: İlerleme İçin Özgürlük*”, Çev.: Huri Türsan, içinde: Çağdaş Siyaset Felsefecileri, Der.: A. De Crespigny/K. R. Minogue, Remzi, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 59-74, s. 67.

edilir. Yazar ayrıca pek çok hukuk geleneğinde de hukuk devletinin “yasama yetkisinin dışında bırakılan bir haklar alanı” bulunduğuna ilişkin bir nosyonun var sayıldığını da belirtmektedir.⁷⁵⁸ Bunun diğer bir ifadesi hukuk devletinin yasama yetkisinin sınırlılığını kabul ettiğidir.

Keyfi yönetimin karşısı olarak hukuk devleti, bireyler için bir kanun önünde eşitlik de öngörür. Bu eşitlik, insanlar arasında maddi bir eşitlik yaratmaktan ziyade, hukukun herkes için ve her zaman uygulanmasını ifade eder. Bu şekilde bireyin sadece kanunlara itaat etmekle özgürlüğü de sağlanmış olacaktır.⁷⁵⁹ *Hayek*'in düşüncesi özgürlük merkezli bir düşüncedir. *Yayla* da *Hayek*'in özgürlükçü bir düşünür olduğunu; düşünce tarihinde birçok filozofun özgürlüğün savunuculuğunu üstlendiğini ancak bunlar arasında bazı isimlerin özgürlük ile adeta “organik” bir bağının bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre *Milton*, *Mill*, *Lord Acton* ve *Hayek* bu düşünürler arasında gösterilebilir.⁷⁶⁰ *Hayek*'in özgürlük olgusuna yaptığı vurgunun sebebi olarak Rusya'da ve Almanya'da yükselen totaliter rejimlerin, özellikle 1929 Buhranını yaşayan liberal toplumlar üzerindeki “cezbedici etkisi” gösterilebilir.⁷⁶¹

Hayek'te özgürlük “bireyin, bir başkasının keyfi iradesinin zorlamasına maruz kalmadığı durumu” ifade eder.⁷⁶² Bu bağlamda özgürlükçü bir toplum da; bireyleri diğerlerinin iradesine tâbi kılmanın ve zor kullanmanın en aza indirildiği toplum, şeklinde tarif edilebilir.⁷⁶³ Böylece herkes için ve her zaman uygulanmakla anlamlandırılan “hukukun etkinliğinin” eşitlik ve özgürlük için bir güvence olduğu da söylenebilecektir.⁷⁶⁴

Hayek'te “hukuk devleti” özgürlük ve zor kullanma ilişkisi üzerinden anlamlandırılmaktadır. Buna göre özgürlük bir topluluk içinde ya hiç zorlamanın bulunmamasıdır ya da mevcut zor kullanma yetkisinin denetim altında tutularak

⁷⁵⁸ MELNIK Stefan, “*Kanun Hakimiyeti Prensibinin Anlam ve Önemi*”, Çev.: Bican Şahin, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 193-198, s. 193 vd.

⁷⁵⁹ HAYEK, “*Siyasî...*”, s. 82.

⁷⁶⁰ YAYLA Atilla, *Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi, Liberte*, 2. Bası, Ankara 2000, s. 21.

⁷⁶¹ GÜVENÇ Nazım, *Hayekizm, BDS*, İstanbul 1999, s. 82-84; HAYEK, *Kölelik...*, s. 235 vd.

⁷⁶² HAYEK, *The Constitution...*, s. 11.

⁷⁶³ BUTLER Eamonn, *Hayek: Çağımız İktisat ve Siyaset Felsefesine Katkısı*, Çev.: Yusuf Ziya Çelikkaya, *Liberte*, Ankara 2001, s. 34; CRESPIGNY, “*F. A. Hayek...*”, s. 59; HAYEK, *The Constitution...*, s. 133 vd.; YAYLA, *Özgürlük...*, s. 22 vd.

⁷⁶⁴ HAYEK, *Kölelik...*, s. 106-109.

sınırlandırılmasıdır.⁷⁶⁵ Birinci ihtimal devletli toplumlar bakımından söz konusu değildir. Özgürlüğün devletli bir toplumsal düzen içinde gerçekleştirilmesinin aracı hukuktur. Zor kullanma yetkisinin düzenlendiği bir hukukun üstünlüğü, özgürlüğün temel aracıdır. Buna göre **Hayek** de hukukun egemenliği ile özgürlük kavramını bir arada düşünmekte, bireylerin ancak bir hukuk düzeninde özgür olabileceklerini kabul etmektedir. Özgürlüğün hukuk eksenli tanımlanması, hukukun da ne anlama geldiğinin ortaya konulmasını gerektirir.⁷⁶⁶ Zira hukuk devletine verilecek anlam, **Aktaş**'ın da ifade ettiği gibi, hukuk kavramının anlamıyla yakından ilgilidir.⁷⁶⁷ Bu anlamda **Hayek**'in özgürlük eksenli hukuk anlayışı, **Hobbes-Rousseau** çizgisi üzerinden geliştirilen bir “iradeci” ve “emredici” kanunculuğun karşısında; Locke’u bir hukuktur. **Güvenç**, yazarın görüşleri doğrultusunda, liberalizmin son tahlilde iki kola ayrılabilceğini ifade etmektedir.⁷⁶⁸ Buna göre birinci kol **Hayek**'in “gerçek liberalizm” olarak nitelendirdiği **Locke, Montesquieu, Hume, Smith, Kant, Constant**, gibi düşünürlerin oluşturduğu “kendiliğinden evrimci”⁷⁶⁹ çizgi; ikincisi ise **Bacon, Descartes, Hobbes, Rousseau, Bentham, Hegel** gibi düşünürlerin oluşturduğu “iradi yapıkurucu” çizgidir. Her iki dal da sonuçta liberal olmak bakımından hukuk, devlet, toplum, özgürlük, insan hakları gibi kavramlar üzerinde yakın bir bakışa sahiptir ancak izlenecek yöntem bakımından ayırırlar. **Güvenç**'in aktardığına göre **Hayek**'in kurucu düşünceye itirazı, yönteminin totalitarizme kapı aralayacak olmasıdır.⁷⁷⁰

Aktaş'ın belirttiğine göre **Hayek**'in hukuk anlayışı, olgulardan bağımsız soyut ilkelere dayanan rasyonalist bir doğal hukuk değil; “*önceki uygulamalardan ve olgulardan kaynaklanan soyutlamalara dayanan*” soyut ve gayri-şahsi bir

⁷⁶⁵ **HAYEK**, Kölelik..., s. 111.

⁷⁶⁶ **YAYLA**, Özgürlük..., s. 32-33.

⁷⁶⁷ **AKTAŞ**, Hayek'in..., s. 138.

⁷⁶⁸ **HAYEK**, The Constitution..., s. 54 vd.

⁷⁶⁹ Kendiliğinden düzen ya da sosyal evrimcilik, eleştirel-evrimci rasyonalizm ve evrimci bireycilik kavramları birbirleri ile sıkı ilişki içinde bulunan kavramlardır. Hayek'in Ferguson'dan alıntıladığı betimlemeyle kendiliğinden düzen, “*insan eyleminin sonucu olan fakat insan tasarımının sonucu olmayan*”; bu açıdan kurucu rasyonalist bireyciliğin değil fakat evrimci-eleştirel rasyonalist bireyciliğin, tasarımsız davranışları ile tedricen beliren bir düzendir. **HAYEK** Friedrich A., Individualism and Economic Order, The University of Chicago Press, Chicago 1948, s. 7; **HAYEK** Friedrich A., “*Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri*”, Çev.: Atilla Yayla, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 171-185, s. 174. Sosyal Dawinizm için: **HAYEK**, The Fatal..., s. 23 vd.

⁷⁷⁰ **GÜVENÇ**, Hayekizm, s. 85-86.

hukuktur.⁷⁷¹ Soyutluk ve genellik, modern hukuku “kabileci” hukuktan ayıran en önemli özelliktir. Bireyi toplum içinde anlamlandıran ve toplum için ortak bir amaç öngören, bu amaca yönelik olarak emirler veren ve kararlar alan hukuk **Hayek**’in ifadesiyle “ilkel toplulukların hukuku”dur. Buna karşılık modern toplumlarda bireylerin amaçları bir yeknesaklık göstermediği gibi genellikle bu amaçlar arasında bir çatışma da söz konusu olmaktadır. Bu nedenle modern toplumların hukuku için esas olan bireyleri, belirlenmiş bir ortak amaca sevk etmek değil bireysel amaçların birbirleri ile “uyuşmasına” hizmet etmek⁷⁷²; daha da doğru bir ifadeyle bireylerin kendi özgül amaçlarını gerçekleştirmek için kullanacakları “araçlar” üzerinde bir anlaşma sağlamaktır.⁷⁷³

Hayek’in hukuk devleti düşüncesi kanunun egemenliği ile teşhis edilir.⁷⁷⁴ Ne var ki **Hayek**’te (gerçek) kanun ne bir doğal hukuk ilkesidir ne de kanun koyucunun kanun adı altında ve kanunlara özgü biçimde çıkarttığı her kararı.⁷⁷⁵ **Yayla**’nın aktardığına göre “kanun hakimiyetinin” ve “kanun hakimiyetine uygun kanunların” bazı özellikleri olmalıdır. Buna göre kanun; genel ve soyut bir ilke olması bakımından somut ve kişisel bir kural olarak emirden amacı bakımından ayrılabilir. Emir bir kimsenin iradesinin diğer bir kimsenin iradesine yüklenmesidir. Buna karşılık kanun, bir emri içerse dahi, genel ve soyut olması sebebiyle birey için bir özgürlük alanı bırakır. Bundan başka, özgür bir toplumun kanunları hukuk devletinin gereklerine uygun olmalıdır. Bu bağlamda kanun, “nötr” ve “öngörülebilir” olmalıdır. Ancak bu şekilde kurulan bir hukuk düzeni, bireyin keyfî olmayan ve güvenli bir hukuk düzeni içinde kendi geleceğini planlama ve planlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Bireyi keyfîlik karşısında koruyan ve ona bir hukuk güvenliği sağlayan kanunlar, diğer bireylerin olduğu kadar idarenin eylemlerini de

⁷⁷¹ AKTAŞ, Hayek’in..., s. 99-100.

⁷⁷² AKTAŞ, Hayek’in..., s. 101; BUTLER, Hayek..., s. 58.

⁷⁷³ HAYEK Friedrich A., Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı, C. II, Çev.: Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Yay., Yer Belirtilmemiş 1995, s. 23.

⁷⁷⁴ Melnik de kanunların demokratik iradenin bir yansıması olması gerektiği gibi, toplumda belli bir grubun değil herkesin haklarını korumak için var olduklarını ifade etmektedir. Bu bağlamda kanunların denetlenmesi, değiştirilmesi ve gerekirse kaldırılması süreçleri açık olmalıdır. MELNIK, “Kanun Hakimiyeti...”, s. 197.

⁷⁷⁵ Buna göre kanun en ideal biçimde şu şekilde tarif edilebilir: Herkes için ve bir kereliğine ortaya konulan; muhatabı belli olmayan; zamana ve mekâna özgü şartlardan soyutlanmış; her zamanda ve her yerde geçerli olan durumlara atıf yapan, emirdir. HAYEK, The Constitution..., s. 149-150.

düzenler. Böylece kamu gücünün de genel, öngörülebilir ve tarafsız biçimde kullanılması sağlanmış olur.⁷⁷⁶

Hayek'in kuramında hukuk devleti, anayasacılık düşüncesinden ve federalizmden de büsbütün ayrı düşünülemez. Özgürlüğün korunması için iktidarın parçalanması şarttır. Bunun bir yöntemi yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması ve yargının da bu ikisinden ayrılmasıdır. Yatay erkler ayrılığını ifade eden bu sınırlama dışında bir de dikey erkler ayrılığında bahsedilir. Bu bağlamda federalizm “*yetki ve sorumluluğun farklı coğrafi bölgeler arasında bölüştürülmesi iktidar temerküzünü önlemenin belki daha iyi ve daha kalıcı bir yoldur.*”⁷⁷⁷ Federalizm, devlet kudretinin mutlaklaşmasının önüne geçtiği gibi, anayasacılık da yasama yetkisini sınırlar. Gerçekten anayasacılık, salt bir anayasanın üstünlüğü ilkesinden ziyade, anayasaları da önceleyen ilkelerin varlığını ifade eder.⁷⁷⁸ *Melnik*'in hukuk devletinin ayırt edici özellikleri olarak yukarıda zikredilen ilkeler, yazara göre kanunlar kadar anayasalar için de geçerli olmalıdır. Yazara göre bu ilkeler öyle temel niteliktedir ki bunların etkisizleştirilmesine yönelik bir girişim hukuk düzeninin özgürlükçü karakterini ve keyfiliğin önlenmesi biçimindeki temel amacını tamamen ortadan kaldıracaktır. “*Bu anlamda, kanun hakimiyeti prensibinin geçerli olduğu bir sistemde, yasama üyelerinin nitelikli bir çoğunluğu anayasayı değiştirebilir, fakat, kanun hakimiyeti prensibinin temel ilkelerine dokunamaz.*”⁷⁷⁹

2. Kendiliğinden Düzen: Eleştirisel Akıl Kurucu Akla Karşı ya da Liberal Geleneğin İki Yüzü

Hayek'e göre insan nasıl davranması gerektiğini bilir fakat davranışını yöneten kuralların çoğunu açıkça ifade edemez. Bu kurallar sözlü olarak ifade edilen (*articulated*) ve sözlü olarak ifade edilemeyen kurallardır (*non-articulated*).⁷⁸⁰ Sözlü olarak ifade edilmeyen kurallar tanımlayıcı kurallardır. Bu tür bir kural dilde sözlü

⁷⁷⁶ CRESPIGNY, “*F. A. Hayek...*”, s. 67-69; YAYLA, *Özgürlük...*, s. 33-35.

⁷⁷⁷ YAYLA, *Özgürlük...*, s. 36.

⁷⁷⁸ Hayek, hukuk devletinin anayasacılıktan daha fazla olarak bütün kanunların belirli ilkelere uygun olması gerektiğini belirtmekte ise de, son tahlilde hukuk devleti ile anlamlandırılan anayasacılığın da hukuk devletine paralel olarak yeniden anlam kazandığını ve diğer kanunlar yanında anayasaların da gözetmesi gereken üstün ilkelerin bulunduğunu söylemek mümkün olmalıdır. HAYEK, *The Constitution...*, s. 205.

⁷⁷⁹ MELNIK, “*Kanun Hakimiyeti...*”, s 198.

⁷⁸⁰ HAYEK Friedrich A., *Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*, C. I, Çev.: Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Yay., Basım Yeri Belirtilmemiş 1996, s. 65-66.

olarak açıklanmayan düzenli bir davranış ya da değer kalıbıdır.⁷⁸¹ “Sözlü olarak ifade edilen kurallar ise formüle edilmiş normatif kurallardır. Bu tür kurallar yalnızca davranışı tanımlamaz; aynı zamanda konulmuş uygun standartlar açısından davranışı yönetirler.”⁷⁸²

Hayek'e göre hukukun iki kaynağı vardır, ya da kanunun iki türü: *Nomos* (adil davranış kuralları, *rules of just conduct*) ve *Thesis* (organizasyon kuralları, *rules of organization*). *Nomos* özgürlük yasası olarak kendiliğinden düzenin ürettiği hukuktur. **Lessnoff**'un ifadesiyle adil davranış kuralları bireylerin, diğer bireyleri etkileyecek nitelikteki davranışlarını düzenleyen kurallardır.⁷⁸³ Bu şekilde herkesin bir kurala tâbi olmasıyla, daha da doğru bir ifadeyle herkes için öngörülen davranış sınırlarına riayet edilmesiyle, büyük toplumlar bakımından bireyler, davranışlarının sonuçlarının diğer bütün bireyler üzerindeki etkilerini hesaplamak gibi imkânsız bir işe kalkışmaktan da kurtulmuş olurlar.⁷⁸⁴ *Thesis* ise yasama organı tarafından bilinçli şekilde formüle edilen kurallardır.⁷⁸⁵

Nomos ve *Thesis* **Hayek**'e göre iki farklı düzenin kurallarıdır. **Hayek** bu düzenleri kendiliğinden düzen (*Kozmos*) ve yapma düzen (*Taxis*) olarak ikiye ayırır.⁷⁸⁶ Kendiliğinden düzen, kendi inisiyatifleriyle, herkes için aynı biçimde uygulanan kurallar çerçevesinde, karşılıklı ilişkiler kuran insanların yarattığı düzendir.⁷⁸⁷ Yapma düzen ise “bir dış faktör tarafından yaratılan ve bilinçli olarak tasarlanan” düzendir.⁷⁸⁸

Yapma düzen, kurucu rasyonalizmin düzenidir.⁷⁸⁹ “İnsan aklının, gelenek ve deneyimlerden bağımsız olarak sadece a priori aklî ilkelere dayanarak tüm dengelim metoduyla bir sosyal düzenin bütün kurumlarını baştan itibaren kurgulayabileceği ve gerektiğinde de varolan bir sosyal yapıyı bir devrim ruhuyla değiştirip yenisini

⁷⁸¹ BUTLER, Hayek..., s. 28.

⁷⁸² AKTAŞ, Hayek'in..., s. 102.

⁷⁸³ LESSNOFF Michael H., *Political Philosophers of the Twentieth Century*, Blackwell, Oxford 1999, s. 159.

⁷⁸⁴ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 22-23; HAYEK, Kanun..., C. II, s. 28-33.

⁷⁸⁵ AKTAŞ, Hayek'in..., s. 103; HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 191-192.

⁷⁸⁶ GÜL SALLAN Songül, “20. Yüzyılda Yeni Sağın İdeolojik Yükselişi ve Yeni Sağda Sosyolojiye Saldırmanın Dayanılmaz Hafifliği”, <http://yaklasim.iibf.gazi.edu.tr/ciltler/11/39/1.pdf>, E. T.: 15.05.2010, ss. 1-22, s. 15-16; LESSNOFF, *Political...*, s. 153; YAYLA, *Özgürlük...*, s. 114 vd.

⁷⁸⁷ HAYEK, *The Constitution...*, s. 160.

⁷⁸⁸ AKTAŞ, Hayek'in..., s. 57; HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 57.

⁷⁸⁹ HAYEK, “*Liberal Bir Sosyal Düzenin...*”, s. 172.

yapabileceği savı kurucu rasyonalizmin temel karakteristiğidir.”⁷⁹⁰ **Hayek**’in yapma düzeni -organizasyonlar düzeni- bir amaca yönelik olarak düşünülüp tasarlanarak yaratılmış bir toplumsal yapıdır. Amacına ulaşmak için bir “yönetim yapısına” ve eylemlerde bulunabilmek için de belirli kurallara ihtiyacı vardır. Organizasyonun kuralları, organizasyonun amacına yönelik olarak bireylere görevler yükler ve emirler verir. Devlet de bu bağlamda bir organizasyondur.⁷⁹¹ Hemen belirtmek gerekir ki **Hayek** organizasyona karşı değildir; onun karşı olduğu, toplumun bir bütün olarak organize edilmesi ve toplumsal düzenin de bu organize edilmiş toplumun “emredici” ve “amaç yükleyici” düzeni haline gelmesidir.⁷⁹² Zira tasarlanmış bir toplumda **Hayek**’e göre haklardan değil olsa olsa ödevlerden söz edilebilir.⁷⁹³

Bu bağlamda toplumsal düzenin devrimci bir yaklaşımla bütünüyle ortadan kaldırılarak yenisinin inşa edilebileceğine ilişkin kurucu rasyonalist görüşlere **Hayek**, toplumsal düzenin onu oluşturan unsurlardan bağımsız bir kendiliğinden düzen olduğu savıyla karşı çıkmıştır.⁷⁹⁴ **Yayla**, **Hayek**’in kurucu rasyonalizme ilişkin eleştirilerine bilgi ve akıl hakkındaki “yanlışlıklarından” başladığını ifade etmektedir.⁷⁹⁵ **Yayla**’nın aktardığına göre kurucu rasyonalizm insan aklının mahiyeti itibariyle sınırlı oluşuna karşı çıkmakta ve sosyal düzende yer alan bütün bilgilerin bir araya getirilerek incelenmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu bağlamda kurucu rasyonalizm insanlığın gelişimini tabiat bilimlerindeki benzer bir kanunluluk düşüncesine bağlamıştır.⁷⁹⁶ **Hayek**’e göre kurucu rasyonalizmi en etkili şekilde ifade eden filozof **Descartes** ve onu sosyal bilimlere taşıyan ise **Hobbes** ve

⁷⁹⁰ AKTAŞ, Hayek’in..., s. 10.

⁷⁹¹ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 59, 72, 74-75.

⁷⁹² LESSNOFF, Political..., s. 153.

⁷⁹³ HAYEK, Kölelik..., s. 113.

⁷⁹⁴ BUTLER, Hayek..., s. 20. Bir “devrimci” olmaktan çok bir “evrimci” olan Hayek, Fransız Devriminin de hukuk devletinden ilham aldığını belirtmekte ancak devrimin gerçekte bu ideale yaklaşmaya yardım edip etmediğinin şüpheli olduğunu ifade etmektedir: “Amacı hukuku hâkim kılmak olsa dahi, belki de hiçbir devrimin hukuka saygıyı artırması beklenemez.” HAYEK, “Siyasî...”, s. 64.

⁷⁹⁵ Hayek’in “kurucu rasyonalizmin dört hata”sını Yayla şu şekilde aktarmaktadır: “a) Bir insanın bilimsel olarak haklılaştırılmayacağı veya gözlemle ispatlayamayacağı şeyi izlemesinin makul ve akıllıca bir davranış olmayacağı fikri. b) Bir insanın anlamadığı şeyi izlemesinin yine makul ve akıllıca bir davranış olmayacağı görüşü. c) (B)elirli bir yolu, onun amacı daha önceden bütünüyle belirtilmedikçe izlemenin makul ve akıllıca olmayacağı yaklaşımı. d) (H)erhangi bir şeyi onun etkilerini önceden tam olarak bilmeden değil, fakat aynı zamanda bu etkiler tamamıyla gözlemlenebilir ve faydalı oldukları görülebilir olmadıkça izlemenin makul ve akıllıca bir yol olmayacağı kanaati.” YAYLA, Özgürlük, s. 132-133.

⁷⁹⁶ YAYLA, Özgürlük, s. 67-69.

Rousseau'dur.⁷⁹⁷ Kurucu rasyonalizmi, klasik liberalizm saldırısı hâline getirenler ise *Saint-Simon*, *Hegel* ve *Comte* üzerinden *Marks* ve *Engels* olacaktır.⁷⁹⁸ Son tahlilde, kuşatıcı-kavrayıcı bir insan aklının kurgulayabileceği mükemmel bir sosyal düzenin hem mümkün olmaması hem de izlemek durumunda olduğu yöntemin emredici ve düzenleyici, bu nedenle de zorunlu olarak kolektivist ve bunun sonucu olarak da özgürlükler için elverişsiz olması sebebiyle eleştirilen kurucu rasyonalizm için *Hayek*'in alternatifi bireyci bir kendiliğinden düzeni sonuçlayacak bir “evrimci” akılcılıktır.⁷⁹⁹

Hayek eğer rasyonalizm akli olabildiğince etkili kılmak ise kendisinin de bir rasyonalist olduğunu ifade etmekle birlikte kurucu rasyonalizmin kuşatıcı bir aklın bütün eylemleri tek tek incelemesi anlamındaki rasyonalizmi karşısında kendi konumunu anti-rasyonalist olarak belirlemektedir. Bununla birlikte yazarın tercih ettiği kavram anti-rasyonalizm değil Popperci kullanımıyla evrimci ya da eleştirisel rasyonalizmdir.⁸⁰⁰

Popper, rasyonalizmi dar anlamıyla, ampirizmin karşıtı olarak değil fakat geniş bir anlamda, “sorunu akla, yani duygulanım ve tutkulara değil de, açık düşünceye ve sınamalara başvurarak çözümlenmek isteyen tutumdan söz etmek için” kullanmaktadır. Bu açıdan rasyonalizm, Platoncu bir bağlamda değil fakat Sokratesçi bir bağlamda ele alınır.⁸⁰¹ Bu, sınırlılığının farkında olan, gelişmesi diğerleri ile ilişki içinde olmasına bağlı bulunan, hakikatin sahibi olduğu iddiasında bulunmayan fakat bu arayışı da bırakmayan akıldır. *Popper*'ın kavramsallaştırmasıyla bu Sokratik “gerçek akılcılık” otoritercilik ile bağdaşmaz. Bu aklın gelişmesi üstün bir akıl tarafından planlanamaz. Eleştiriler aracılığıyla ilerleyen bu “aklı” korumanın yegâne yöntemi düşünce özgürlüğünü koruyacak kurumların geliştirilmesidir.⁸⁰²

Hayek'in kuramında (ve klasik liberal düşünce içinde) eleştirisel-rasyonalizmin pratik anlamı şudur: *A priori*, kuşatıcı, bütün ihtimalleri göz önünde bulunduran ve bütün davranışları karşılayan üstün bir aklın ürünü olan düzen

⁷⁹⁷ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 17-18.

⁷⁹⁸ YAYLA, Özgürlük, s. 69-78.

⁷⁹⁹ Hayek'e göre aklın gelişmesi de “medeniyet”in gelişmesinin bir parçasıdır. HAYEK, The Constitution..., s. 24.

⁸⁰⁰ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 45.

⁸⁰¹ Hayek'e göre de bilgisizliğimizin farkında olmamıza ilişkin Sokratik maksim, toplumu anlamaya ilişkin bilgeliğimizin başlangıç noktasını teşkil eder. HAYEK, The Constitution..., s. 22, 69-70.

⁸⁰² POPPER, Açık Toplum..., C. II, s. 197-203.

kuralları bulunamaz. Bu hem epistemolojik açıdan mümkün değildir hem de sonuçlayacağı totaliter düzenler bakımından kabul edilemez. Bir lisanın “kendiliğinden” gelişimi gibi ahlâk, hukuk ve diğer toplumsal kurumların da kendiliğinden bir düzen içinde gelişmesi mümkündür.⁸⁰³ İnsan davranışları, her zaman formüle edilen kurallara uygun davranışlar olarak ortaya çıkmaz; daha çok uygulanmakla başarısı görülen, kelimelerle ifade edilmeyen kurallar insan davranışlarını şekillendirir.⁸⁰⁴ Yine bu nedenledir ki, insanlar, kendi tasarımı eylemlerinin sonucu olmayan bu yapıları diledikleri biçimde değiştirmek imkânına da sahip değildirler.⁸⁰⁵ *Hayek*'e göre insan, sırf neticesinde bir başarı elde edeceği ihtimaline bağlı olarak, açık biçimde ortaya konulmamış olan kuralları izleyen bir varlıktır.⁸⁰⁶ Bu kurallar, insan için bir başarı getirdiği ölçüde yerleşir ve pekişir. Böylece işlevselliği tecrübeye dayanan düzen kuralları –kelimelerle ifade edilmiş olsunlar ya da olmasınlar- kendiliğinden bir düzen kurarlar.⁸⁰⁷ Bunların pozitif hukuk hâline gelmesi ise bir “keşif” ve “formülasyon” meselesidir. Bu keşfi yapacak olan hâkimler ve bu kuralları formüle edecek olan da kanun koyuculardır (meclisler).

Hayek'in bu yaklaşımı *Smith*'in “görünmez el”iyle şekillenen bir “kendiliğinden düzen”in ifadesidir.⁸⁰⁸ Kendiliğinden düzen insan yapısı olmak bakımından doğal; insan akıl ve eylemlerinin sonucu olmak bakımından rasyonel; bir tasarımın sonucu olmamak bakımından ise kendiliğindedir. *Aktaş*'ın aktardığına göre kendiliğinden düzen “*spesifik bireysel amaçlara dönük çok sayıda eylemin niyetlenmemiş ve planlanmamış sonucudur.*”⁸⁰⁹

Bu açıdan kendiliğinden düzen, insan aklının hâkim olamayacağı kadar karmaşık, dolayısıyla ancak kendi dinamikleri tarafından oluşturulabilen, “çok merkezli”, belli bir amaca yönelik olmayan düzendir. Kendiliğinden düzen belli bir amaca yönelik değilse bile, onu oluşturan unsurlar kendi özgül amaçlarına sahiptir.

⁸⁰³ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 57-58.

⁸⁰⁴ YAYLA, Özgürlük..., s. 129-130.

⁸⁰⁵ BUTLER, Hayek..., s. 22-24.

⁸⁰⁶ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 28-32; LESSNOFF, Political..., s. 154-155.

⁸⁰⁷ HAYEK, Kanun..., C. II, s. 24-25.

⁸⁰⁸ HAYEK, The Fatal...s. 148.

⁸⁰⁹ AKTAŞ, Hayek'in..., s. 60.

Böylece “bireyler” ve “kurumlar”⁸¹⁰ kendi “fonksiyonlarını” icra ederek ortak bir düzeni ortaya çıkartırlar.⁸¹¹

Hayekçi özgür toplumun kendiliğinden düzeni, açıktır ki, bireyci bir düzendir. Hatta *Yayla*'ya göre *Hayek*'te bireycilik klasik liberalizmin ifadesidir.⁸¹² *Hayek*'in belirttiğine göre bireycilik ifadesi ilke kez Saint-Simoncular tarafından, karşı oldukları kolektivist olmayan rekabetçi toplumu ifade etmek için kullanılmıştır. Ancak entelektüel gelenek içinde bireycilik Lockeçu çizgide “gerçek bireycilik” ve Rousseaucu çizgide “sahte bireycilik” olarak gelişmiştir. Buna göre geçek bireyciliğin zemini evrimci rasyonalizmin kendiliğinden düzeni iken ikincisi kurucu rasyonalist düşünce içinde yapma düzenin kaynağıdır.⁸¹³

Hayek'in ‘gerçek’ bireyciliği toplumsal düzeni bireylerin eylemlerinin tasarlanmamış sonuçları olarak ele alır. Buna karşılık kurucu rasyonalizmin ‘sahte’ bireyciliği düzen kavramını insan aklının tasarlanmış davranışlarına bağlar. Gerçek bireycilikte akıl kısmi bir rol oynar. Sınırlı bir güce sahip olan aklın, insan davranışlarının bütününe hâkim olmamasının doğal bir sonucu olarak insan, toplum içinde diğerleri ile ilişkiler kurmak ve bir işbirliğine gitmek zorunda kalır. Buna karşılık “sahte bireycilik” için herkes tarafından aynı derecede elde edilebilir olan akıl kendi varlığının kaynağı, kendisinin amacı ve kendisini gerçekleştirmenin temel aracı olarak “münhasıran” kendi yararını arayan bireyi ifade eder.⁸¹⁴

Gerçek bireyciliğin bireyleri arasındaki kendiliğinden ilişkilerin sonucunda kendiliğinden kurumlar doğar ve işler. Bu anlamda birey bütün diğer sosyal birimlerin de ontolojik temelidir. Bu açıdan bireycilik bireyi olduğu kadar bireyin aile ve arkadaş çevresini de kapsayan bir kavram olmaktadır.⁸¹⁵

⁸¹⁰ Kendiliğinden düzeni yaratan yalnızca bireyler değil, bu bireylerce oluşturularak kendileri bir toplumsal düzenin bir unsuru hâline gelen kurumlardır da. Böylece kurumlar da bireyler gibi kendi eylemlerini kendi özgül amaçları bağlamında gerçekleştirerek kendiliğinden düzenin yaratılmasına ve işleyişine katkıda bulunurlar. LESSNOFF, *Political...*, s. 150-151.

⁸¹¹ AKTAŞ, *Hayek'in...*, s. 61-65; HAYEK, *Hukuk...*, C. I, s., 59-60, 70-71.

⁸¹² YAYLA, *Özgürlük*, s. 95 vd. Klasik liberalizm ise, devletin adil davranış kuralları ile sınırlandırılması anlamında hukuk devletini ifade eder. HAYEK, “*Liberal Bir Devletin...*”, s. 175.

⁸¹³ HAYEK, *Individualism...*, s. 3, dn. 1, 4 vd., 10-11.

⁸¹⁴ YAYLA, *Özgürlük*, s. 96-98.

⁸¹⁵ HAYEK, *Individualism...*, s. 23.

3. Kendiliğinden Düzenin Bir Unsuru Olarak Yargı: Liberal Hukukun Üretilmesi Sürecinde Yargının Vazgeçilemez Konumu

Kendiliğinden düzen içinde hukukun kaynağı *nomos*'tur. **Hayek**, *nomos* düşüncesine ya da adil davranış kurallarına, örnek olarak *common law*'u gösterir.⁸¹⁶ “*Common Law sistemi, yargıçlar tarafından bir dava dolayısıyla, mevcut hukukun olay açısından yorumlanmasıyla yaratılır. Hayek, Common Law sisteminin bir emirler dizisi olmadığını ya da bu hukuk sisteminin içeriğinin herhangi bir iradeye dayanmadığını söyler. Common Law sistemi, belirli bir kurallar yapısı içinde çalışan yargıçların yorumlarının sonucudur. Bundan dolayı Common Law sistemi, belirli olgular dizisi değil, genel kuralların bir kalıbıdır.*”⁸¹⁷

Bir hukuk devleti ile karakterize edilen özgür bir toplumda adil davranış kuralları bir egemenin emirleri şeklinde ortaya çıkmaz zira böylesi bir toplumda Hobbesçu anlamıyla bir egemen de bulun(a)maz.⁸¹⁸ Bu bağlamda adil davranış kurallarının pozitif emirlerden ziyade negatif bir alanı düzenler. Böylece birey, yasaklanmayan alan içinde serbest kalır ve kendisi kabul etmedikçe herhangi bir pozitif davranışa mecbur edilemez. Adil davranış kuralları için esas olan bu kuralların yarattığı sonuçlar değil fakat bu kuralların herkes için uygulanır olmasıdır. **Hayek** yasama faaliyetiyle davranış kuralları koymak fikrine büsbütün karşı değildir.⁸¹⁹ Ancak kanun koyucu da bir adil davranış kuralı vaz'edeceği zaman, kuralın genel ve soyut olmasında başka negatiflik özelliğine de riayet etmelidir.⁸²⁰

Davranış kurallarının kendiliğindenliği karşısında organizasyon kuralları (*thesis*) yapma düzenin (*taxis*) hukuku olarak tasarlanmış, yasama faaliyetinin sonucudur. Adil düzen kurallarına nazaran ikincil nitelik taşıyan organizasyon kuralları olmaksızın bir sosyal düzenden bahsetmenin olanağı yoktur. Bu açıdan organizasyon kurallarının yadsınması da mümkün değildir. Organizasyon kurallarının başlıca ilgili olduğu organizasyon devlettir. Devlet organizasyonunun işlevi topyekûn sistemin işleme için bir çerçeve sağlamaktır. Parlamentoların kural

⁸¹⁶ BUTLER, Hayek..., s. 30; HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 131 vd.

⁸¹⁷ AKTAŞ, Hayek'in..., s. 105.

⁸¹⁸ LESSNOFF, Political..., s. 162.

⁸¹⁹ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 133-135.

⁸²⁰ AKTAŞ, Hayek'in..., s. 113-115; HAYEK, Kanun..., C. II, s. 67.

koymak yetkisi de **Hayek**'e göre, ilke olarak organizasyon kuralları ile sınırlıdır.⁸²¹ Devlet (ya da geniş anlamıyla Hükümet) günlük hizmetleri yürütmek, dış politikayı belirlemek, adalet hizmetlerini gerçekleştirmek ve vergi toplamak gibi organizasyonlar kurar ve bu organizasyonların görevlerinin neler olduğuna ve nasıl çalışmaları gerektiğine ilişkin kurallar koyar.⁸²² Bu kurallar belli bir amaca yönelik olmak bakımından ve emir içermesi bakımından adil davranış kurallarından ayrılır.⁸²³

Hayek'in terminolojisinde “kanun” adil davranış kurallarını ve organizasyon kurallarını kapsayan bir bütünü ifade eder.⁸²⁴ Bununla birlikte adil davranış kurallarının kanun koyma faaliyetinden farklı olduğu da açıktır.⁸²⁵ **Hayek**'in aktardığına göre “(k)anun koyma fenomeninin ortaya çıkmasının anlamı dünya insanlık tarihinde haklıyı haksız yapma sanatının bulunması demektir. O zamana kadar değil kanun koymak, kanunun kullanılabileceği bile düşünülmemiştir. Çünkü bu zaten hep böyleydi. O nedenle kanun yapma fikri, bu düşünceye uygun olarak, o zamana kadar, sonuçları bakımından en ağır olan bir buluştu. Hatta onun bulunuşu ateşin ve barutun keşfinin sonuçlarından da etkili olmuştur denebilir. Çünkü her şeyden önce insanın kaderi şimdi kanun koyucunun ellerine teslim ediliyordu.”⁸²⁶ **Hayek**, davranış kuralları anlamında hukukun toplumla yaşıt olduğunu ifade eder. Bununla birlikte artık, “insan davranışını yöneten bütün kanunların yasama faaliyetinin mahsulü olduğu inancı” artık yerleşmiş durumdadır. Hâlbuki hukuk, sadece kanun koyucunun yarattığı kanunlardan oluşmaz. Bir de herkes için geçerli olan davranış kurallarından bahsetmek gerekir. Bu bağlamda **Hayek** ilkel topluluklardan örnek verir. Bir ilkel topluluğun şefi için de, verili veya yerleşik kurallar, topluluk üyeleri bunlara uyduğu sürece müdahale edilemeyecek bir alan

⁸²¹ Organizasyon kuralları, ceza hukukunun genel ve özel hükümleri hariç bütün kamu hukuku ve hukuk sistemindeki bütün usul kurallarıdır. **AKTAŞ**, Hayek'in..., s. 107-109. “Adil davranışın hukuki kuralları- özellikle özel hukuk- söz konusu olduğunda, bu kuralların içeriğinin her zaman yasa koyucunun iradesinin bir ifadesi olduğu yolundaki hukuki pozitivist iddianın bariz bir hata olduğu açıktır...Hukuki pozitivist iddia, yalnızca, kamu hukukunu oluşturan organizasyon kuralları için – zorunlu olarak- doğrudur.” **HAYEK**, Kanun..., C. II, s. 74.

⁸²² **AKTAŞ**, Hayek'in..., s. 109-110.

⁸²³ **CRESPIGNY**, “F. A. Hayek...”, s. 66; **YAYLA**, Özgürlük..., s. 126-127.

⁸²⁴ **AKTAŞ**, Hayek'in..., s. 115; **BUTLER**, Hayek..., s. 40; **LESSNOFF**, Political..., s. 162.

⁸²⁵ **BUTLER**, Hayek..., s. 170 vd. Hayek'e göre hukuki pozitivism, adil davranış kuralları ile organizasyon kuralları arasındaki farkı ortadan kaldırarak, bütün kanunları aynı bağlamda, kanun koyucunun iradesi olarak ele almak ve bu şekilde “hukuku” da kanun koyucunun iradesinin bir ifadesi olarak yansıtmak eğilimindedir. **HAYEK**, Kanun..., C. II, s. 75-76.

⁸²⁶ **REHFELD** Bernhard, Die Wurzeln des Rechts, Berlin 1951, s. 67, aktaran: **HAYEK**, Hukuk..., C. I, s. 241.

yaratırlar. Ancak şef için avcılık, göç, savaş gibi bazı hâllerde, -amaç izlemek gerektiğinde- “emirler” vermek zorunlu hâle gelmektedir. Bu hâlde, birinci durumda iktidar kullanmaya kalkan şefin otoritesi sorgulanabilirken ikinci durumda böyle bir “meşruiyet testi” söz konusu olmayacaktır.⁸²⁷

Adil davranış kuralları ile bir kanun koyucunun “tasarımlı” kanunları arasındaki fark, neyin “hukuk” olması gerektiğinin söylenmesi (ya da neyin hukuk olduğunun tespit edilmesi) ile neyin kanun olacağıın söylenmesi arasındaki farktır. Buna göre ikincisine ilişkin temel bir tartışma, “kanunu kimin yapacağı” tartışması *Hayek*’e göre, bu yetkinin kapsamına ilişkin daha önemli bir tartışmanın önüne geçmiştir.⁸²⁸

Bu tartışma liberalizm ile demokrasi arasındaki gerilimli ilişkiyi de deyimler. Aslında *Hayek*’e göre liberalizm ve demokrasi eşitlik ilkesine yapmış oldukları atıf bakımından ortaktır. Avrupa’da XIX. yüzyıldaki anlamıyla liberalizm, devletin zorlayıcı gücünün sınırlandırılmasını ifade eder, demokratik düşünce için bu sınırlandırma yöntemi çoğunluğun yönetimidir (*majority rule*).⁸²⁹ İşte çatışma demokrasinin hukuku çoğunluğun iradesi ile özdeşleştiren görüşü ile liberalizmin çoğunluğun iradesinin sınırlandırılması görüşü arasında ortaya çıkmaktadır. Bir demokrat olarak fakat aynı zamanda çoğunluğun yönetiminin karşısında olarak *Hayek*’in kurucu rasyonalizm kavramıyla eleştirdiği, çoğunlukçu kanun düşüncesidir.⁸³⁰ Çoğunluğun iradesinin hukuk ile örtüşmesi, *Hayek*’in hukukun üstünlüğü düşüncesine aykırıdır.⁸³¹ Zira çoğunluk iradesine dayanan kanunlar her şeyden önce “tasarımlı” olmak bakımından kendiliğinden düzene bir müdahale niteliğindedir. İkinci olarak yasamanın kanunları bireylere negatif sınırları işaret

⁸²⁷ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 112-113, 117-118. Akal da, aynı şekilde, Komançi Topluluğunun bir Barış Önderi’nin bir de Savaş Önderinin bulunduğunu ifade etmektedir. Barış Önderinin kurallara, geleneksel değerlerde ve bilgelige dayana otoritesi her türlü güçten arınmış, “saf soyutlanmış Yasa’nın temsilcisi” olarak işlev görür. Buna karşılık Savaş zamanlarının Savaş Önderi “Strateji, taktik, görev dağıtımı, emir verme, ganimetin paylaşılması konusunda tek yetkili”dir ve görevi savaş sona erince ortadan kalkar. AKAL, İktidarın..., s. 152.

⁸²⁸ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 111; HAYEK, The Constitution..., s. 103. “Yasa-koyucunun hukukun ne olacağını belirlediği iddiası, yalnızca, onun, hukuk uygulayıcılarının hukukun ne olduğunu nasıl tespit edebileceklerini yasa koyucunun emretmesi anlamına gelir.” HAYEK, Kanun..., C. II, s. 73.

⁸²⁹ HAYEK, The Constitution..., s. 103.

⁸³⁰ YUMER Ruhdan, “Hayekçi Liberalizmin Temel İlkesi”, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Siyasal Kitabevi, Der.: Atilla Yayla, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 159-170, s. 161-165. Hayek’e göre kurucu rasyonalizm, devlet kuvvetinin sınırlılığını esas alan liberal düşüncenin aksine olarak “çoğunluğun sınırsız güce sahip olmasını talep ederek” anti-liberal bir düşünceye hâline gelmiştir. HAYEK, “Liberal Bir Sosyal Düzenin...”, s. 172.

⁸³¹ LESSNOFF, Political..., s. 169-170.

etmekten başka somut emirler de verir ve amaçlar gösterirler. Üçüncü olarak çoğunluk kanunları, modern toplumun kompleks ilişkilerini kuşatmaktan uzaktır. Nihayet, yasamanın kanunları, “gerçek anlamda kanun olamayacak kuralları, kanun koyucunun iradesini” de kanun sıfatıyla “kutsar” ve bağlayıcı kılar. Böylece artık genel ve soyut bir biçimde tespit edilen negatif sınırların yarattığı “bireyci” ve “özgürlükçü” kendiliğinden düzen yaratan “adil davranış kuralları” ile tasarımsal ve emredici bir iradenin neticesi olan “organizasyon kuralları” arasındaki fark da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu aynılaştırmanın diğer bir anlamı, “kamusal alan”ın “özgürlükler alanı” aleyhine; “*taxis*”in “*kozmos*” aleyhine ve toplumun da “bireyin” zararına olmak üzere genişletilip güçlendirilmesi; hukuk devletinin yozlaştırılıp etkisizleştirilmesidir.

Hayek demokrasiye karşı değildir; ancak demokratik ilkeyi kurban eden parlamentarizme karşıdır. “*Karşı çıkılması gereken demokrasi değil, sınırsız hükûmettir.*”⁸³² **Güvenç**, **Hayek**’in bu yöndeki görüşlerini şu şekilde özetlemektedir: “(P)arlamento çoğunluğu eline geçiren güç bu yoldan yasal olanakları toplumu(n) genel çıkarları doğrultusunda değil de o çoğunluğu seçen kesimin özel çıkarları doğrultusunda kullanma eğilimine girmekte, hatta bu olanağı, lobilere, baskı gruplarına, seçmenlere karşı bir pazarlık kozu olarak kullanmaktadır. Dolayısıyla parlamento demokrasisinin klasik yapısı içinde bulunan/oluşturulan boşluklardan yararlanarak gerçekte demokrasisinin özüne aykırı, etik dışı, ‘ahlaksız öneriler’ üzerine kurulu bir demokrasi pratiği fiilen yürürlükte olmaktadır.”⁸³³

Hayek’e göre parlamentonun mutlak egemenliği, parlamento çoğunluk aracılığıyla, neredeyse sınırsız bir demokrasisinin siyasal ve toplumsal hayatı düzenlemesini sonuçlamaktadır.⁸³⁴ Bunun sonucu, demokrasisinin demokrasi eliyle ortadan kaldırılmasıdır. **Melnik** de aynı yönde hukuk devletinin modern demokratik partiler ve demokratik çoğunluklar egemenliği karşısında etkisiz hâle gelmekte olduğuna işaret etmektedir.⁸³⁵

⁸³² Aktaran: **CRESPIGNY**, “*F. A. Hayek...*”, s. 61.

⁸³³ **GÜVENÇ**, *Hayekizm*, s. 91.

⁸³⁴ Bu sonucu Hayek, kavramların karşıtlarından hareketle de varılabileceğini ifade etmektedir. Buna göre demokrasisinin karşıtı otoriteriyenizmdir; liberalizmin karşıtı ise totaliteriyenizm. Bu sistemlerden hiçbiri diğerinin karşıtı ile bağdaşmaz değildir. Bu bağlamda liberal bir rejimin otoriter bir rejim olması pekâlâ mümkünken; demokratik rejimler de totaliterizmle bağdaşabilir. **HAYEK**, *The Constitution...*, s. 103.

⁸³⁵ **MELNIK**, “*Kanun Hakimiyeti...*”, s. 194.

Hayek'in adil davranış kuralları ile organizasyon kuralları arasındaki ayrılığı sağlamak ve güvencelemek için (bir başka şekilde ifade edilirse, demokratik çoğunluğun keyfi yönetimini önlemek için) bulduğu çözüm kendine özgü bir erkler ayrılığı kuramıdır.⁸³⁶ Liberal anayasacılık, yürütmeden bağımsız ve kanun yapmak münhasır yetkisini haiz bir yasama erki yaratmak anlamındaki erkler ayrılığı özgül amacının sağlanmasına, bireysel özgürlükleri korumaya, yeterli gelmemiştir. Yasama, bireyler için bir güvence olması gereken kanun yapmak faaliyetinin anlamını ve kapsamını genişletmiş; yasamanın gerçek anlamda kanun sayılmaması gereken kararlarının da kanun olduğu kabul edilmiştir. **Hayek**'e göre bu açıkça yasama yetkisinin ve demokrasi teorisinin “yanlış anlaşılması”dır ve bu yanlış anlaşılmanın kaynağı da, yazara göre **Rousseau**'dur. Genel iradeyi halk iradesi ile özdeşleştirmek, çoğunluğun özel sorunlarla ilgili verdiği her kararın herkes için bağlayıcı olması sonucunu doğurmuştur. Hâlbuki **Hayek**'e göre temsili yönetim düşüncesinin hukukla bağlı devlet anlayışı, adil davranış kurallarına uyulmasını sağlamak dışında devletin idari mekanizmayı kişiler üzerinde zor uygulamak için kullanamaması demektir. Demokrasi, halkın temsilcilerinin adil davranış kurallarını belirlemesini ve kaynaklar üzerinde tasarruf yetkisi kullanmasını arzu edilir bir şey hâline getirmiştir. “*Bununla birlikte söz konusu ihtiyaç her iki faaliyetin de aynı temsili meclisin eline verilmesini gerektirmez.*”⁸³⁷

Bu bakış açısı içinde yasama yetkisi, doğal biçimde sınırlı bir yetki hâline gelmektedir. **Hayek**'in bu yöndeki en temel gerekçesi, sınırsız bir yetkiye sahip meclisler üzerinde menfaat gruplarının bir baskı unsuruna dönüşmesi olasılığıdır. “(B)unun kaçınılmaz bir sonucu da taraftarlarına özel yararlar sağlayan çıkar grupları koalisyonunun oluşmasıdır.” Hâlbuki yasama meclisinin yetkisi, “(ö)zel bireylere ve ya gruplara etkisi önceden kestirilemeyen, adil davranışın evrensel uygulanabilir kurallarını koyma işiyle sınırlanmış” olursa, meclis de bu türden baskılar altında tutulamayacaktır.⁸³⁸ Bu bağlamda **Hayek**, yasamayı ve yürütmeyi birbirinden ve yargıyı da her ikisinden ayırmaktan başka; yasama organının da yetkilerini parçalayarak birden fazla meclise yer vermiş, böylece yasama yetkisinin

⁸³⁶ BUTLER, Hayek..., s. 180 vd.; HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 192-197.

⁸³⁷ HAYEK, “*Liberal Bir Devletin...*”, s. 187-188.

⁸³⁸ HAYEK, “*Liberal Bir Devletin...*”, s. 188.

bütünüyle adil davranış kuralları üzerinde etkinlikte bulunmasının da önüne geçmeye çalışmıştır.

Hayek adil davranış kurallarını yapmaya yetkili bir “yasama meclisi” (*legislative assembly*), hükümetin politik, ekonomik ve diğer günlük tedbirleriyle ilgili yasaları çıkartacak bir “hükümet edici meclis” (*governmental assembly*) ve anayasanın sürekli olmayan çerçevesiyle ilgili değişiklikler gündeme geldiğinde faaliyette bulunacak “geçici bir meclis” öngörmektedir. Meclisler arasındaki yetki uyuşmazlıklarını ise anayasa mahkemesi çözecektir.⁸³⁹ Ancak bu şekilde özgürlükçü bir düzende yasama faaliyeti “hukuksallığını” ve “demokratikliğini” muhafaza edebilir.⁸⁴⁰

Hayek'in yasama meclisinin özgürlükler için bir güvence teşkil edebilmesinin anahtarı “yetkisinin sınırlılığıdır”. Yasama meclisi her şeyden önce kendiliğinden düzenin çözümlenemediği bir alanda düzenleme yetkisine sahiptir. İkinci olarak yasama meclisi, kurucu bir yetki kullanmaz. Sadece yargı organları tarafından yaratılmış olan hukukun formülasyonu ile yetinir. Üçüncü olarak, yasama meclisinin kanunları mevcut sistemin genel mantığına, liberal düzenin temel değerlerine, aykırılık teşkil edemez.⁸⁴¹ Nihayet yasama meclisi, partilerin ve menfaat gruplarının temsil edildiği bir meclis değil; farklı düşüncelerin dile getirildiği bir “forum”dur.⁸⁴²

Hayek'in kuramı içinde yasama meclisinin kendiliğinden düzenin işleyişine ilişkin adil davranış kuralları bağlamındaki bu istisnai yasama yetkisinin yanında yargı organlarının da bir yasama yetkisine sahip olduğu söylenebilir.⁸⁴³ Yazar işe yargısal işlevin ne olduğunu tarif ederek başlar: Genellikle uyuşmazlıkların çözümlenmesi şeklinde ifade edilen yargısal işlev **Hayek**'te “hiç kimse tarafından yapılmış olmayan ve bireylere ne yapmaları gerektiğinin söylenmesine dayanmayan bir düzendeki karışıklıkları düzeltmek” şeklinde tanımlanır.⁸⁴⁴ Buna göre **Hayek**'in hâkime bireylerin zaten riayet etmekte oldukları bir düzen içinde çıkan uyuşmazlıkta, bireyin –belki de bilinçsiz olarak- uymakta olduğu kuralı telâffuz eden kişi olarak

⁸³⁹ BUTLER, Hayek..., s. 180-182.

⁸⁴⁰ HAYEK, “*Liberal Bir Devletin...*”, s. 190-191.

⁸⁴¹ AKTAŞ, Hayek'in..., s. 127.

⁸⁴² LESSNOFF, Political..., s. 170.

⁸⁴³ HAYEK, “*Liberal Bir Sosyal Düzenin...*”, s. 176.

⁸⁴⁴ HAYEK, Hukuk..., C. I, s.145 vd.

adeta bir kanun koyucu işlevi tanımış olduğu söylenebilir.⁸⁴⁵ Yargının temel görevi kendiliğinden düzenin evrimsel gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Bu bağlamda yargı, kendiliğinden düzenin bir fonksiyonudur. Yargısal faaliyet sayesinde ki, toplumsal düzen içindeki tekil amaçlar arasındaki çatışmalar giderilecek; kural herkes için etkin kılınacaktır. *“Barışı muhafaza etmek üzere bir yargıç gönderen bir yönetici, normal olarak, yaratmış olduğu bir düzeni muhafaza etmek gayesi için, veya talimatlarının yerine getirilip getirilmediğini görmek için öyle yapmayacaktır, fakat, mahiyetini dahi bilmiyor olabileceği bir düzeni onarmak için öyle yapacaktır. Bir yargıç, bir nezaretçiye ya da müfettişe benzemeksizin, talimatların yerine getirilip getirilmediğini veya herkesin kendisine verilen görevi ifa edip etmediğini görmek mecburiyetinde değildir. Daha yüksek bir otorite tarafından tayin edilmiş olabilir ise de, onun vazifesi söz konusu otoritenin iradesini infaz etmek değil, fakat var olan bir düzeni bozabilecek ihtilafları çözmek olacaktır.”*⁸⁴⁶ Aslında yöneticinin, kurduğu düzene ve verdiği talimatlara riayeti denetlemek konusunda bir yargıç tayin etmesi akla daha yatkındır. **Hayek**'in ifade ettiği durum, bizzat yöneticinin bir “kendiliğinden düzen” bilincine sahip olmasını gerekli kılar. Buna karşın yargısal fonksiyonun icrası açısından yöneticinin ne şekilde düşündüğünün bir anlamı yoktur. Barışı kurmak için gönderilen yargıcın kendisini “talimatlara bağlılığı denetlemekle görevli” bir kimse olarak görüp görmediği daha önemlidir.

Yargısal faaliyet, “devam edegelmekte olan ilişkilerin, barışçıl bir düzen içinde, sürdürülmesine yardımcı olmak” şeklinde tanımlanınca yargısal işlevin sınırı da “kendiliğinden düzenin olgusal sınırı” olarak belirir.⁸⁴⁷ Bu açıdan **Hayek**'in hâkimlerinin de parlamentosu gibi liberal değerlerle uyumlu faaliyet göstermelidir.⁸⁴⁸ **Hayek** bu durumun, her nerede var olduysa, “bireysel özgürlüklerin anayasal belgelerde bütünüyle ifade edilmiş bulunmayan hâkim ilkelere duyulan saygının ürünü olduğu” şeklinde ifade etmektedir. Bu nedendir ki, bu üstün ilkeler göz ardı

⁸⁴⁵ Aslında daha doğru bir ifadeyle kanun koyucu, kendi işlevini yargısal işlevden hareket ederek ortaya çıkartmıştır. *“İnsanları belirli amaçlar için organize etmeye alışkın bir kimsenin aklına, talimatlarına, grubun bütün üyelerine onlara verilmiş görevlere bakmaksızın eşit olarak uygulanabilir kurallar biçimini verme fikri eğer o zaten yargıç örneğine daha evvelden sahip olmasaydı, muhtemelen asla gelmeyecekti.”* HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 149.

⁸⁴⁶ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 150.

⁸⁴⁷ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 151-183.

⁸⁴⁸ AKTAŞ, Hayek'in... s. 134-135; BUTLER, Hayek..., s. 147 vd.; HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 99-102.

edilerek, sadece kurumsal araçlarla bir özgürlükler düzeni kurmak da mümkün değildir.⁸⁴⁹

Hayek'in kuramı liberal bir kuram olarak, liberal bir toplum içinde ve liberal bir toplum için “liberal değerlerin korunduğu” bir toplumsal düzeni ifade eder. Bu nedendir ki yazarın düzeni “müdahalesiz” bir kendiliğinden düzen; hukuku sınırlı yasama yetkisine koşut olarak yargısal faaliyet ile gelişen; bireyci bir düzendir ve gelişmesi her şeyden önce tarafsız ve öngörülebilir bir hukukun egemenliğine bağlıdır. “*Bir kalabalığı toplum haline getiren, bunların kendileri için kanunlar yaratması değil; aynı davranış kurallarına itaat etmesidir.*”⁸⁵⁰

C. FULLER VE RAZ'DA HUKUK DEVLETİNİN GEREKLERİ

1. Lon Fuller ve Hukukun İç Ahlaksallığı

Hukukun ahlaksallığı ile *Lon Fuller*, hukuk devletine liberal ve yeniden doğal hukukçu bir yaklaşım sergilemiştir. Ne var ki *Fuller* ile birlikte doğal hukuk artık maddi değil fakat prosedüral bir hukuktur.⁸⁵¹

Fuller'e göre hukuk, beşerî davranışı kuralların yönetişimine tâbi kılan bir kurumdur. Çoğu modern hukuk teorisinin aksine bu yaklaşım hukuku bir faaliyet olarak ele alır ve belli bir amaca yönelmiş çabaların ispatı olarak görür.⁸⁵² Bu açıdan *Fuller* hukuki pozitivizmin hukuku egemenin iradesi ya da emirleri şeklindeki algısını eleştirmekte; hukukun yaratılması konusunda kanun koyucu ile yurttaşlar arasında neyin ahlaki, neyin ahlak dışı; neyin adil neyin gayri adil olduğu konusunda, örtülü de olsa, bir uzlaşma olduğunu kabul etmektedir. Böylece kural etkinliğini salt kanun koyucunun iradesine uygun olmasından değil fakat halk nezdindeki haklılığında bulur. Ona göre aslolan rasyonel birey davranışlarıdır ve hukuk da bireylerin kendi “iyi”lerini gerçekleştirmek için konulan ahlaksal emirlerdir. Bu açıdan hukuk, bireyin kendisini gerçekleştirebilmesi için ihtiyaç duyduğu güvenli ortamı hazırlar; emir ve yasakları ile toplumsal bir düzeni –bireyin kendi yararını gerçekleştirebilmesi için güvenli ortamı mümkün hâle getirir. Böylece toplumsal düzen, bireylerin karşılıklı olarak birbirleri ile

⁸⁴⁹ HAYEK, Hukuk..., C. I, s. 85.

⁸⁵⁰ HAYEK, The Constitution..., s. 106-107.

⁸⁵¹ ALLAN, Constitutional..., 52.

⁸⁵² FULLER Lon, The Morality of Law, Yale Uni. Press, New Haven 1969, s. 106.

çatışan iradelerinden kaynaklanan bir ilişkiler zincirinin sonucu olarak değil fakat birbiri ile bir mütakabiliyet ilişkisi içinde kurulan bağların yaygınlaşması ile doğar.⁸⁵³

Bu nedenle hukuk devleti, kanun koyucuya toplumsal düzen içindeki karşılıklılık ve bireysel otonomi ilkelerini güvenceleyecek kurallar koymasını emreder. Böylece hukuki bir yönetimin hukuku da keyfilikten uzak bir mahiyet taşır. Hukuk devleti, **Fuller**'in ifadesiyle hukukun iç ahlaksallığı, kanun koyucunun, kanunun, usuli hukukun en yüksek standartlarını karşılayabilmesi amacıyla⁸⁵⁴ bir dizi ilkeyle bağlı olmasını da gerekli kılar. **Özcan**'ın **Dacey**'de ifade edilen unsurların bir açılımı olduğunu ifade ettiği ilkeler şu şekilde sıralanabilir:⁸⁵⁵

1. Genellik: Hukuk düzeni genel kurallardan oluşmalıdır. 2. Alenilik: Kanunlar ilan edilmelidir. 3. Geleceğe yönelik olma: Kanunlar geçmişe yönelik olmamalı geleceğe yönelik sonuçlar doğurmalıdır. 4. Açıklık: Kanunlar açık ve net ifade edilmeli; anlaşılabilir olmalıdır. 5. Uyumluluk: Kanunlar arasında bir çelişki bulunmamalı kanunlar birbirleri ile uyumlu olmalıdır. 6. Olanaklılık: Kanunda düzenlenen emirlerin yerine getirilmesi mümkün olmalıdır. 7. Kesinlik: Kanunlar kesin olmalıdır ve sürekli olmalıdır. 8. Kanunun uygulanması metni ile uyumlu olmalıdır.

Barry'ye göre, bir kuralın, "*sahici bir hukuk kuralı olması için*" bu şartların bütününe aynı anda taşınması şart değilse bile, anılan ilkeler bir hukukun "hukuk" sayılabilmesi için "*hizmet etmesi gereken asgarî amaçları ifade e(der)*".⁸⁵⁶ **Marmor**'un aktardığına göre hukuk bu şartları taşıyamaması durumunda "*sadece muhataplarının davranışlarını yönlendirmekte başarısız olmakla kalmaz; aynı zamanda ahlaken de başarısız olacaktır.*"⁸⁵⁷

Böylece **Fuller**, **Raz**'ın tespitiyle, hukuk ve ahlak arasında bir bağ kurmuş olmakta, hukukun en azından bazı yönlerden ahlaki olması gerektiğini ifade etmektedir.⁸⁵⁸ **Fuller**'de hukukun (iç) ahlaksallığı; hukukun kapsamına yönelik bir maddi ahlak ilkesine uygunluk değildir; bilakis hukukun yaratılması sürecine ilişkin

⁸⁵³ **BARNETT**, Constitutional..., s. 78-79; **STRAHAN** Thomas, "The Natural Law Philosophy of Lon L. Fuller in Contrast to Roe v. Wade and Its Progeny", <http://www.uffl.org/vol11/strahan11.pdf>, E. T.: 08.05.2010;

⁸⁵⁴ **ALLAN**, Constitutional..., s. 53.

⁸⁵⁵ **DAWKINS** K. E, "The Legal Philosophy of Lon L. Fuller: A Natural Law Perspective" Otago Law Review, Vol. 4, 1977, ss. 67-86; **ÖZCAN**, Modern Toplum..., s. 207.

⁸⁵⁶ **BARRY**, Modern..., s. 38.

⁸⁵⁷ **MARMOR**, "Hukuk Devleti...", s. 204.

⁸⁵⁸ **RAZ**, "Hukuk Devleti...", s. 161.

prensipere uygunluktur. Hukukun yaratılması sürecine ilişkin prensipler ise “demokratik süreçlerin düzenlenmesi suretiyle demokratik bir karar alma mekanizması”nı değil aksine “yasamanın sınırlandırılması” ifade eder. “Kural” birey davranışlarını bireysel otonomiye mümkün kılacak biçimde ve sıkı kayıtlamalar bağlamında yaratılarak ve devlet-birey arasındaki “karşılıklık” ilkesine uygun olarak haklılaştırılarak “etkin” kılındığında yani yönetişimsel bir ürün olarak ortaya çıktığında ahlaksaldır demek, **Özcan**’ın ifadesiyle “*hukukun yargıçların ağzından ifade edilen haliyle dikkate alındığı ve temel bir hukuk kaynağı olan yasamanın yargının denetimi altında olması gerek(ir)*” demektir.⁸⁵⁹

2. Joseph Raz ve Hukukta Değer

Hukuk Devleti ve Erdemi başlıklı çalışmasından sık alıntılanan bir pasajında **Raz**, hukuk devletinin “(E)n basit ifadesiyle- devletin önceden belirlenmiş ve ilan edilmiş kurullarla bağlı olması anlamına gel”diğini ifade ettikten sonra “*İnsan hakları ihlallerine, ırkçı bir ayrımcılığa, cinsel eşitsizliğe, dini zulümlere ve ekonomik adaletsizliğe dayanan bir demokrasi-dışı hukuk düzeninin hukuk devletinin şartlarını herhangi bir Aydınlanmacı Batı demokrasisine göre çok daha iyi sağlaması*”nın en azından teorik olarak mümkün olduğunu ifade etmiştir.⁸⁶⁰

O hâlde hukuk devletinin “gerçek” bir anlamı varsa bu ne olmalıdır? Bu arayışta **Raz**, hukuk devletinin iki boyutu olduğunu ve bu açıdan hukuk devletinin de çeşitli ilkelerle çerçevesinin çizilebileceğini ifade etmektedir.⁸⁶¹ Bu bağlamda, a) İnsanlar hukukla yönetilmelidir ve hukuka uymalıdır, b) Hukuk insanların faaliyetlerine yön verebilecek durumda olmalıdır. Söz konusu ilkeler ise şunlardır: 1. Bütün kanunlar geleceğe yönelik açık ve anlaşılabilir olmalıdır. 2. Kanunlar az-çok sürekli olmalıdır. 3. İdarî düzenlemeler şeffaf, açık, istikrarlı ve genel kurallara uygun olmalıdır. 4. Yargı bağımsızlığı sağlanmalıdır. 5. Doğal adalet ilkeleri gözetilmelidir. 6. Yasamanın ve idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetimi sağlanmalıdır. 7. Suçu önlemekle görevli kurumların takdir yetkisinin hukuku yozlaştırmasına izin verilmemelidir.

⁸⁵⁹ **ÖZCAN**, *Modern Toplum...*, s. 208.

⁸⁶⁰ **RAZ** Joseph, “*Hukuk Devleti ve Erdemi*”, Çev.: Bilal Canatan, içinde: *Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal*, Ed.: A. R. Çoban/ B. Canatan/ A. Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 149-166, s. 149-150.

⁸⁶¹ **RAZ**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 152-156.

Yazara göre hukuk devletinin hizmet ettiği bir dizi “değer”den bahsetmek de mümkündür.⁸⁶² Bu açıdan hukuk devleti öncelikle yönetimde keyfiliğin kaldırılması işlevine hizmet eder. Bu bağlamda hukuk devleti, farklı hayat tarzlarının yaşanabilir kılınması için ihtiyaç duyulan öngörülebilirliği ve hukuki güvenliği temin eder.

İkinci olarak **Raz**, hukuk devletini özgürlüklerin güvencesi olarak nitelendirmektedir. Yazara göre özgürlük bireyin farklı seçenekler arasında etkin bir tercih yapma imkânı olarak tanımlandığında bu önerme doğrudur ancak özellikle siyasal özgürlükler söz konusu olduğunda hukuk devletinin ciddi insan hakları ihlalleri ile bağdaşabileceğini de göz önünde tutmak gerekir.

Üçüncü olarak hukuk devletinin insan onuruna saygının güvencesi olduğunu söylemek mümkündür. “*Kendi geleceklerini planlama yeteneğine sahip birey(ler) olarak*” insan onuruna saygı; “bireysel otonomiye” gösterilen saygıdır.

Raz'a göre **Fuller**'in hukuk ve ahlak arasında bir bağ kurmaya çalışması yerinde değildir çünkü ahlak “gerçekleştirilmesi gereken”e işaret ettiği kadar “gerçekleşmemesi ihtimali bulunan”a da işaret eder. Bu nedenle hukuka ahlaki bir değer yüklemeyen hukuk devleti-hukuk bağlantısının kurulması gerekir. Böylece hukuk -amacı ne şekilde tespit edilirse edilsin- bu amaçlara ulaşmak için hukuk devleti ilkeleri ekseninde şekillendirilmelidir.⁸⁶³

Böylece, insan davranışlarını şekillendirmeye elverişli kuralların hukuk devleti ilkelerine uygun biçimde ortaya konulduğu ölçüde hukukun işlevselliğinden bahsetmek mümkündür. **Raz**'ın kuramında kilit kavramın “insan davranışlarının şekillendirilmesi” olduğuna vurgu yapmak gerekir. Bir araç olarak hukukun yapmaya çalıştığı şey, bir topluluk içinde rasyonel bireylerin otonomisini temin etmek ise bunu yapma yöntemi de (devletin olduğu kadar) bireylerin birbirlerinin alanına yönelik müdahalelerinin önüne geçerek güvenli bir alan yaratmaktır.

Bireyin diğer bir bireye yönelik müdahalesini bertaraf etmenin yöntemi, insan davranışlarının düzenlenmesidir. Bu açıdan hukuk düzeni özünü, işlevini ve etkinliğini hukuk devletine uygun biçimde ortaya konulan ve insan davranışlarını düzenlemek için elverişli olan kurallarda ve “*bu kuralları uygulamakla yükümlü mahkemeler*”de bulur. “*Hukuk devletine uygunluk hukuk açısından –hukuk kurallarının içeriğinden bağımsız olarak- bizzatihi bir değer olduğuna göre,*

⁸⁶² **RAZ**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 157 vd.

⁸⁶³ **RAZ**, “*Hukuk Devleti...*”, s. 162.

mahkemelere ve hukukçulara bu konuda sorumluluk yüklenmesi anlaşılabilir bir durumdur ve doğrudur.” Kısaca hukuk devletinin değeri toplum için vazgeçilemez bir araç olarak hukuku etkin kılmasıdır.⁸⁶⁴ Hukukun etkinliğinin en geleneksel aracı da yargıdır ve anayasa söz konusu olduğunda bu şüphesiz anayasa yargısı olacaktır.

V. ANAYASACILIK VE YASAMA YETKİSİNİN SINIRLILIĞI DÜŞÜNCEİ

A. ÇOĞUNLUĞUN SINIRLANDIRILMASIYLA TEŞHİS EDİLEN DEMOKRASİ İLKESİ VE YARGISAL DENETİM

Dünyada anayasallaşma hareketleri üç dalga olarak ele alınmaktadır. Buna göre birinci dalga anayasalar, liberal anayasacılık cereyanı içinde ortaya çıkan anayasalardır. Bu anayasalara 1787 Amerikan Anayasası ve 1791 Fransız Anayasası örnek gösterilebilir. Bu gruptaki anayasal hareketleri XVIII. yüzyıl anayasacılığı olarak nitelendirmek de mümkündür. İkinci dalga anayasalar ise erken XX. yüzyıl ürünleridir. Bu anayasalara örnek olarak 1919 Alman Weimar Anayasası ve 1920 Avusturya Anayasası gösterilebilir. Anayasallaşma hareketlerinin üçüncü dalgası ise XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkmıştır. Bu dönem, bir anayasallaşma hareketi olmaktan başka önceki dönemde kurulan anayasal düzenlerin pekiştiği ve yerleştiği bir dönem olmak özelliği de taşır. Geç XX. yüzyıl anayasal hareketlerinin bir özelliği de bu anayasaların 1990’lardan itibaren, post-komünist devletlerde yaşanan gelişmelerin bir ürünü olmasıdır.⁸⁶⁵

Anayasallaşma hareketleri, ülkelerin özgün şartları bağlamında ortaya çıkan gelişmeler olarak yorumlanabilirse de ortak bir cevhere sahiptirler: Devlet kudretinin sınırlandırılması.⁸⁶⁶ Fransız İhtilali döneminde devlet kudretinin sınırlandırılmasının yöntemi yasama erkinin yürütmeden kopartılarak gerçekleştirilen bir erkler ayrılığı ilkesidir. XX. yüzyılın başlarından itibaren ise devlet kudretinin sınırlandırılması yasama ve yürütmeden bağımsızlaştırılmış bir yargı erki eliyle gerçekleştirilen yargısal denetim ile teşhis edilir. Bu gelişmenin bir başka ifadesi de erkler ayrılığını karakterize eden özelliğin artık yargının bağımsızlığı olmasıdır.⁸⁶⁷ Gerçekten yürütmenin ve yasamanın yargı yerlerince denetlenmesi, bir yandan erkler ayrılığı ilkesi bağlamında bir anlam değişikliğini diğer yandan da siyasi iktidarın hukukla

⁸⁶⁴ RAZ, “*Hukuk Devleti...*”, s. 163.

⁸⁶⁵ KABOĞLU, *Anayasa Hukuku...*, s. 2-5, 37.

⁸⁶⁶ CANIKLIOĞLU DİKMEN Meltem, “*Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*”, DEÜHFD, C.10, S. 1, 2008, ss. 9-58, s. 9-10.

⁸⁶⁷ FRIEDRICH, *Sınırlı Devlet*, s. 188-189.

bağlanmasının yeni bir veçhesini, hukuk devletinin yeni görünüm biçimlerini ifade eder.⁸⁶⁸

XX. yüzyılda erkler ayrılığının siyasi iktidardan bağımsızlaştırılmış bir yargı erki ile karakterize edildiği söylendiği gibi, XIX. yüzyıldan itibaren de yasamanın ve yürütmenin özdeşleşmekte olduğu da söylenebilir. Yasama ve yürütme arasında gerçekleşmekte olan bu aynılığın bir sebebi olarak “partiler devleti” olgusu gösterilmektedir.⁸⁶⁹

Partiler devleti kavramı Schmittçi ve olumsuz bir bağlamda, mutlak monarşiler karşısında halkın temsilcileri olmak savıyla mücadele eden siyasi partilerin, parlamenter sistem içinde zamanla halkın iradesini devlet iradesine dönüştüren araçlar olmaktan çıkarak iç örgütlerini sıkılaştırarak disipline edilen ve devletle mücadele eden toplumsal örgütler hâline dönüşmesini ifade eder. Bu anlamıyla partiler artık halkı bir bütün olarak temsil etmek yerine çıkar gruplarının temsilciliğine soyunmuştur.⁸⁷⁰ Bundan başka, bu anlamıyla siyasi partiler anayasa kurumlarını değiştirici ve bozucu bir etki de gösterirler. *Tunaya*'ya göre bu yönde partilerin ilk etkisi, bir denge ve fren mekanizması olarak düşünülen “İkinci Meclisi” birinci meclisle (aynı partilere mensup üyelerden oluşması bakımından) aynılaştırarak işlevsizleştirmektir. Partilerin anayasal kurumlar üzerindeki ikinci olumsuz etkisi ise, benzer türden bir aynılığı yasama ve yürütme arasında sağlayarak, erkler ayrılığını ortadan kaldırmaktır.⁸⁷¹ Bu açıdan “partiler devleti” yürütme ve yasama organlarının karşılıklı olarak birbirlerini denetlemeleri ve dengelemeleri esasına dayanan Montesquieucü anlamda erkler ayrılığının da sonunu ifade eder.⁸⁷²

Böylece başlangıçta siyasi partiler, yurttaşların siyasi karar alma sürecine aktif biçimde katılmasını sağlamakta elverişli bir araç olarak ortaya çıkmış; çıkar gruplarının siyasi alanda yürüttükleri iktidar mücadelesini sürdürmenin demokratik bir cihazı olarak kabul edilmişlerdir. Bu bağlamda siyasi partiler, sivil alana ilişkin olmaları bakımından “çoğulcu toplum yapısının” ve iktidar adayı olmaları

⁸⁶⁸ KUTLU, *Kuvvetler...*, s. 154 vd.

⁸⁶⁹ SCHMITT, *Parlamenter...*, s. 76-77. Çağlar da konuyu “partitokrasi” kavramı ile ifade etmektedir. ÇAĞLAR Bakır, *Bir Anayasacının Seyir Defteri*, Su, İstanbul 2000, s. 18.

⁸⁷⁰ BEZCİ, *Carl Schmitt'in...*, s. 62, 64, 66.

⁸⁷¹ TUNAYA, *Siyasal Kurumlar...*, s. 310.

⁸⁷² PASQUALE, *“İtalya...”*, s. 157.

bakımından da “demokratik toplumun” vazgeçilmez kurumları olarak kabul edilmişlerdir.⁸⁷³

Parlamente demokrasilerde siyasal partiler iktidar yarışını kazandıklarında genellikle yasama organında da çoğunluğu ele geçirmiş olurlar. Aynı şekilde yürütme organı da, kural olarak (en azından başbakan ve bakanlar kurulu), yasama organında çoğunluğu elinde bulunduran siyasal partinin mensuplarından oluşur. Böylece bir siyasal parti aynı zamanda hem yasama organının çoğunluğunu hem de yürütme organını –kısaca siyasal iktidarı- elinde bulundurur.⁸⁷⁴

Siyasal partilerin yönetimine meşruluk kazandıran, halk egemenliği ilkesi ve demokrasidir. Böylece, siyasal partiler, parlamente demokrasilerde çoğunluğun yönetiminin bir aracını ifade etmektedirler. Çoğunluk, demokrasilerdeki karar alma yöntemlerinin önemli bir unsurudur. *Mayo*'nun ifadesiyle çoğunluk, siyasal karar alma ve kanun yapma süreçlerinde demokratik ilkenin temel bir şartı ve halk egemenliği ilkesinin de doğrudan yansımasıdır.⁸⁷⁵ Çoğunluk, yurttaşları siyasal karar alma sürecine dâhil etmekten başka *Hayek*'e göre devlet kudretinin meşru biçimde sınırlandırılması için de elverişli bir demokratik araçtır.⁸⁷⁶

Buna karşılık çoğunluğun yönetimi, demokrasinin yegâne unsuru değildir. Çoğunluk ilkesinin demokratik bir ilke olması azınlık görüşünün de eşit değerinde bir alternatif olarak tezahür edebilmesine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle demokrasi, çoğunluğun mutlak yönetimini değil fakat azınlıkların çoğunluk haline gelebilme ihtimalini ortadan kaldırmayan, azınlık haklarını garanti altına alan bir yönetim biçimini ifade eder.⁸⁷⁷ *Sartori*'nin yaklaşımıyla bu, çoğunlukların da azınlığa dönüştürülebilmesi imkânıdır.⁸⁷⁸

Halk egemenliği ilkesinin bir yansıması olarak demokrasi, çoğunlukların mutlak ve keyfî yönetimi şeklinde değil de çoğulcu bir toplumsal yapı içinde kurumsallaşan özgürlük garantileri şeklinde algılandığında; “çoğunluk ilkesi” de bir

⁸⁷³ İBA Şeref, Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2008, s. 175 vd.; TEZİÇ, Anayasa Hukuku..., s. 315 vd.

⁸⁷⁴ DUVERGER Maurice, Siyasi Partiler, Çev.: Ergun Özbudun, Bilgi, 4. Bası, Ankara 1993, s. 502 vd.

⁸⁷⁵ MAYO, Demokratik Teoriye..., s. 140.

⁸⁷⁶ HAYEK, The Constitution..., s. 103-117.

⁸⁷⁷ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 24-25; KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 172; TÜRK Bahadır H., “Demokrasi”, içinde: Siyaset, Ed.: Mümtaz'er Türkone, Lotus, 9. Bası, Ankara 2008, s. 190.

⁸⁷⁸ SARTORI, Demokrasi Teorisine..., s. 35.

güvenceye bağlanmış olacaktır. Genel iradeden ayrılan azınlık iradesinin bir yanlıgıyı ifade etmediğinin kabul edilmesi ve bu azınlık görüşlerinin özgürce kendilerini ifade etmesinin garantilenmesi, günümüzde demokratik bir yönetime gerçek rengini veren bir yaklaşımdır.⁸⁷⁹ Bu yaklaşım “hukukla kavranan demokrasi” olarak da ifade edilmektedir.⁸⁸⁰

Hukukla kavranan demokrasi, ya da anayasal demokrasi, demokratik yönetimin “halkın iradesinin yanılmazlığına olan inancını” hukukun yönetimi ile dengelemekte ve hukukun üretimi sürecine dâhil edilen halk kitleleri aracılığıyla da hukuka ilişkin bir haklılık zemini yaratmaktadır.⁸⁸¹

İşte XVIII. yüzyıldan itibaren gelişmekte olan anayasacılık hareketleri demokrasiyi “egemen halkın üstün bir hukuka riayet etmek yükümlülüğünün bulunduğu güvenceli bir hukuk devleti” ile tanımlamaktadır. Böylece hukuk devleti ve demokrasi, birbirleri için tamamlayıcı unsurlar olmakta; demokrasi hukuk devletinin meşruluğunu ve hukuk devleti de demokrasinin varlığını ve işlerliğini güvence altına almaktadır.⁸⁸²

Sartori, demokratik bir yönetimin işleyişini, halk egemenliğinin katı bir yorumuna dayalı çoğunlukçu algının ortadan kaldırılmasına bağlamaktadır. Bu doğrultuda atılacak ilk adım da çoğunluğun sınırlı yönetimini sağlamaktır.⁸⁸³

Çoğunluğun sınırlandırılması, demokratik ilke ile ilk bakışta bağdaşmaz gibi görünse de, daha yakından bakıldığında demokrasinin salt çoğunluk iradesi şeklindeki formülasyonunun anti-demokratik (otoriter) bir yönetimi ifade ettiğini ortaya koymak mümkündür.⁸⁸⁴

İnsanlık tarihi yönetenler ile yönetilenler arasındaki mücadelenin tarihidir. Bu bakımdan tarihsel süreç içinde geniş halk kitleleri (yönetilenler) açısından beliren temel kaygı “adil” biçimde yönetilmek olmuştur. Eski Yunan’ın “adil” yönetim sorununa bulduğu çözüm, XIX. yüzyılda işçi sınıflarının da siyasal yaşama entegre edilmesiyle birlikte “herkes”e yaklaşan bir kitleyi içine alacak biçimde anlam ve kapsam değiştirmiştir. Gerçekten de Eski Yunan’ın “elit bir yurttaşlar zümresi” için

⁸⁷⁹ ALLAN, Constitutional..., s. 233.

⁸⁸⁰ ÇAĞLAR, “‘Hukuk’la Kavranan...”, s. 233 vd.

⁸⁸¹ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 26-28.

⁸⁸² TROPER Michel, “Anayasa Yargısı ve Demokrasi”, Çev.: Ender Ethem Atay, GÜHFD, C. 1, S. 2, 1997, ss. 293-309.

⁸⁸³ SARTORI, Demokrasi Teorisine..., s. 26.

⁸⁸⁴ SARTORI, Demokrasi Teorisine..., s. 33-36.

öngördüğü “demokratik” çözüm, siyasal eşitlik temelinde yükselen yurttaşlık kavramının yaygınlaşmasıyla birlikte artık bütün toplum için geçerli olmuş; “çoğunluk ilkesine dayanan” demokrasi, bütün halkın yönetilmesine ilişkin “adaletli” bir yöntem olarak ortaya çıkmıştır.⁸⁸⁵

Demokrasi, yönetilenlerin yönetenler üzerinde bir baskı ve denetim aracıdır. Bu şekilde yönetenler, hem halk tarafından belirlenen kişilerden oluşacak hem de siyasal katılım yollarının da kullanılmasıyla halka hesap verebileceklerdir. Bu açıdan demokrasinin amacı, halkın hak ve özgürlüklerinin baskıcı bir yönetim karşısında korunmasıdır. Daha da doğru bir ifadeyle demokrasinin amacı, yönetimin, yönetilenlerin rızası hilafında oluşmasının ve işletilmesinin önüne geçmektir.⁸⁸⁶ Bu nedenle yönetenin bir kişi, birkaç kişi ya da birçok kişi olması bu baskıya karşı mücadele etmek temel fikri karşısında önem taşımaz. Çoğunluğa dayanan bir iradeden yahut bizzat çoğunluğun kendisinden kaynaklanması hâlinde dahi, demokratik ideal, zorba bir yönetim fikri ile bağdaşmaz. Bu nedendir ki, demokratik ideal, azınlıkların baskıcı yönetimi karşısında çoğunluklara dayandığı gibi çoğunlukların yönetiminin despotizme kayması hâlinde de çoğunlukların sınırlandırılması ile uyumludur.

Bu çalışma bakımından çoğunluğun sınırlandırılması sorunu, “atanmışlardan oluşan bir anayasa mahkemesinin seçilmiş temsilcilerin iradesini ortadan kaldırmak yetkisi”ne ilişkin tartışma ile bağlantılıdır. Bu açıdan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile savunulan hukuk devleti “çoğunluk despotizminin” önüne geçilmesi anlamında ancak ve ancak sınırlı bir iktidarın gerçekleştirilmesi ile mümkün olabilecektir. Sınırlı bir iktidar ise, sınırlı bir yürütme ve sınırlı bir yasamadan başka bir şey değildir. Bu sınırın da keyfi olmasını engelleyen yine hukuk olmaktadır.⁸⁸⁷

Kapanı, yasama organının belli bir zamanda belli bir dönemde seçimlere katılmış olan seçmenlerin çoğunluğu ile belirlenmiş olduğunu ifade ederken, yasama çoğunluğu ile millî irade arasında bir özdeşlik bulunduğu yönündeki görüşlere karşı

⁸⁸⁵ TURHAN Mehmet, Siyaset ve Anayasa, Gündoğan, 2. Bası, Ankara 2000, ss. 121-136.

⁸⁸⁶ “(D)emokraside amaç...iktisadi kalkınmanın, birey özgürlüğünün veya daha başka hedeflerin toplumun kabul ettiği, benimsediği prensipler içinde gerçekleşmesidir.” CANIKLIOĞLU, Anayasa Arayışları..., s. 316-317.

⁸⁸⁷ FRIEDRICH, Sınırlı Devlet, s. 59-80; MAYO, Demokratik Teoriye..., s. 155-174.

çıkılmaktadır.⁸⁸⁸ *Mayo* da temsilcilerin çoğunluğu tarafından verilen kararların sanki seçmenlerin çoğunluğu tarafından alınmış gibi bir sun'u meşruluk yaratıldığına işaret etmektedir.⁸⁸⁹ Hâlbuki seçimle işbaşına gelen bir siyasi iktidarın meşruluğu, onun iradesinin millî iradeyi yansıtmamasından değil; siyasi iktidarı kullanmasına ilişkin kendisine verilmiş olan yetkiden kaynaklanır. Bu yetkinin kaynağı anayasadır. Anayasa, yukarıda da ifade edildiği gibi, devlet cihazının işletilmesi konusunda üzerinde az-çok uzlaşmaya varılmış bir belgedir. Böylece denilebilir ki demokratik bir sistemde genel olarak siyasi iktidarı özel olarak da yasama yetkisini meşrulaştıran, kendisine sınırlı bir süre için verilmiş olan anayasal yetki ve toplumsal muvafakattir.⁸⁹⁰

Bu ifadeden iki sonuç çıkartmak mümkündür: a) Yasama yetkisi verili bir yetkidir. Organik ve işlevsel olarak yasamanın kaynağı anayasadır. Yasama yetkisinin verili bir yetki olmasının doğal sonucu, yasama organının eylem ve işlemlerinin anayasaya da uygun olması gerekliliğidir. Bu bağlamda yasamanın seçimle işbaşına gelmekten başka bir de kanunlarla ve anayasayla bağlı olması demokratik hukuk devletinin (anayasal demokrasinin) bir gereği olmaktadır. b) Yasama yetkisi, kapsam itibariyle anayasa ile sınırlanmış olduğu gibi süre bakımından da sınırlıdır. Buna göre hiçbir demokratik yasama meclisinin sınırlı olmayan bir süreyle yetkilendirilmesi düşünülemez.

Yasama yetkisinin verili bir yetki olmasının sebebi bizzat anayasanın anlamında, varlık sebebinde ve işlevinde gizlidir. Nitekim anayasa, devletin kuruluş ve işleyiş belgesidir. Bu açıdan yasama organı, bu anayasa ile kurulmuş olan bir organ; yasama işlevi yasama organına anayasa ile verilmiş olan bir "kanun yapmak ve belirli konularda karar almak" yetkisidir. Anayasa, yasama organının hangi yönteme göre belirleneceğinden, hangi süre ile yetki kullanacağından başka hangi usule göre faaliyette bulunacağına da karar verir.

Anayasanın yasama organı için öngörmüş olduğu yetkiler dar ve sınırlı olabileceği gibi; anayasa yasama organının yetkilerini oldukça geniş bir alanla da çerçeveleyebilir.⁸⁹¹ İster dar bir alanda düzenlenmiş olsun ister geniş; yasama yetkisi

⁸⁸⁸ KAPANİ Münci, *Politika Bilimine Giriş, Bilgi*, 14. Bası, Ankara 2002, s. 77.

⁸⁸⁹ MAYO, *Demokratik Teoriye...*, s. 56, 67.

⁸⁹⁰ CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 196-201.

⁸⁹¹ Örneğin Anayasasında halk egemenliği ilkesine doğrudan atıf yapan Fransa'da parlamentonun yasama yetkisinin sınırlı kapsamı anayasada açıkça gösterilmiştir. Anayasada tespit edilmiş alanın

teknik olarak verili bir yetkidir. Yasama faaliyetinin geçerliliği onun hukukiliğine, bu açıdan anayasaya uygunluğuna bağlıdır. Daha net bir ifadeyle yasama yetkisi anayasa ile sınırlı bir yetkidir. Bu sınırlılık, bir yönüyle niteliğe ilişkin bir sınırlılıktır ki anayasaya uygunluğu ifade eder; diğer yönüyle de niceliğe ilişkin bir sınırlılıktır ki bir devlet içinde gerçekleştirilen yoğun bir yasama faaliyetinin son tahlilde hukuk devletini zedeleyeceğine işaret eder. Bu bakımdan *Daver* Türkiye’de 1961 Anayasası dönemi bakımından yaptığı bir değerlendirmede yasama faaliyetinin zorunlu ve gerekli bir faaliyet olduğuna işaret etmekte ve kanunların, idarenin keyfi işlemleri karşısında bir engel teşkil edeceğini ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar çok fazla sayıdaki kanunların hukuk kurallarını uygulanamaz kılacağını; hukuka aykırılıkların ve “*hile-i şeriyeleri*” arttıracığını; kanunun bir “son çare” olacak şekilde yasama faaliyetine girişilmesi gerektiğini de ifade etmektedir.⁸⁹²

Yasama yetkisinin sınırlı bir yetki olmasını hukuk devletine bağlayan nokta anayasa yargısıdır.⁸⁹³ Zira eğer kanunların anayasaya uygunluğu denetlenmeyecekse ve bu denetim de bağımsız ve tarafsız bir yargısal faaliyet (*juris dictio*) şeklinde gerçekleşmeyecekse artık ne anayasal devletten, ne anayasanın bağlayıcılığından ne de hukuk devletinden bahsetmenin bir anlamı kalır.

Çoğunluk ilkesinin hukukla sınırlandırılması suretiyle güvence altına alınan demokratik düzen söyleminin diğer bir ifadesi olan “yasama yetkisinin sınırlılığı esasına dayanan, anayasacılık felsefesine uygun bir anayasayla kurulan ve işleyen devlet” söylemi gerçek anlamını anayasa yargısı ile bulmakta; anayasacılık düşüncesine uygun olarak yasama yetkisinin sınırlılığı da böylece “hukuk devletinde

dışında yasama fonksiyonu hükümete aittir. Nitekim hükümet kendi yasama yetkisine giren bir alanda kanun yapan parlamentonun bu işlemini Anayasa Konseyi önüne getirebilir ve Konsey, işlemi daha yürürlüğe girmeden geçersiz kılabilir. Bunun dışında Fransız parlamentosu, anayasaya göre yılda iki kere olağan biçimde toplanır. İlk toplantı 2 Nisanda herhangi bir davet olmaksızın gerçekleştirilir ve 30 günde sona erer. İkinci toplantı ise yine herhangi bir çağrıya gerek olmaksızın 2 Ekimde açılır ve 90 günden daha uzun süremez. (1958 Fr. AY m. 28) Yürütmenin düzenleyici işlemleri AY m. 37’de öngörülen “regülasyon”lar veya m. 38’de düzenlenen “ordonans”lar şeklinde ortaya konulabilir. Buna karşılık Türk hukukunda yasama yetkisi kural olarak genel ve asli bir yetkidir. Yasama yetkisinin genelliği, kanunun düzenleme alanına ilişkin bir konu sınırının bulunmamasını ve yasamanın düzenlemekte olduğu konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebilmesini ifade eder. Yasama yetkisinin asliliği ise yasama organının bir konuyu doğrudan doğruya, bir başka merciin iznine ihtiyaç duymaksızın düzenleyebilmesini ifade eder. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 364-368.

⁸⁹² **DAVER** Bülent, “*Kanunla İlgili Meseleler*”, AÜSBFD, C. 16, S. 4, 1961, ss. 217-246, s. 226-227.

⁸⁹³ **ÇAĞLAR**, “*Parlamentolar...*”, s. 152-154.

yargıyı zorunlu ve mutlak bir yetki olarak doğuran temel bir ilke” olarak belirlemektedir.⁸⁹⁴

Hayek de bu temellendirmeyi şu şekilde ifade etmektedir: “*Eğer anayasanın amacının büyük ölçüde yasama yetkilerinin sınırlandırılması olduğu kabul edilirse, bu sınırlamaların da tıpkı diğer kanunlardaki tahditlerin uygulanması gibi mahkemeler aracılığıyla gerçekleştirileceği açık biçimde ortaya çıkar. Bu bağlamda ‘yargısal denetim’ aslında anayasa hukuku kadar eskidir fakat inkişafı ancak anayasacılık ile mümkün olabilmiştir.*”⁸⁹⁵

Sartori de Montesquieucü anlamıyla özgürlüğün önkoşulu olan kanunun ve anayasanın asgari bir içeriğe sahip olmasını, ideal anlamda anayasacılığın bir gereği olarak sunarken; kanunların yönetimi düşüncesinin yozlaşarak kanun koyucuların yönetimine dönüştüğünü de eleştirel bir yaklaşımla ele almaktadır. Yazarın **Leoni**’den yaptığı alıntıyı burada aktarmakta yarar vardır: “*Ondokuzuncu yüzyılın orijinal kodlarında ve anayasalarında yer alan yasamanın kendini temelde yasalaştırılmamış hukukla sınırlama gerçeği yavaş yavaş unutuldu veya hem önemli kodların hem de anayasaların halkın ‘temsilci’si olan yasama organları tarafından çıkarılmış olması nedeniyle bu konuya az önem verildi...Bu eğilimin en önemli sonucu Kıta Avrupa’sındaki ve belirli ölçüde de İngilizce konuşan ülkelerdeki halkların bütün hukuku yazılı hukuk, yani yasama meclislerinin çoğunluk ilkesine göre yaptığı bir dizi yasa olarak görmeye gittikçe çoğalan bir oranda alışmaları olmuştur...bunun bir başka sonucu da...yasa yapma sürecinin, temelde yargıçlar ya da hukukçular gibi uzmanların kurumsal faaliyetleriyle ilgili bir süreç olarak görülmeyip, yasama organlarındaki kazanan çoğunlukların salt iradesi olarak görülmesidir.*” Bu doğrultuda yazar kanun koyucunun yetkisinin mutlak ve sınırsız bir yetki olmasının bir kanun enflasyonuna yol açacağını; kanunun etkinliğine ve etkililiğine gölge düşüreceğini ve nihayet hukuk güvenliği ile hukuki istikrar ilkelerine zarar vereceğini ifade etmektedir.⁸⁹⁶

Yasama yetkisinin sınırlılığını kabul etmek; hukukun çoğunlukçu bir yaklaşımla değil fakat çoğulcu bir yaklaşımla üretildiğini de kabul etmektir. Bu çoğulculuk, sadece farklı toplumsal grupların hukukun üretimi sürecine katılmasını

⁸⁹⁴ CANIKLIOĞLU, “Hukuk Devletinde...”, s. 22 vd.

⁸⁹⁵ HAYEK, The Constitution..., s. 187.

⁸⁹⁶ SARTORI, Demokrasi Teorisine..., s. 349-356.

yahut azınlıkların da çoğunluklar karşısında korunmasını ifade etmez; aynı zamanda yargısal organların da hukukun üretiminde rol oynaması gerektiğini ifade eder.

Stone-Sweet'in aktardığına göre, *Kelsen*, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek yetkisinin yargı organlarına bırakılması hâlinde yargı organlarının da kaçınılmaz biçimde yasama fonksiyonuna dâhil olacaklarının farkındadır. *Kelsen*'e göre parlamentolar yalnızca anayasada öngörülen sınırlara tâbi olarak özgürce hukuk yaratmaları bakımından pozitif yasa koyucular olarak nitelendirilebilirler. Buna göre anayasa mahkemeleri de, (yasama) yetkileri, parlamentonun koyduğu kurallar anayasanın hükümleri ile çatıştığında bu kuralları ortadan kaldırmakla sınırlı olan negatif yasa koyuculardır.⁸⁹⁷

Yasama yetkisinin sınırlı bir yetki olduğuna yönelik sava karşı ileri sürülebilecek itiraz İngiliz parlamentonun üstünlüğü düşüncesidir. Gerçekten İngiltere'de parlamentonun erkeği kadın ve kadını erkek yapmak dışında her şeyi yapabileceği ileri sürülmektedir.⁸⁹⁸

Ne var ki bu görüş de mutlak bir hakikati ifade etmez. *Edwards*'a göre İngiltere'de parlamentonun üstünlüğü ilkesi bütünüyle yanlış anlaşılmıştır. *Edwards*'a göre, parlamentonun üstünlüğü kuramının ilk kez ortaya çıktığı dönemlerde, Parlamento, bir yasama organından ziyade bir yargı organı niteliğindedir. Bu açıdan parlamentonun üstünlüğü özünde bir yargısal üstünlüğün ifadesidir. Yazar, *Blackstone*'a da atıf yaparak, Parlamentonun diğer organlara nispeten üstün bir mevkide olduğunu ifade etmekte ancak bu üstünlüğün münhasır yasama yetkisini elinde bulundurmaktan kaynaklanan bir üstünlük olmadığını vurgulamaktadır.⁸⁹⁹ Yazarın bu denli radikal ve ezber bozan karşı çıkışı ilk bakışta tepkiyle karşılanabilirse de İngiltere'de yargı organlarının *Dicey*'den bu yana hukuk üretmek yetkisi göz önünde bulundurduğunda ciddiye alınması gereken bir yaklaşımı ifade eder.⁹⁰⁰

Hiçbir İngiliz hukukçusu, İngiliz parlamentosunun devlet düzeni içindeki müstesna yerini reddetmemektedir. Hatta parlamentonun sistem içindeki yeri, sadece

⁸⁹⁷ SHAPIRO Martin/ SWEET STONE Alec, On Law, Politics & Judicialization, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 147.

⁸⁹⁸ ÖZBUDUN Ergun, "İngiltere'de...", s. 59-67.

⁸⁹⁹ EDWARDS, "Bonham's...", s. 67.

⁹⁰⁰ Parlamento sadece İngiltere'de değil, David'in belirttiğine göre Fransa'da da bir yargısal organ olarak belirmiş bu doğrultuda da Fransa'nın "ortak hukuku"nun kaynağını "Parlemanların içtihadı" oluşturmuştur. DAVID, Çağdaş..., s. 57.

Anglo-Sakson geleneği içinde değil kıta Avrupası içinde de saygı duyulması gereken bir mevkidedir. Bununla birlikte İngiliz hukukçuları bilir ve kabul ederler ki, yasama faaliyeti sona erdikten sonra onu yorumlamak ve uygulamak yetkisi idareye ve yargı organlarına aittir. Neyin hukuk olduğu konusunda bir uyuşmazlık çıkarsa, başvurulacak mercii yasama değil yargıdır. *Yargıç Coke'un Kral II. James'e* yönelttiği “bir yargı kararı olmaksızın siyasal iktidarın keyfi takdir yetkisi kullanmasının mümkün olmadığı” yönündeki uyarı, mahkemeler eliyle yazılan bir anayasa sahip olan İngiliz parlamentosunun da amentüsüdür. Diğer bir ifadeyle Parlamento'nun mahkemelerce somutlaştırılan müşterek hukuku göz ardı etmek suretiyle keyfi bir yasama faaliyetine girişmesi söz konusu değildir. Buna engel olan ise İngiliz anayasasıdır. O hâlde “*parlamentonun egemenliği doktrininin...sivri yanları geleneklerce törpülenmeseydi (doktrin) İngiltere'de...hiçbir zaman var olamazdı*” şeklindeki görüşü olumlayarak aktaran *Friedrich*'i şöylece yorumlamak mümkündür: yasama yetkisinin “sınırlılığı” ya da hukuka uygunluğu, İngiltere'de parlamentonun üstünlüğünün de temel gerekçesidir.⁹⁰¹

Yasama yetkisinin anayasaya uygun biçimde kullanılmasının kabulü onun anayasaya uygunluğunun denetlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu denetim yetkisi sadece yargısal organlara münhasır değildir. Yargısal denetimden başka ve ondan önce kamuoyunun denetimi de demokratik bir toplum düzeni içinde belki de en öncelikli denetim türüdür. Bundan başka, siyasal alanı hukukçulara bırakmamak düşüncesi, kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimini doğuran bir diğer etmendir. Yargının kanunlar üzerinde anayasaya uygunluk denetimi yapmasındaki temel saik ise siyasal iktidarın sınırlandırılmak suretiyle bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır.

B. YARGISAL DENETİMİN MEŞRULUĞU SORUNU

Yargısal denetimin meşruluğuna ilişkin tartışmanın çıkış noktası hukukun meşru kaynağının bizzat halk ya da seçilmiş temsilcileri olduğuna ilişkin varsayımdır. Bu çoğunlukçu (*majoritarian*) yaklaşım halkın ya da temsilcilerinin çoğunluk oyuyla almış olduğu kararların demokratik açıdan meşru olduğunu kabul eder. Buna karşılık yargısal denetim, demokratik kanunları etkisiz kılmak gücüne

⁹⁰¹ BARNETT, Constitutional..., s. 176-178; CANİKLİOĞLU, “*Hukuk Devletinde...*”, s. 13-14; FRIEDRICH, Sınırlı Devlet, s. 186; ÖZBUDUN, “*İngiltere'de...*”, s. 70-73; PHILLIPS/JACKSON, Constitutional..., s. 59 vd.

sahip olan ve halk tarafından seçilmediği gibi vermiş olduğu kararlardan ötürü sorumlu da tutulamayan hâkimlerin varlığını gerektirir. Bu durum bir “çoğunluk karşıtlığı” (*counter-majoritarianism*) olarak algılanmakta ve yargısal denetimin gayrimeşru olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.⁹⁰²

Çoğunluk iradesinin bir meşruluk kaynağı olarak görülmesi; halk egemenliği ilkesinin ve demokratik yönetimin kabul edilmesi ile ortaya çıkmıştır. 1789 İhtilali ile birlikte güçlenen parlamentoların hukuk üretiminde tek söz sahibi olması ve XX. yüzyılda devletin hukuk ile özdeşleştirilmesi, devleti ve bir anayasada somutlaşan devletin hukukunu ayırlamayacak biçimde halk iradesiyle birleştirmiştir.⁹⁰³

Devletin ve devleti kuran temel belge olarak anayasanın doğrudan egemen halktan kaynaklandığı düşüncesi anayasal devleti ve anayasal düzeni, kaynağına ilişkin bir meşruluk testinden muaf kılmıştır.⁹⁰⁴ Buna karşılık çerçevesi anayasa ile çizilen yetkilerin kullanılması sürekli ve kendine özgü bir meşruiyet testine tabidir.

Anayasa ile çerçevesi çizilen yetkilerin kullanılması özel bir iktidar ilişkisini ifade etmenin diğer yoludur. Bu, toplum içindeki diğer bütün iktidarların üzerinde ve onları kapsayıcı olan siyasal iktidar ilişkisidir. İşte bu iktidar ilişkisinin toplumdaki bireyler ve gruplar nezdinde değerlendirilmesi meşruluk ile ilgilidir.⁹⁰⁵ Bir başka ifadeyle meşruluk dar anlamıyla iktidarın ve geniş anlamda da siyasal sistemin toplumdaki bireyler ve gruplar tarafından haklılaştırılmasını ve içselleştirilmesini ifade eder.⁹⁰⁶ Böylece kitlelerin iktidara itaati bir rızaya dayandırılabilir.⁹⁰⁷ Bunun da sebebi iktidarın ancak meşru olduğu sürece sürdürülebilir olmasıdır. Buna göre iktidarın sürekliliği onun kendisini meşru bir otoriteye dönüştürebilme

⁹⁰² **BICKEL** Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 2. Bası, New Haven and London 1986, s. 16-23; **KOOPMANS** Tim, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge 2003, s. 104-107; **LOCKHART** William B./**KAMISAR** Yale/**CHOPER** Jesse H./**SHIFFRIN** Steven H./**FALLON** Richard H. Jr., *Constitutional Rights and Liberties: Cases, Comments, Questions*, West, 8. Bası, St. Paul 1996, s. 15-16; **ROSENFELD** Michel, “*Constitutional Adjudication in Europe And The United States: Paradoxes and Contrasts*”, içinde: *Science and Technique of Democracy*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2005, ss. 165-200, s. 184-187; **TREMBLAY** Luc B., “*The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*”, *ICON*, Vol. 3, No: 4, 2005, ss. 617-648, s. 619-620.

⁹⁰³ **LIPSET**, *Siyasî İnsan*, s. 2-3.

⁹⁰⁴ **SOYSAL** Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek*, 10. Bası, İstanbul 1993, s. 7-8, 11, 49; **WHERARE**, *Modern Anayasalar...*, s. 1, 3-4, 71-73.

⁹⁰⁵ **LIPSET**, *Siyasî İnsan*, s. 58; **VERGİN**, *Siyasetin...*, s. 39.

⁹⁰⁶ **GÜRBÜZ**, *Hukuk ve Meşruluk...*, s. 4.

⁹⁰⁷ **KAPANİ**, *Politika...*, s. 96.

kabiliyetine bağlıdır.⁹⁰⁸ O hâlde iktidarın meşruluğu sistemin (siyasal ve hukuksal düzenin) istikrarı ile doğrudan bağlantılıdır.⁹⁰⁹ Buradan çıkartılacak sonuç, meşruluk tartışmasının iktidarın kaynağına ilişkin bir tartışma olduğu kadar onun kullanımına ilişkin bir tartışma olduğudur.⁹¹⁰ Siyasal organlar, demokratik bir toplum düzeni içinde meşruluk testine vermiş oldukları her bir karar için kamuoyu, baskı grupları, seçimler gibi araçlarla tâbi tutulmakta böylece iktidar, arkasındaki halk desteğine dayanarak istikrarlı bir yönetimi gerçekleştirebilmektedir.

İktidarın kullanımına ilişkin tartışmaların çözümlenmesinde **Hobbes**'un meşruluğu hukukun alanına yerleştirmesi ile birlikte bir anlam kayması yaşanmış; monarşinin veya aristokrasinin kadim kanunlarına bağlılık, demokraside halkın kendi kanunlarına bağlılığa dönüşerek bir pozitivist meşruiyet kuramının temellerini atmıştır.⁹¹¹

Bu yaklaşımda meşruluk, bir kanunilik ya da hukukilik ile birlikte tanımlanmaktadır.⁹¹² Etimolojik açıdan bakıldığında Arapça bir kavram olan *meşru*, Grekçe'de ve batı dillerinde adalet için kullanılan en eski kavram olan *dikaisoune* ile köken itibariyle anlamdaştır: *Şer*' ve *Dike*; "Gidilecek olan yol"u ifade eder. İzlenecek olan yola, usule uygunluk anlamında *adalet* kavramı Latince *iustitia* (buyurmak, emretmek) kelimesi ile karşılanmaktadır. Emredilen, buyrulan şey ise *lex*'tir yani kanun.⁹¹³ Görülmektedir ki eski diller batıda ve doğuda adaleti ve meşruluğu "üstün bir kanuna uygun olmak" ile ilişkilendirmiştir. Bu yakınlığa rağmen meşruluğun kanunilik ve ya hukukilik ile aynı şeyi ifade ettiğini söylemek doğru olmaz.⁹¹⁴ Buna karşılık tersini yani hukukiliğin ve kanuniliğin bir meşruluk

⁹⁰⁸ **ÇETİN** Halis, "İktidar ve Meşruiyet", içinde: Siyaset, ed.: Mümtaz'er Türköne, Lotus, 9. Bası, Ankara 2008, s. 42; **GÖNENÇ** Levent, "Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi", AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, ss. 131-152, s. 134.

⁹⁰⁹ **LIPSET**, Siyasî İnsan, s. 61-63.

⁹¹⁰ **ERDOĞAN**, Anayasal Demokrasi, s. 25.

⁹¹¹ **GÜRBÜZ**, Hukuk ve Meşruluk..., s. 37-38.

⁹¹² A Dictionary of American and English Law, Vol. II, Jersey 1888, s. 742; **ATALAY** Hamit, TDK İngilizce-Türkçe Sözlük, C. 2, Ankara 1999, s. 2012; **ATAY** Ender Ethem, "Hukukta Meşruiyet Kavramı", GÜHFD, C. 1, S. 2, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU'na Armağan, 1997, ss. 121-166. Çevrimiçi erişim için: http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_10.pdf, E. T. 25.06.2010; **DEVELLİOĞLU** Ferit, Osmanlıca-Türkçe Lûgat, AK, 15. Bası, Ankara 1998, s. 631; **GÜRBÜZ**, Hukuk ve Meşruluk..., s. 3-6; **OVACIK** Mustafa, İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Bası, BTHAE, Ankara 1986, s. 200.

⁹¹³ **HÜNLER**, "Adaletin...", s. 68-71; **SOMER** Pervin, "Leges Saturae E Lex Caecilia Et Didia: Roma Hukuku'nda Torba Kanun Yasağı", içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 23-29, s. 24.

⁹¹⁴ **ATAY**, "Hukukta...", http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_10.pdf, E. T.: 25.06.2010.

ifade ettiğini, en azından meşruluk için kimi zaman bir karine ve kimi zaman da bir kaynak teşkil ettiğini söylemek mümkündür.⁹¹⁵

Arslan, Arendt'e atıfla meşruluğun temelini katılıma bağlarken kanunun meşruluğunun yurttaşın doğrudan ya da dolaylı olarak kanunlaştırma faaliyetine katılmış olmasından kaynaklandığını ifade etmektedir.⁹¹⁶ Böylece en başa dönecektir: Hukuk devletinde hukukun kendi meşruluğunu inşa eden bir düzeni ifade ettiği savına. Bu düzenin kurucu belgeleri anayasalardır. Gerçekten dar anlamda ele alındığında toplumsal düzene ilişkin politika, ekonomi ve hukukun alanlarının taslağını normatif terimlerle çizen anayasa hukuk tarafından biçimlendirilen bir kurulu düzeni ve bu düzen içinde ortaya çıkan her türden uyuşmazlığın da hukuk aracılığıyla ele alınıp çözümlendiği bir yapıyı temellendirir.⁹¹⁷

Bu bağlamda bir siyasal sistem içinde anayasanın uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan her sorunun yine anayasadan hareketle ve yine anayasa temel alınarak çözüme bağlanması hukuk devletinin doğal bir sonucudur. Anayasal organların sistem içindeki organik ve işlevsel varlıklarına ilişkin sorunların da bundan ayrı biçimde düşünülmesi mümkün değildir. Çünkü egemenlikten kaynaklanan yetkilerin kullanılmasına ilişkin düzenlemeyi yapan hukuk metni anayasadır. Bu nedenle egemenliğin kullanılmasından kaynaklanan sorunların çözümlenmesinde gözetilecek çerçeve de yine anayasa olacaktır. Dolayısıyla, egemenlikten kaynaklanan yetkileri kullanan siyasal olmayan organların meşruluğu sorunu aslında bir hukukilik ya da anayasallık sorunu olarak ortaya çıkmaktadır denilebilir. Hukuk devletinin ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak egemenlikten kaynaklanan yetkilerin siyasal olmayan organlarca kullanılmasında gözetilecek kriter meşruluk değil ve fakat anayasallıktır. Böylece anayasal organlar, varlıklarına ve işlevlerine ilişkin meşruluklarını anayasaya uygunluktan almış olurlar. Çünkü anayasa Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesinde açıkça vurgulandığı gibi egemenlikten kaynaklanan yetkilerin tek bir elde toplanarak baskıcı ve keyfi bir yönetim hâline gelmemesi için bu yetkileri farklı erklerle ve organlara dağıtmış ve

⁹¹⁵ ATAY, "Hukukta...", http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_10.pdf, E.T.: 25.06.2010; GÖNENÇ, "Meşruiyet Kavramı...", s. 135; KAPANİ, Politika..., s. 82.

⁹¹⁶ ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 47. Aynı yönde bkz. ÇETİN, "İktidar...", s. 44-45.

⁹¹⁷ ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 4, 196-200.

böylece inşa ettiği karşılıklı olarak birbirini denetleyen ve frenleyen güçler ile bir denge, bir düzen kurmuş olmaktadır.⁹¹⁸

Bir hukuk devletinde bu düzenin bekçiliği, her şeyden önce topluma emanet edilmiştir. Bunun dışında siyasal sistem içindeki bütün aktörlerin de bu anayasal düzene saygı göstermek ve onu korumak yükümlülüğü mevcuttur.⁹¹⁹ Bu yükümlülük, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerinin doğal bir sonucudur. Bütün bunların dışında anayasal düzene aykırılık hâlinde hakemlik yapacak ve anayasal organlar arasında bir koordinasyon sağlayacak olan bir otorite daha vardır: parlamenter sistemler için Cumhurbaşkanı, başkanlık sistemleri için devlet başkanı, anayasal monarşiler için de Kral ya da Kraliçe.⁹²⁰ Ne var ki Cumhurbaşkanı ya da Kral siyasal sistem içinde tarafsız ve bağımsız bir aktör ise de aynı zamanda sistem içinde ortaya çıkabilecek sorunların çözümlenmesinde ve özellikle iktidarın sınırlanmasında etkili olabilecek kadar yetkiye sahip değildir. Başkanlık sistemlerinde devlet başkanı yetkili ve üstelik halk tarafından seçilen bir kişi olsa da son tahlilde siyasi bir aktör olarak tarafsız ve siyaset üstü değildir.⁹²¹ Buna karşılık, hukuku ve anayasal düzeni korumak işlevi; siyasal iktidarı sınırlandırarak temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak, devlet organları arasında çıkan yetki uyuşmazlıklarını çözümlmek, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek ve anayasanın ne olduğunu tespit etmek, siyasal hayatın aktörlerini denetlemek gibi geniş yetkilerle donatılan bağımsız, tarafsız ve hukuku bilen anayasal organlar tarafından en etkin ve en etkili biçimde yerine getirilebilecektir.⁹²² Bu organlar da en geniş anlamıyla anayasa mahkemeleridir.

Buna göre, anayasa mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen yargısal denetim anayasal düzenin korunması işlevi olarak ortaya çıkmakta; bizzat anayasaya dayanmakta ve anayasa aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Anayasa mahkemelerinin anayasa ile olan bu sıkı ilişkileri sebebiyledir ki anayasa yargısının “meşruluk”

⁹¹⁸ Çağlar da meşruluğun yalnızca sandıktan doğmayacağını, temel hak ve özgürlükler için bir güvence teşkil eden yargısal erkin de, bu işlevine bağlı olarak, bir meşruluğunun bulunduğunu ifade etmektedir. **ÇAĞLAR**, “*Hukukla Kavranan...*”, s. 242.

⁹¹⁹ **FEYZİOĞLU**, *Kanunların...*, s. 13-14.

⁹²⁰ **DOEHRING**, *Genel...*, s. 235; **ÖZAY**, “*Anayasa...*”, s. 69.

⁹²¹ **ERDOĞAN**, *Anayasa ve Özgürlük*, s. 264-266, 278-284.

⁹²² **ESEN** Bülent Nuri, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, AÜHF Yay., Ankara 1966, s. 11-15, 37-40; **KABOĞLU**, *Anayasa Yargısı...*, s. 242-244; **KIRATLI**, “*Anayasa...*”, s. 129.

tartışmasında yeri yoktur.⁹²³ Yargısal denetimin demokratik meşruluğa sahip olmadığına ve olamayacağına ilişkin görüşler bu anlamda haklıdır.⁹²⁴ Çünkü anayasa yargısının tâbi olması gereken test demokratik meşruluk testi değil anayasaya uygunluk testidir.

Anayasaya uygunluk, bu anlamda yargı yerlerinin yurttaşlar nezdinde itibarını artıran veya azaltan bir işlev görebilir. Yerine getirmiş olduğu denetimlerin anayasa ile bağdaşmadığı konusunda görüşlerin sıklıkla ileri sürüldüğü bir anayasa mahkemesi kendisini konjonktürel bir tartışmanın ortasında da bulabilir. Zira toplumun bütün devlet fonksiyonlarının etkin biçimde yerine getirilmesi konusunda talepte bulunmak hakkı mevcuttur. Bu talepler aynı zamanda siyasi yaşamı yönlendiren bir etki de yapar. Bununla birlikte hiçbir yargı yerinin demokratik çoğunluğun iradesi ile şekillenmediği gerekçesi ile gayri-meşru olduğu savını ileri sürmek mümkün değildir. Çünkü ilk olarak; demokratik irade ile şekillenen devlet organları siyasi organlardır. Bunun dışında kaynağını anayasadan alan organların varlık kazanmasında doğrudan halkın ya da temsilcilerinin iradesine ihtiyaç duyulmaz. Bu organların dayanağı anayasadır.

İkinci olarak yargısal denetim yerlerinin halkın ya da temsilcilerinin çoğunluğunun iradesine dayanan kanunları yorumlamak ya da etkisizleştirmek için bizzat halk ya da temsilcileri tarafından oluşturulmuş olmalarına ihtiyaçları yoktur zira bu organların faaliyetleri halkın ya da temsilcilerinin çoğunluğunun iradesine dayanan siyasi iktidarın sınırlandırılarak temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirmesi amacına yöneliktir. Bir başka ifadeyle anlamını sınırlı iktidarda bulan anayasaya⁹²⁵ dayanan düzeni korumak ve anayasal düzen içinde ortaya çıkan çatışmaları yine anayasa aracılığıyla çözümlenmek yargısal denetimin doğası gereğidir.⁹²⁶

⁹²³ ÖZAY, “Anayasa...”, s. 70.

⁹²⁴ GÖZLER, “Anayasa Yargısının...”, s. 132-147; YOLCU Serkan, “Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu”, içinde: Uluslararası Davraz Kongresi Bildiriler Kitabı, Haz.: Uysal Kerman, Isparta 2009, ss. 1910-1926, s. 1916-1917.

⁹²⁵ ARSLAN, “Anayasal Devlet...”, s. 149-150; FRIEDRICH, Sınırlı Devlet, s. 19, 29-41.

⁹²⁶ Wheare’ye göre “Sorunun özü Anayasanın verdiği yetkiyle kurulan ve Anayasa tarafından verilen yetkileri kullanan her kurumun bu yetkilerin sınırlarını aşmaması görevleriyken, Mahkemelerin görevi, fonksiyonlarının doğaları gereği olarak, bu sınırların ne olduğunu söylemek olmaktadır. İşte bu, Mahkemelerin Anayasayı yorumlamalarının nedenidir.” WHEARE, Modern Anayasalar, s. 130.

Üçüncü olarak çoğunluk iradesi hukukun tek kaynağı değildir. Parlamento üstünlüğünün tartışmasız kabul edildiği İngiltere’de dahi hukukun üretimi yasama organının faaliyetleri yanında mahkemelerin içtihatları ile gerçekleşir.⁹²⁷

Nihayet, çağdaş batı demokrasisinin ulaştığı nokta artık çoğunlukçu yaklaşımın değil fakat çoğulcu yaklaşımın kabul edildiği bir demokrasidir. Bu demokrasinin ana prensibi ise bütün bireylerin ve toplulukların kendilerini ifade etmek ve geliştirmek için hukukun eşit biçimde korumasından yararlanacakları bir hukukun üstünlüğü ile -hukuk devleti ile- ifade edilir.⁹²⁸ Çoğulcu demokrasilerde herkes için ortak olan temel beklenti sistemin öngörülebilir ve güvenceli olmasıdır. İktidarda olan kesimler bakımından bu öngörülebilirlik ve güvenlik, seçmenlere verilen sözlerin yerine getirilmesini anayasanın kolaylaştırması ya da en azından buna engel olmamasıdır. Buna karşılık iktidara gelemeyen grupların en büyük anayasal beklentisi ise anayasanın kendilerini çoğunluğun diktatörlüğüne karşı koruması; demokrasinin bir çoğunluk diktatörlüğüne dönüşmesini engellemesidir.⁹²⁹ Bunun da yolu demokratik azınlıkların çoğunluğa dönüşmesinin yollarının açık olmasının sağlanmasıdır.⁹³⁰

Yargısal denetimin anayasal düzen ile olan ilişkisi yargının, yasama organlarının ve hukukun üzerinde bir erk olarak kabul edilmesi anlamına gelmez.⁹³¹ Bir başka ifadeyle anayasallık referansı yargıyı zorunlu olarak aktivist bir tutum takınmaya yönlendirmez. Zira anayasal devletin, anayasal organları tâbi tuttuğu anayasallık testi bütün devlet organlarının anayasanın göstermiş olduğu sınırlar içinde hareket etmesini zorunlu kılar. Aksi takdirde anayasayı korumakla görevli diğer organların –anayasa mahkemesini paketlemek- girişimleri kaçınılmaz olacaktır.

⁹²⁷ Arsel, Dicey’nin İngiliz hukukunun Parlamento’nun ürünü olan kanunlardan ziyade mahkeme içtihatlarıyla oluştuğuna dair tespitlerini aktarmaktadır. Buna göre özellikle özel hukukun temelleri mahkeme kararları ile atılmış; çoğu kez parlamento, mahkemeler tarafından koyulan ve yerleşik hâle gelen kuralların tedvini ile yetinmiştir. Bazen de kanunlar mahkemeler tarafından uygulanırken o derecede yorumlanmaktadırlar ki artık söz konusu olan parlamentodan çıkan kanun değildir. Yazara göre Amerikan hukukunda da durum daha farklı değildir. “(H)aiiz olduğu müstakil durumu bakımından yeryüzünde en mümtaz bir mevki işgal ede(n) Amerikan Yüksek Mahkemesinin yargısal faaliyeti yasama faaliyeti ile birlikte yürütülmüş hatta kimi zaman ondan daha önce gelmiştir. **ARSEL**, Amerikan Anayasası..., 32, 34-35; **AYBAY** “Hukuk ve Yargı”, s. 64; **BERKİN** Necmeddin M., “İngiltere’de Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hâkimin Hukuk Yaratma Gücü”, İÜHF, C. 15, S. 1-4, 1974, ss. 331-361; **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 237.

⁹²⁸ **ÖZAY**, “Anayasa...”, s. 72.

⁹²⁹ **GÖNENÇ**, “Meşruiyet Kavramı...”, s. 146.

⁹³⁰ **KAPANİ**, Kamu Hürriyetleri, s. 172-173.

⁹³¹ **ÖZAY**, “Anayasa...”, s. 72; **WHEARE**, Modern Anayasalar, s. 6.

Ancak çağdaş demokrasilerde yerleşik siyasal kültür bu noktada siyaseti yine sınırlayacak ve yargıya yönelik siyasal müdahalelere engel olacaktır.⁹³² Bu siyasal kültürün içinde yargıya ya da yasamaya yönelik herhangi bir “en geniş anlamıyla hukuk” dışı müdahalenin yer almamış olduğu ayrıca vurgulanması gerekli olmayan bir husustur.

Anayasa yargısına yönelik meşruluk söylemlerinin temel sebebinin mahkemenin sistem içindeki yerinin belirsizliğinden kaynaklandığı söylenebilir. Buna göre yargısal denetim sistem içinde bütünüyle pasif bir rol üstlenmiş olsa artık buna ilişkin herhangi bir meşruluk tartışması söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde komünizm sonrası anayasalarda gözlemlendiği gibi anayasa mahkemelerinin görevlerinin sistem içinde etkin bir yere sahip olduğu hâllerde mahkemelerin demokratik toplumun inşasında hukuku etkili bir araç olarak kullanması da bir meşruluk tartışması doğurmayacaktır.⁹³³ Ancak Türkiye’de olduğu gibi anayasa mahkemesinin, siyasi parti kapatma konusunda olduğu gibi, bazı konularda son derece geniş ve buna karşılık, kanunların ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda olduğu gibi, bazı konularda da son derece sınırlı yetkilere sahip olması mahkemeyi bitmek bilmeyen “meşruluk” tartışmalarının da muhatabı hâline getirmektedir.

Anayasa mahkemeleri, sisteme entegre olmayı başaramayan marjinal gruplar ve bireyler de dahil olmak üzere, bütün toplumun kendisini ifade edebileceği anayasal düzenin en temel güvencesi olarak tasarlanmışlardır.⁹³⁴ Hukuk devleti içinde kalınarak mahkemenin ya da yargısal denetimin ortadan kaldırılması ya da işlevsizleştirilmesi mümkün değildir. Anayasa mahkemesinin anayasayı korumak, iktidarı sınırlandırmak, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak, devlet organları arasındaki yetki uyumsuzluklarını çözümlmek, demokratik toplumsal düzenin işlerliğini gerçekleştirmek işlevleri onun zorunlu olarak, doğası gereği “çoğunluk karşıtı” olmasını gerektirmektedir.

⁹³² ABD’de Roosevelt’in “Dokuz İhtiyarı Paketleme” girişiminin kamuoyu tarafından yargı bağımsızlığına müdahale olarak değerlendirilip kabul görmemesine ilişkin bkz. **ÜSREŞLER**, *Amerika Birleşik Devletlerinde...*, s. 71-77.

⁹³³ **UITZ** Renata, “*Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler Arasında Sıkışık Kalmış Post-komünist Demokrasiler*”, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 272-309, s. 275.

⁹³⁴ **ÖZAY**, “*Anayasa...*”, s. 73-74.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU SAĞLAMANNIN

YARGISAL VE KURUMSAL GÜVENCELERİ

I. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNU SAĞLAMANNIN YOL VE YÖNTEMLERİ

Kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamanın yollarını aramaktaki başlıca sebep anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı düşüncesi olmuştur. *Kelsen*'in normlar hiyerarşisinin en tepesine yerleştirdiği bir üstün kanun olarak anayasa hem devletin organizasyonuna hem de bireylerin devlet karşısında güvencelenen temel hak ve özgürlüklerine ilişkin; devletin temel organlarını var eden ve bunları yetkilendiren, bu organlar arasındaki ilişkileri biçimlendiren, temel hak ve özgürlükleri, sınırlarını ve sınırlarının sınırlarını göstererek bu özgürlükler için hukuksal bir çerçeve çizen hukuksal ve siyasal nitelikte bir metindir. Her hâlde anayasa bir devletin hukuk düzeninin kendisine göre şekillendiği “en temel hukuk metni” olmak özelliğini taşır. Buna göre anayasa hükümleri yasama, yargı ve yürütme organları için öncelikle bağlayıcıdır ve hiçbir devlet organının anayasada düzenlenmeyen bir yetki kullanması düşünülemez. Bu aynı zamanda hukuk devletinin de bir gereğidir. Anlamını “kanuna uygunluk”ta bulan klasik hukuk devletinin anayasacılık hareketleri ile birlikte, XVIII. yüzyıldan itibaren “anayasaya uygunluk” şeklinde kavranır hâle gelmesinin bir sonucu olan anayasaya uygunluk denetimi, XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaygınlaşan anayasa mahkemeleri sayesinde yargısallaşarak hukuk devletinin anlam ve kapsamında bir değişiklik daha meydana getirmiş, “kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi” hukuk devletinin yeni bir görünüm biçimi olarak belirlemiştir.⁹³⁵

Bu bakış açısına göre anayasaya uygunluk denetiminin anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine dayandığını ve önce bir siyasal denetim şeklinde ortaya çıktığını ve ardından da bir yargısal denetim biçiminde geliştiğini söylemek mümkündür. Bu bölümün konusu kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal

⁹³⁵ İBA, Anayasa Hukuku..., s. 192-193; KABOĞLU, Anayasa Hukuku..., s. 305; KANADOĞLU Osman Korkut, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, AYD, C. 25, 2008, ss. 61-89, s. 61; KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 292-293; ONAR Erdal, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizdeki Öncüler, AÜHF Yay., Ankara 2003, s. 11; ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 379-383; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 446-447; TUNAYA, Siyasal Kurumlar..., s. 136-138.

denetimidir. Bununla birlikte önce kısaca kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimine değinmek yararlıdır.

A. SİYASAL DENETİM

Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi *Onar*'ın tanımıyla “...*kanunun yasama organında yapımı sırasında veya yapımından sonra devlet başkanı tarafından yürürlüğe sokulma aşamasında gerçekleştirilen bir denetim*”dir.⁹³⁶ Siyasal denetim yasama meclisi üyeleri tarafından yapılan anayasaya riayet yemini, çift meclis sistemi, kanunların halkoyuna sunulması, anayasa komisyonları tarafından gerçekleştirilen denetim, devlet başkanı tarafından kanunların tekrar görüşülmek üzere iade edilmesi şeklinde gerçekleşebilir.⁹³⁷

Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminin tercih edilmesindeki temel etken siyasal bir organ üzerindeki denetimin ancak siyasal bir organ tarafından yapılması gerektiği düşüncesidir. Bu düşünceye göre bir devlet içinde en üstün irade olan millî iradenin herhangi bir unsur tarafından sınırlandırılması kabul edilemez. Meclisin iradesini halkın iradesiyle ve halkın iradesini de millî irade ile özdeşleştiren bu bakış açısı aynı zamanda siyasal sorumluluğa sahip olmayan organlar tarafından kanun koyucunun denetlenmesi hâlinde doğabilecek sakıncalara da işaret etmektedir.⁹³⁸ Yargının siyasallaşması şeklinde ifade edilen bu temel sakıncanın erkler ayrılığı ilkesini de ihlal ettiği de ileri sürülebilir.⁹³⁹

Bu bağlamda modern anayasaların kabulünden sonra öngörülen ilk siyasal denetim kurumları Fransa’da ortaya çıkmıştır.⁹⁴⁰ 1799 ve 1852 Fransız Anayasalarında yer alan ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yanında siyasal sistem içinde geniş yetkilerle donatılan Koruyucu Senato (*Sénat Conservateur*) *Feyzioğlu*'nun belirttiğine göre “*İmparator’un zelil bir aleti*” olarak “hikmet-i hükûmet” düşüncesinden sıyrılamamıştır.⁹⁴¹ 1946 Fransız Anayasasında ise söz konusu olan *Teziç*'in ifadesiyle kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi

⁹³⁶ ONAR, Kanunların..., s. 19; Aynı yönde İBA, Anayasa Hukuku..., 192.

⁹³⁷ ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin, Ankara 1996, s. 35-40; CUHRUK Mahmut C., “*Türk Anayasa Mahkemesi*”, AYD, C. 4, 1987, ss. 5-15, s. 6.

⁹³⁸ TUNAYA, Siyasal Kurumlar..., s. 136-137.

⁹³⁹ DOEHRING, Genel..., s. 230.

⁹⁴⁰ Bu yönde ilk kez Sieyes tarafından ileri sürülen “anayasanın yasama organının müdahalelerine karşı seçimle oluşacak bir siyasal organ tarafından korunması görüşü” ilk seferinde kabul edilememiş ise de zamanla yerleşerek Tunaya'nın ifadesiyle siyasal organ tarafından denetim Fransa için bir kural hâline gelmiştir. TUNAYA, Siyasal Kurumlar..., s. 138. CAPPALLETTI Mauro, Judicial Review in the Contemporary World, The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis 1971, s. 2-6.

⁹⁴¹ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 22, 25.

değil fakat anayasanın kanunlara uygunluğunu sağlamaya yönelik bir anayasa değişikliği usulüdür.⁹⁴² **Fezioğlu** 1946 Anayasa Komitesi'nin anayasayı ve özgürlükleri korumak konusunda etkili olamayacağı konusunda bütün yazarların üzerinde birleştikleri bir öngörüü aktarmakta ve kanunların anayasaya uygunluğu konusunda etkili bir denetimin ancak ve ancak yargısal bir usulle mümkün olabileceği yönündeki görüşlere işaret etmektedir.⁹⁴³ Nitekim uygulamada da Anayasa Komitesi'ne sadece bir kere başvurulmuş; sorun da Komitenin kararı ile değil Millî Meclis ile Cumhuriyet Konseyinin uzlaşması ile çözümlenmiştir.⁹⁴⁴ Gelişmeler, “yargısal denetim” lehinde ileri sürülen görüşler paralelinde gerçekleşmiş; 4 Ekim 1958 tarihli Anayasa ile siyasal bir denetim mercii olarak kurulmuş olan Anayasa Konseyi (*Conseil Constitutionnel*) önceleri bir yarı-yargısal ve giderek de yargısal bir denetim gerçekleştirmiştir. Bugün artık Konsey'in “mahkeme” olarak nitelendirilmesinde bir yanlışlık görülmemekte ve Konsey'in denetim faaliyetinin bütünüyle yargısal olduğu ifade edilmektedir.⁹⁴⁵

Aşağıda kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine kavramsal açıdan bir giriş yapılacak ardından yargısal denetimin dünyadaki ilk örnekleri ile Türkiye'deki tarihsel arka planına değinilecektir.

B. YARGISAL DENETİM

Bugün artık kanunların anayasaya uygunluk denetimini kabul eden anayasaların, uygulamadaki farklılıklara rağmen, büyük ölçüde bir yargısal denetim mekanizmasını benimsemiş olduklarını söylemek mümkündür.⁹⁴⁶ Buna göre kanunların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirirken denetlenenin millî irade olmadığı fakat meclisin iradesinin millî iradeye uygunluğunun olduğu; bu bağlamdaki bir denetimin demokrasinin bir gereği olarak ortaya çıkan teknik bir hukuka uygunluk denetimi olduğu; bu nedenle de siyasal bir denetimin yerine

⁹⁴² **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 178.

⁹⁴³ **FEYZİOĞLU**, Kanunların..., s. 26.

⁹⁴⁴ **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 178.

⁹⁴⁵ **CAPPALLETI**, Judicial Review..., s. 16-18; **MARIGNE** Leon-Jozeau, “*Fransız Anayasa Mahkemesi*”, AYD, C. 4, 1987, ss. 53-58, s. 53, 58; **PROVINE** Doris Marie/**GARAPON** Antoine, “*The Selection of Judges in France: Searching For A New Legitimacy*”, içinde: Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World, University of Toronto Press, Toronto 2007, ss. 176-195, s. 180-181; **WALINE** Marcel, “*The Constitutional Council of the French Republic*”, The American Journal of Comperative Law, Vol. 12, No: 4, 1963, ss. 483-493, s. 483.

⁹⁴⁶ **ARMAĞAN**, Anayasa Mahkememizde..., s. 8; **WHEARE**, Modern Anayasalar, s. 130

yargısal bir denetimin kabul edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁴⁷ Bundan başka erkler ayrılığı da günümüzde yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerden hareketle tanımlanmamakta yargının yasama ve yürütmeden bağımsızlığı şeklinde algılanmaktadır.⁹⁴⁸ Ek olarak erkler ayrılığı özellikle parlamenter ve yarı-başkanlık rejimleri bakımından keskin bir ayrılığı değil fakat ılımlı bir ayrılığı, bir tür işbirliğini ifade eder. Anayasalar düzlemindeki bu pratiğe rağmen hâlen özellikle siyasal düzlemde yargısal denetimin demokratik ilkeye uygunluğu tartışması da ne Amerika’da ne Avrupa’da ne de ülkemizde sona ermiştir.⁹⁴⁹

1. Yargısal Denetim Kavramı

Bir tanıma göre yargısal denetim bir kamusal organdan sadır olan eylem ve işlemlerin hukukiliğinin denetlenmesidir.⁹⁵⁰ İngiliz hukuk sisteminde yargısal denetim kavramına ilişkin bu soyut tanım yanında kapsamı biraz daha belirgin bir başka tanıma göre yargısal denetim; mahkemelerin yasama ve yürütme organları ile idare yerlerinin işlemlerini denetleyerek bunların anayasa ile uyumlu olup olmadıklarını tespit etmek yetkisidir.⁹⁵¹ İngiltere’de yargısal denetimin esas olarak şu dört ilkeye -kanunların doğru biçimde yorumlanıp yorumlanmadığına; takdir yetkisinin hukuka uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığına; kararı alan organın hakkaniyete uygun biçimde davranıp davranmadığına ve nihayet kullanılan kamusal yetkinin insan haklarını ihlal edip etmediğine- ilişkin bir güvence teşkil ettiği belirtilmektedir.⁹⁵² Herhâlde görülmektedir ki İngiliz sisteminde yargısal denetim idare hukukuna ilişkin bir temel prensiptir.⁹⁵³

⁹⁴⁷ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 40-43; ONAR, Kanunların..., s. 90; TUNAYA, Siyasal Kurumlar..., s. 136.

⁹⁴⁸ DOEHRING, Genel..., s. 234; WHEARE, Modern Anayasalar, s. 36.

⁹⁴⁹ AKYOL Taha, “Anayasal Yargının Görevi”, Milliyet, 30.07.2008; ÇAĞLAR, “Parlamentolar...”, s. 137 vd.; ERGÜL, Yeni..., s. 248 vd.; POST Robert/SIEGEL Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and the Judicial Supremacy”, California Law Review, Vol. 92, No. 4, 2004, ss. 1027-1043; TROPER Michel, “The Judicial Power And Democracy”, EJLS, Vol. 1, No: 2, ss. 1-16; TÜRKÖNE Mümtaz’er, “Anayasa Mahkemesi Yetkisini Aştı”, 10.06.2008, Zaman; TREANOR William Michael, “Original Understanding and Whether, Why, and How of Judicial Review”, The Yale Law Journal, 116: 218, 2007, s. 218 vd.; WATKINS William, “Popular Sovereignty, Judicial Supremacy and the American Revolution: Why the Judiciary Cannot Be The Final Arbiter of Constitutions”, Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, Vol.: 1, 2006, s. 159-258; Yargı Yanlış Yapınca Nereden Dönecek?, 11.06.2008, Zaman.

⁹⁵⁰ www.judiciary.gov.uk/judgement_guidance/judicial_review/index.html, E. T.: 13.02.2010.

⁹⁵¹ TATE Neal C., “Judicial Review”, www.britannica.com/EBchecked/topic/307542/judicial-review, E.T.: 13.02.2010.

⁹⁵² BARNETT, Constitutional..., s. 709.

⁹⁵³ <http://duhaime.org/LegalDictionary/J/JudicialReview.aspx>, E.T.: 14.02.2010. İngiltere’de kanunlar üzerinde yargısal denetim 1998 tarihli Human Rights Act’in dördüncü maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasal geleneklerini İngiliz hukukundan tevarüs eden ve anayasasında yargısal denetime ilişkin bir düzenlemeye yer vermeyen ABD’de yargısal denetim ünlü *Madison* kararı ile bir kapsam farklılığına uğrayarak devlet organlarının işlemlerinin anayasaya uygunluğunun denetimi şeklinde uygulanmaya başlamıştır.⁹⁵⁴ Anayasaya uygunluk, bu tarihten sonra yargısal denetim kavramının temel unsuru olacaktır. Nitekim Amerikan uygulamasından etkilenen kıta Avrupası hukukunda yargısal denetim, birçok farklı anlamın yanında, mahkemeler tarafından kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi şeklinde anlaşılmıştır.⁹⁵⁵

Böylece özünü anayasaya uygunluk denetiminde bulan yargısal denetim, *Doehring*’in tespit ettiği gibi, anlamını devlet erklerinden birini bağımsızlaştırarak ve diğerlerine buyruk verebilen bir duruma eriştirerek “*bütün devlet organlarının ve hatta diğer mahkemelerin çalışmalarında anayasa normlarına uygun davranıp davranmadıklarını denetlemek*”te bulan anayasa yargısı kavramı ile ifade edilmiştir.⁹⁵⁶

Yargısal denetim kavramı için Türkçe’de anayasa yargısı kavramı da kullanılmaktadır. *Tahsin Bekir Balta*’ya göre anayasa yargısı “(A)nayasaya riayet sağlayan her türlü yargı işlemi”ni ifade eder.⁹⁵⁷ Anayasa yargısı konusunda ülkemizdeki ilk çalışmalardan birisi olan *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi* başlıklı çalışmasında *Armağan*, anayasa yargısı teriminin Türk hukuk literatürüne girmekte olan bir kavram olduğunu ifade ederek anayasa yargısının geniş anlamda anayasa yargısı ve dar anlamda anayasa yargısı şeklinde iki kapsamda değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Buna göre geniş anlamda anayasa yargısı anayasa hukuku sorunlarının yargısal usullerle çözümlenmesini; dar anlamda anayasa yargısı ise “*kanunların ve diğer bazı teşriî tasarrufların Anayasaya uygunluğunun kontrol edilip karara bağlanması faaliyetini ifade*” ettiğini

Hükme göre mahkemelerin, bir kanunun AİHS’e uygun olmadığını tespit etmesi hâlinde bir uyumsuzluk bildiriminde (*declaration of incompatibility*) bulunmaları gerekmektedir. Ancak uyumsuzluk bildirimini kanunun geçerliliğini etkileyen bir yargısal işlem olmadığı gibi, ilgili normun uygulandığı bir işlemde, ilgilileri için de bağlayıcı değildir. (1998 tarihli Human Rights Act m. 4/ (2), (4), (6).

⁹⁵⁴ DICEY, Introduction..., s. 184; GIVENS Richard A., “Chief Justice Stone and the Developing Functions of Judicial Review”, Virginia Law Review, Vol. 47, No. 8, 1961, ss. 1321-1365, s. 1321.

⁹⁵⁵ DIETZE Gottfried, “Judicial Review in Europe”, Michigan Law Review, Vol. 55, No. 4, 1957, ss. 539-566, s. 539-540.

⁹⁵⁶ DOEHRING, Genel..., s. 231.

⁹⁵⁷ BALTA Tahsin Bekir, “Türkiye’de Anayasa Yargısı (1)”, AÜHFD, C. 18, s. 1-4, 1961, ss. 547-565, s. 547, dn. 1a.

belirtmektedir.⁹⁵⁸ **Hekimoğlu**'na göre geniş anlamda anayasa yargısı, “*doğrudan doğruya anayasa hükümlerine uyulması ve böylelikle temel hak ve özgürlüklerin otorite karşısında güvence altına alınması amacını güden bütün yargısal işlemleri veya anayasa hukukundan kaynaklanan problemlerin, devlet organlarının hak eksenli bir hukuki bakış açısıyla sınırlandırılması yoluyla, yargı mercileri tarafından yargısal usul kuralları dahilinde bir sonuca bağlanması sürecini ifade eder.*”⁹⁵⁹ Daha yakın tarihli bir tanıma göre anayasa yargısı doğrudan doğruya bir devletin anayasal düzenine itaat etmeyi sağlamak için konulan güvenceleri gerçekleştirmek amacıyla kurulan yargısal kurum ve usulleri ifade eder.⁹⁶⁰

Bugün için artık anayasa yargısı kavramı Türkçe’de yerleşmiş bir kavram olarak genellikle dar anlamı ile kullanılmakta ve anayasa yargısından bahsedildiğinde kanunların ve bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi kastedilmektedir.⁹⁶¹

Türk doktrinde Anayasa yargısı kavramından başka siyasal yargı kavramı da kullanılmaktadır.⁹⁶² Anayasa yargısını siyasal yargı şeklinde adlandırmanın makul bir gerekçesi vardır: Anayasanın kendisi. Gerçekten de anayasalar salt teknik hukuk metinlerinden ibaret değildir. Anayasalar aynı zamanda siyasal belgelerdir. Aynı anda siyasal ve hukuksal olmak özelliklerini birlikte taşıyan anayasalara ilişkin doğabilecek her sorun da aynı zamanda hem siyasal hem de hukuksal mahiyette olmaktadır.⁹⁶³ Bu açıdan siyasal yaşama ilişkin olarak ortaya çıkan hemen bütün sorunların anayasa mahkemelerinin önüne gelebileceği söylenmektedir.⁹⁶⁴ Bununla birlikte, anayasaların sırf siyasal metinler olarak değil fakat son tahlilde bir hukuk

⁹⁵⁸ **ARMAĞAN**, Anayasa Mahkememizde..., s. 10.

⁹⁵⁹ **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 13-14. Yazara göre anayasa yargısının dar ya da geniş bir anlamda ele alınmasının pratik sonucu hukuk devletinin şekli ya da maddi anlamıyla doğrudan bağlantılıdır. Bu açıdan geniş anlamda anayasa yargısı, maddi hukuk devletini gerçekleştirmenin de bir aracı olacaktır.

⁹⁶⁰ **STEINBERGER** Helmut, “*Models of Constitutional Jurisdiction*”, [http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU\(1991\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU(1991)001-e.asp), E. T. 05.04.2010.

⁹⁶¹ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 45; **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 11, **HOCAOĞLU/OCAKÇIOĞLU**, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi..., s. 84-85; **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 13; **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 379; **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 18.

⁹⁶² **İBA**, Anayasa Hukuku..., s. 191. Ünsal da yargının “iktidara karşı adalet-iktidar ajamı adalet” şeklindeki ikili ayrımını aktardıktan sonra “*iktidarı frenleyen siyasal mahkemeler*”e örnek olarak Danıştay’ı ve anayasa Mahkemesini göstermektedir. **ÜNSAL** Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, AÜSBF Yay., Ankara 1980, s. 24-25 ve dn. 117.

⁹⁶³ **KIRATLI**, “*Anayasa...*”, s. 125; Duran açıkça “siyasi hukuk” kavramını kullanmaktan çekinmemektedir. **DURAN**, “*Türkiye’de...*”, s. 59.

⁹⁶⁴ Eisenmann’dan aktaran **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 61.

metni oldukları noktasından hareket etmek daha işlevseldir. Zira anayasanın varlık gerekçelerinden birisi siyaseti hukuk çerçevesi içine alarak temel hakları güvencelemek ve iktidarı sınırlandırmaktır. Bu nedenle anayasa yargısı “siyasal olana ilişkin bir yargıdır”. Siyasal yargı yahut yargısal denetim veya anayasa yargısı kavramlarından hangisi tercih edilirse edilsin artık bundan en sınırlı biçimde anlaşılacak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi olmaktadır.

Çağlar ve ona referansla **Gülsoy**, dar-geniş anlamda anayasa yargısı yanında anayasa yargısının şekli (organik) anlamda anayasa yargısı ve maddi anlamda anayasa yargısı biçimindeki bir ayrımına da işaret etmektedir.⁹⁶⁵ Buna göre şekli anlamda anayasa yargısı, anayasaya uygunluk denetimini yerine getirecek yargı yerine kanunların yüklemiş olduğu bütün görevleri ifade eder.⁹⁶⁶ **Çağlar**'a göre maddi kriterden hareketle anayasa yargısı, yasama fonksiyonunun anayasaya uygunluğunun denetlenmesidir.⁹⁶⁷ **Tunç**'un **Kıratlı**'dan aktardığına göre bu, sonuçta “*maddi anlamdaki anayasa problemlerinin yargısı*”nı ifade eder.⁹⁶⁸ Bu aynı zamanda siyasalın yargısallaşması şeklinde de ifade edilebilir.

Anayasa yargısının geniş anlamı ve maddi anlamı bir üçüncü tanım ile ilişkilidir. Bizzat anayasanın kendisinden hareketle yapılan bu tanıma göre anayasa yargısı anayasanın yorumlanmak suretiyle yeniden inşa edilmesini ve böylece etkinlik kazanmasını ifade eder. **Esen**'e göre önceki bir zamanda hazırlanmış, ortaya konulmuş olan bir normun günün ihtiyaçlarını ne şekilde karşılayabileceğine ilişkin bir çözüm olarak yorum, bir metni anlamlandırmak dahası bir hukuk yaratmak faaliyetidir.⁹⁶⁹ O hâlde kanunların geçerlilik kriteri olarak anayasa metinlerinin ele alınması, anayasanın anlamlandırılması ve bir anayasa hukukunun inşa edilmesi demektir. Bu açıdan **Özcan**, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminden anlaşılması gerekenin; kanunların dar anlamda anayasa metnine bağlı bir yargılamaya tâbi tutulması demek olmadığını bilakis “anayasanın ne olduğuna yüksek mahkemenin karar vermesi” olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu yönde gerçekleştirilen bir yargısal denetimin, hukuk devletinin bir unsuru olduğunu

⁹⁶⁵ **ÇAĞLAR**, Anayasa Bilimi, s. 174; **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., s. 81.

⁹⁶⁶ **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 18.

⁹⁶⁷ **ÇAĞLAR**, Anayasa Bilimi, s. 174.

⁹⁶⁸ **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 18.

⁹⁶⁹ **ESEN** Bülent Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, AÜHF Yay., Ankara 1972, s. 5-13.

söylemek daha yerindedir.⁹⁷⁰ *Çağlar*'ın “fonksiyonel anlamda anayasa yargısı” şeklinde ifade ettiği yargısal denetim, kurulmuş iktidarın, parlamentonun, mahkemenin yorumladığı anayasa ile bağlılığını ifade eder. Bu açıdan yazar İspanyol Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen organik kanunun 1. maddesine işaret etmekte ve kanunun mahkemeye tanımış olduğu anayasanın üstün yorumlayıcısı olmak yetkisinden bahsetmektedir. Bu, yazara göre aynı zamanda anayasa yargısının demokratik meşruiyeti tartışmasının da zeminidir.⁹⁷¹

Bu çalışmada önce maddi anlamda anayasa yargısı kavramına paralel olarak anayasa karşısında kanunun anlamı ve yargısal denetime tâbi olan işlemler; şekli anlamda anayasa yargısından hareketle kanunların yargısal denetiminde kabul edilen sistemler; nihayet fonksiyonel kriterden hareketle de anayasa mahkemesi kararlarının hukuki değeri ve etkileri incelenecektir. Ancak daha önce yargısal denetimin Batı'daki ve ülkemizdeki tarihsel gelişimine bir göz atmak yararlıdır.

2. Yargısal Denetimin Tarihsel Arka Planı

a. 1610 Tarihli Doktor Bonham Kararı

Feyzioğlu, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin tarihsel temellerini açıklarken Amerika Birleşik Devletleri'ndeki yargısal denetimi eski, köklü ve gelişmiş olarak nitelendirir. Yazara göre ABD'de yargısal denetim düşüncesinin doğmasına yol açan fikirlerin asıl vatanı İngiltere'dir. İngiliz hâkimlerinin özgürlüklerin bekçisi olarak kazandıkları itibar ve yargıç yaratısı hukukun (*judge-made law*) bir hukuk kaynağı olarak sahip olduğu değer sebebiyle İngiliz yargı içtihatları Amerikan hukuk sisteminde de örnek alınmıştır.⁹⁷²

Her ne kadar İngiltere'de ciddi itirazlarla karşılaşarak etkisiz kılınmış ve hatta *Yargıç Coke* parlamentoya girdikten sonra görüşlerini bütünüyle değiştirmiş olsa da *Dr. Bonham Kararı*⁹⁷³ yasama organı tasarruflarının anayasaya aykırı olamayacağı, olanların hiçbir hüküm ifade etmeyeceği ve anayasaya aykırı kanunların mahkemelerce uygulanmayacağına ilişkin ve bununla bağlantılı olarak hukuk

⁹⁷⁰ ÖZCAN, Modern Toplum..., s. 212.

⁹⁷¹ ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi, s. 175.

⁹⁷² ARSEL, Amerikan Anayasası..., s. 86 vd.; FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 153.

⁹⁷³ Karar metni için bkz. http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html.

devletini anlamlandırmak ve güvencelemek konusunda yargı yerlerinin etkisinin ortaya konulmasına ilişkin ilk pratik örnektir.⁹⁷⁴

Karar, iki ilkeye dayanır: Bir hukuk kaynağı olarak yasama organının işlemleri, üstün bir hukuk ilkesine dayanarak verilen yargısal karar karşısında ikincil niteliktedir. Ortak yararı gözetmeyen ve akla uygun olmayan kanunların geçerliliğinden bahsedilemez.⁹⁷⁵

Bonham Davası'na ilişkin uyuşmazlık, Cambridge mezunu **Thomas Bonham**'in Londra'da görev yapacak hekimlerin çalışma izinlerini veren, bu alana ilişkin düzenlemeler yapmaya ve gerektiğinde de ceza vermeye yetkili *London Royal College of Physicians*'ın (LRCP) lisans vermemesine rağmen Londra'da çalışmak istemesi sonucunda tutuklanarak cezaevine konması ve bir de para cezasına çarptırılması karşısında bu karara karşı bir yargı yerine başvurmasından doğar. LRCP, yetki alanı içinde ve mesleki konularda düzenleme ve cezalandırma yetkisine sahip bir meslek birliği daha doğru bir ifadeyle bir "lonca"dır. **Bonham**'in açmış olduğu davada LRCP yetkilileri, vermiş oldukları kararın yasal bir temelini bulunduğunu, ilgili kanunun⁹⁷⁶ kendilerine görev alanlarına ilişkin düzenleme ve cezalandırma yetkisi verdiğini belirtmişlerdir. İlgili kanun ayrıca düzenlenmiş olan para cezasının bir kısmının da onu düzenleyenlere ait olacağını emretmektedir. Önüne gelen davada **Yargıç Coke**, hiç kimsenin kendi davasında aynı zamanda müşteki, savcı ve hâkim olamayacağını böyle bir düzenlemenin tarafsızlık ilkesi ile de bağdaşmayacağını, "kendi davasında yargıç olamamak" ilkesinin bir müşterek hukuk (*Common Law*) ilkesi olduğunu belirtmiştir. **Yargıç Coke**'a göre *Common Law*'a uygunluk, kanunların (*Act of Parliament*) geçerliliğinin önşartıdır. Ne zaman

⁹⁷⁴ **DEENER** David, "Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi", Çev.: Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHFD, C. 26, S. 3-4, 1969, ss. 179-205, s. 181; **HAYS** Bradley D., "Review: *Due Process of Law, A Brief History*", Law & Politics Book Review, Vol. 13, No.: 2, 2003, <http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/orth-john.htm>, E. T.: 23.03.2010; **McWHINNEY** Edward, *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*, University of Toronto Press Toronto 1981, s. 111, aktaran: **TUNÇ**, *Karşılaştırmalı...*, s. 29. Vinogradoff, kararın yargı yerlerinin yönetenlerin keyfi kuralları karşısında hukukun üstünlüğünü korumak yönündeki geleneksel eğilimlerinin İngiliz hukukunda bir kere daha ortaya konması şeklinde algılanabileceğini ifade etmektedir. **VINOGRADOFF** Paul, "Constitutional History and The Year Books", Law Quarterly Review, Vol. 29, Issue 3, 1913, ss. 273-284, s. 284.

⁹⁷⁵ **BERGER** Raoul, "Doctor Bonham's Case: Statutory Consturction or Constitutional Theory?", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 117, No. 4, 1969, ss. 521-545, 521; **COOK** Harold, "Against Common Right and Reason: The College of Physicians Versus Dr. Thomas Bonham", The American Journal of Legal History, Vol. XXIX, No. 4, 1985, ss. 301-322, s. 302; <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, E.T. : 23.03.2010.

⁹⁷⁶ 14 & 15 Hen. 8, c. 5 (1523); 1 Mary 2d Sess. c. 9 (1553).

ki bir kanun ortak yarara (*common right*) ve akla⁹⁷⁷ (*reason*) aykırı olur ya da hukukun amacına aykırılık teşkil eder (*repugnant*⁹⁷⁸) veya gerçekleştirilmesi imkânsız bir konuyu düzenlerse artık kanunun *Common Law*'a uygunluğu sorgulanabilecek ve geçersizliği de ilan edilebilecektir.⁹⁷⁹

Başyargıç Coke'un bu kararının asıl önemi, kanunların üzerinde üstün bir ilkeler dizgesinin bulunduğunu ilan etmiş olmasından kaynaklanmaz. Zira bu çalışmada ifade edilmeye çalışıldığı gibi kanunlar ve bu kanunlara üstün ilkeler etrafında oluşan bir hukuk düşüncesi daha eski dönemlerden beri mevcuttur. *Bonham Kararı*'nın orijinalliği Parlamento işlemlerinin denetlenmesi yetkisinin yargı organlarında görülmesinden kaynaklanır. **Coke**, anılan karar ile yargıyı, Parlamento ve Kral arasındaki muazzam iktidar çatışmasına dâhil etmiş olmaktadır.⁹⁸⁰ Nitekim Parlamento kararlarının yargı yerleri tarafından hukuka uygunluk denetimine tâbi kılınmasının Kral'ın kararlarının da benzer bir denetime tâbi kılınmasına giden yolda bir aşama olduğunu fark eden **Kral I. James, Yargıç Coke**'u önce görünürde daha yüksek bir mahkemeye (*King's Bench*) Başyargıç yapmış daha sonra da kendisine *Bonham Kararı*'nın düzeltilmesini emretmiştir. **Coke**'un bu emri reddetmesi ile de görevine son verilmiştir.⁹⁸¹

Bonham Kararı, "yargısal denetim" kavramını doğuran bir karardır. Karar ile yargıçların "tahtın altında yatan arslanlar" olmadığı ilan edilmiştir.⁹⁸² 1615 yılında **Sir Hobart, Day v. Savadge** kararında *Bonham Davası*'na atıfla, doğal hakkaniyet ilkesine aykırı kanunların geçerliliğinin bulunmadığını ifade ederek yargısal denetim

⁹⁷⁷ Smith'in aktardığına göre akıl, hukukun hayatıdır; müşterek hukuk akıldan başka bir şey değildir. Aklın burada kavramsal bir anlamı vardır; uzun süren bir çalışma ile, gözlemler ve tecrübeyle elde edilen akıl herkesin sahip olduğu doğal akıldan farklı bir şeyi ifade eder; zira *zanaatkarlık doğuştan gelmez*. **SMITH** George P. II, "Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence", Washington Law Review, Vol. 41, Issue 2, 1966, ss. 297-314, s. 300.

⁹⁷⁸ *Repugnant* kavramı ile Coke'un ne demek istediği kararda açık değildir. Edwards'ın aktardığına göre kavramı kendi içinde çelişkiler taşıyan kanun olarak ve müşterek hukuka aykırılıklar içeren kanun olarak iki bağlamda okumak mümkündür. **EDWARDS** "Bonham's...", s. 64.

⁹⁷⁹ **PLUCKNETT** F. T. Theodore, "Bonham's Case and Judicial Review", Harvard Law Review, Vol. 40, No. 1, 1926, ss. 30-70, s. 32-34; **SMITH**, "Dr. Bonham's Case...", s. 301-304.

⁹⁸⁰ XVII. yüzyılda parlamento bir yasama organı olmaktan ziyade adaletin ve hukukun kaynağı olan Kral nezdinde kurulmuş bir mahkemedir. Bu açıdan parlamentonun üstünlüğü ilkesinin aslında yasamanın üstünlüğü olmaktan ziyade bir "hukukun üstünlüğü" şeklinde okunması da mümkündür. Bu bağlamda Coke'un yargısal denetim doktrini hem bir yargı organı olarak parlamentonun hukuka uygun karar vermesi gerekliliğini işaret etmiş olması bakımından kendi içinde tutarlıdır hem de Kraliyet iktidarının üstün bir hukukla sınırlandırılması gerektiğini söylemesi bakımından hukuk devleti ve yargısal denetim yolunda atılmış önemli bir adımdır. **EDWARDS**, "Bonham's...", s. 67; **SMITH**, "Dr. Bonham's Case...", s. 298.

⁹⁸¹ <http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>, E.T. : 23.03.2010.

⁹⁸² **SMITH**, "Dr. Bonham's Case...", s. 305.

kavramını genişletmiştir. Bir başka kararında (*Sheffield v. Ratcliffe*) **Hobart**, hâkimin bu yetkisinin özgürlük düşüncesine ve hâkimin hukuku uygulamak yetkisine dayandığını ifade etmiştir. Zira hukuku uygulamak yetkisi kanunların, akla uygun biçimde ve uyuşmazlığın çözümüne en elverişli biçimde hâkim tarafından formüle edilmesi ile kullanılır.⁹⁸³

Bonham Davası'yla **Coke**'un açtığı iz İngiltere'de parlamentonun egemenliği ilkesinin güçlü etkisiyle silinecek fakat Amerikan hukukuna bir daha ortadan kaldırılamayacak biçimde yerleşecektir.⁹⁸⁴

b. Marbury Madison'a Karşı Kararı

Marbury – Madison Kararı XVIII. yüzyılın sonlarında Amerika Birleşik Devletlerinde ortaya çıkan siyasal bir çatışmanın hukuk yoluyla “barışlandırılması”dır.⁹⁸⁵ Karar ile **Başyargıç Marshall**, devlet bakanı **Madison**'un hukuka aykırı hareket ettiğini tespit ederek başvuran **Marbury**'yi; davayı reddederek de bakan **Madison**'u ve Cumhuriyetçileri tatmin etmiş; anayasaya aykırı olan kanunların mahkemeler tarafından geçersiz addolunacağını ilan ederek de yargısal denetimi geri dönülemez biçimde anayasanın üstünlüğü ile teşhis edilen hukuk devletini gerçekleştirmekte en temel güvence hâline getirmiştir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, farklı hukuk sistemlerindeki bütün farklı görünümüne karşın, Amerikan anayasacılığının bir mirası olarak kabul görmektedir.⁹⁸⁶

Başyargıç Marshall'ın *Marbury-Madison* kararında işeret ettiğine göre; bu anayasacılık düşüncesinde halk, kendi mutluluğunu sağlamak amacıyla, gelecekteki siyasi iktidarlar için birtakım ana ilkeler öngörmek konusunda geçerliliği sadece

⁹⁸³ EDWARDS, “*Bonham's...*”, s. 65; PARP WORTH Neil, *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, 2. Bası, London 2002, s. 63.

⁹⁸⁴ LOCKHART/KAMISAR, *Constitutional Rights...*, s. 46-49; PLUCKNETT, “*Bonham's Case...*”, s. 53-54; PARP WORTH, *Constitutional...*, s. 63, SMITH, “*Dr. Bonham's Case...*”, s. 312 vd.; TUNÇ, *Karşılaştırmalı...*, s. 30.

⁹⁸⁵ Uzlaşmazlığı ortaya çıkartan sebeplerin kısa bir özeti ve kararın metni için LOCKHART/KAMISAR, *Constitutional Rights...*, s. 1-8; kararı hazırlayan sebeplerin bir açıklaması ve değerlendirme için FEYZİOĞLU, *Kanunların...*, s. 163-167. Kararın çevrimiçi metnine ulaşmak için: <http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>. “Barışlandırma” kelime itibarıyla Türkçe sözlüklerde yer alan bir kavram değildir. Bununla birlikte Türk hukuk literatüründe kullanılmaktadır. Kelime burada Çağlar ve Kutlu'nun “yargı kararlarının bir toplumsal düzen kurmak için öngörülen en barışçıl yöntem olduğu” düşüncesi bağlamında ortaya koymuş oldukları görüşlerini çağrıştırmak amacıyla kullanılmıştır. ÇAĞLAR, “*Hukukla Kavranan...*”, s. 253; Kavramın bir kullanımı için KUTLU, *Kuvvetler...*, s. 160.

⁹⁸⁶ PACZOLAY Péter, “*The Jurisdiction of the Hungarian Constitutional Court*”, [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU\(2008\)040-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU(2008)040-e.asp), E. T.: 24.03.2010.

kendisinden kaynaklanan bir hakka sahiptir. Bu hakka dayanan ve daimi surette geçerli olacağı varsayılan ana ilkelerden kaynaklanan yetkiler de üstün yetkililerdir. Halkın bu asli ve üstün iradesi devleti biçimlendirir; onu özgül yetkilerle donattığı bölümlere ayırır ve her bir bölüm için tecavüz edilemeyecek sınırlar belirler. Bu doğrultuda yasama organının yetkileri de tanımlanmış ve sınırlanmıştır. Bu sınırların yanlış anlaşılması ve unutulmaması için de yazılı bir anayasa yapılmıştır. Kendilerine sınır konulanlar eğer bu sınırları herhangi bir şekilde aşabileceklerse ne bu sınırların konulmasının ne de yazıya dökülmesinin bir anlamı vardır. Bu sınırlar, konuldukları kişiler üzerinde herhangi bir etki yaratmayacaklar ise artık sınırlı ve sınırsız hükümetler arasında da bir fark yok demektir.⁹⁸⁷

Karşı çıkılmayacak kadar açık bir iddia şudur ki: anayasa ya kendisine aykırılık teşkil eden her türlü yasama işlemini denetleyebilir; ya da yasama organı anayasayı alelade bir kanunla değiştirebilir. Bunların dışında bir üçüncü seçenek mevcut değildir. Anayasa ya üstün bir hukuku ifade eder ve alelade kanunlarla değiştirilemez ya da diğer alelade kanunlar gibi bir kanundur ki yasama tarafından istendiği zaman değiştirilebilir. Eğer birinci ihtimal doğruysa anayasaya aykırı bir kanunun hukuki geçerliliği de yok demektir. Eğer ikinci ihtimal doğruysa yazılı anayasalar doğası gereği sınırlandırılmaz olan bir gücü sınırlamaya yönelik halkın giriştiği saçma bir teşebbüsten ibarettir. Yazılı anayasaları şekillendirenlerin niyeti bunları ulusun ana ve üstün hukuku hâline getirmektir ve bunun sonucu olarak da artık anayasaya aykırılık teşkil eden kanunların geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Bu şekilde geçersizliği ortaya konmuş bir normun, bir hukuk normu olarak bağlayıcılığından da bahsedilemez. Bir başka ifadeyle mahkemeler anayasaya aykırı olduğuna hükmettikleri kanunları da uygulamak zorunda değildirler; çünkü hukukun ne olduğunu söylemek, kesin bir biçimde yargı organlarının yetkisi ve görevidir. Hukuk kuralını olaya uygulayacak olan yargı yerleri, zorunlu olarak bu kuralı yorumlayacaktır da. Eğer iki hukuk kuralı birbiri ile çatışırsa hâkim bir tercih yapmak zorunda da kalacaktır.⁹⁸⁸

Böylece anayasaya aykırılık teşkil eden bir kanun ile karşılaştığında mahkeme bir karar verecek buna göre de ya kanunu uygulayarak anayasayı ihmal edecek ya da anayasayı uygulayarak kanunu ihmal edecektir. İşte yargısal faaliyetin

⁹⁸⁷ 1803 t. Marbury-Madison, 5 U.S. 176.

⁹⁸⁸ 1803 t. Marbury-Madison, 5 U. S. 177.

özü budur. O hâlde eğer anayasanın üstünlüğünden bahsedilecekse yargı yerlerinin, bir çatışma hâlinde, uygulayacakları norm anayasa olmalıdır.⁹⁸⁹

Karardan, *Lipson*'un ifadesiyle “*aynı ana-babanın çocukları arasındaki bağa benzer*” bir bağla karara bağlı olan ve son tahlilde hukukun üstünlüğü şeklinde formüle edilebilecek olan bir dizi sonuç çıkartılabilir⁹⁹⁰; buna göre: Sınırlı iktidar düşüncesi yazılı ve katı bir anayasayı gerektirir. Yazılı ve katı bir anayasanın varlığı ise hukuk kuralları arasında bir kademelenmeyi zorunlu kılar. Yazılı anayasa-katı anayasa ve normlar hiyerarşisi ilkeleri ancak bir anayasaya uygunluk denetimi ile anlam ve değer kazanabilir. Bu denetim, yasama organı tarafından yapılabileceği gibi bizzat halk tarafından da gerçekleştirilebilir. Eğer bu denetim yasama organına verilirse yasama aynı konuda hem hakem hem de taraf olacak ayrıca sınırlı iktidar ilkesinin hiçbir anlamı kalmayacaktır. Eğer halka zalim bir iktidarın anayasaya aykırı kanunlarına karşı başkaldırma hakkı verilirse artık bir devletten bahsetmek mümkün olmayacaktır.⁹⁹¹ Bu nedendir ki bir hukuk normunun geçerliliğine karar vermek yetkisi bağımsız, tarafsız ve hukuku bilen; görevi ve yetkisi hukuku tespit etmek olan yargı organlarına ait olmalıdır. Böylece kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi aracılığıyla hukukun (anayasanın) üstünlüğü sağlanmış ve siyasal iktidar sınırlandırılmış olacaktır.

Feyzioğlu, Marshall'ın kararında yargısal denetimin erkler ayrılığı ile kurulan bağlantısını da tespit etmektedir. Yazara göre erklerin karşılıklı olarak birbirlerini sınırlandırması ile teşhis edilen bir erkler ayrılığı teorik olarak yasama ya da yargı arasında hiyerarşik bir üstünlüğü değil anayasanın yasama ve yargı karşısındaki üstünlüğünü ifade eder. Zira yasama ve yargı anayasa tarafından yaratılan erklerdir. Buna karşılık pratikte kimi zaman yasamanın kimi zaman da yargının diğeri karşısında ön plana çıkması mümkündür.⁹⁹² Kararda özellikle yargı ve yasama arasındaki ilişkilere değinilmiş olmasının daha doğru bir ifadeyle yürütme organına değinilmemiş olmasının bir anlamı vardır. Bunu *Lipson* şöyle

⁹⁸⁹ 1803 t. Marbury-Madison, 5 U. S. 178.

⁹⁹⁰ LIPSON, Politika Biliminin..., s. 297.

⁹⁹¹ Bu ihtimale dikkatimizi Feyzioğlu çekmektedir. Yazar, Amerika'da o dönemde anayasaya aykırı kanunlar karşısında halkın “isyan” hakkını kullanmasının rastlanılan bir durum olduğunu ifade etmekte ve Yargıç Marshall'ın kanunların mahkemeler tarafından anayasaya aykırı kanunları denetlemek işini halk adına üstlenmesinin tehlikeli ayrılık hareketleri karşısında etkili bir çare olarak düşünüldüğünü ifade etmektedir. FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 170, dn. 27, 174.

⁹⁹² FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 172-173.

açıklamaktadır: “Anayasa, personelleri birbirinde ayrı olan, üç organ kurmayı tamamen başarmıştır. Kanun koyucunun (yasamanın) aynı anda yürütme ya da yargı görevlerini (yetkilerini) elinde tutmasını da Anayasa açıkça önlemiştir. Yöneticilikle yargıçlık gibi görevlerin bir arada görülmelerini ise, Anayasa açıkça yasaklamamıştır. Anayasa metni bu konuda hiçbir şey söylememiş, susmuştur. Çünkü İngiltere’de 1700’de sağlanan, yargının yürütme karşısındaki bağımsızlığı, Amerikan geleneğine çoktan girmiş ve artık bunun bir tartışma konusu yapılmasına ve yazılı biçimde belirtilmesine ihtiyaç kalmamıştır.”⁹⁹³

Madison Kararı’na ilişkin bir tartışma, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi mekanizmasının anayasada düzenlenmemiş olmasına rağmen bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bu konuda **Thomas Jefferson** anayasanın amacının üç devlet işlevinin birbirinden bağımsız fakat birbirleriyle uyumlu biçimde işletilmesi olduğunu savunarak devletin her üç işlevinin de kanunların geçerliliği konusunda karar vermek konusunda yetkili olduğunu ifade etmiştir. **Abraham Lincoln** ise siyasi hayatın yargıçların ellerine bırakılması hâlinde her bir kanunun partilerarası çekişmeler sebebiyle dava konusu edileceğini ve halkın kendi kendisini yönetmesi ilkesinin de bir anlamı kalmayacağını ifade etmektedir. Aynı yönde **Yargıç Holmes**, yargı yerlerinin yasama organının işlemlerinin geçerliliği konusunda söz söylemek yetkilerini kaybetmesinin Birleşik Devletler’in sonu demek olmadığını ifade etmiştir.⁹⁹⁴

Başyargıç Marshall’ın yargısal denetim hakkındaki görüşlerine aynı dönemde yapılmış en ayrıntılı itirazın **Eakin v. Raub** kararına karşı oy yazısı yazan Pennsylvania Yüksek Mahkemesi hâkimi **John Gibson** tarafından ileri sürüldüğü ifade edilmektedir. Karar tarihi 1825 olmakla birlikte, “keşfedilmek” için yaklaşık yetmiş sene geçmesi gerekmiştir.⁹⁹⁵

⁹⁹³ LIPSON, Politika Biliminin..., s. 344.

⁹⁹⁴ Aktaran: SAYE Albert B., Constitutional Law: Cases and Comments, Callaghan, Mundelein 1965, s. 24-25. Karar hakkında yürütülen tartışmalar için LOCKHART/KAMISAR, Constitutional Rights..., s. 8 vd.

⁹⁹⁵ CLINTON Robert, “Eakin v. Raub: Refutation or Justification of Marbury v. Madison?”, Constitutional Commentary, Vol. 4, 1987, ss. 81-92, s. 81.

Yargıç Gibson'un daha sonra görüşlerini değiştirerek, mesleki tecrübesinin bir gereklilik olduğunu ortaya koyduğu⁹⁹⁶ kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi karşısında ileri sürmüş olduğu tezler şu şekilde özetlenebilir⁹⁹⁷:

Anayasa en iyi, yargıçlar tarafından değil fakat yurttaşlar tarafından korunur. Zira anayasa, egemenliği elinde bulunduran halka dayanır ve halkın her zaman temsilcilerine anayasaya aykırı bir kanunu iptal etmek talimatı vermesi mümkündür.

Gibson'a göre, anayasa tarafından açıkça tevdi edilmeyen bütün yetkiler halka aittir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisini mahkemelere vermek bilgece bir davranış olsa bile halk bunu yapmadığı sürece mahkemeler kendilerini bu konuda yetkilendiremezler.

Anayasaya aykırı kanunların yargı yerleri tarafından geçersizliğinin kabulü yargıyı yasamanın üzerine taşır. Hâlbuki bir konu üzerinde mahkemenin görüşlerinin daha doğru olduğunu kabul etmenin haklı bir gerekçesi yoktur. *Gibson*'a göre yargısal denetimin önşartı yasamanın bu konudaki haklarından yargı lehine feragat etmesidir.

Marshall'ın “anayasaya aykırı kanunların mahkemeler tarafından uygulanması anayasaya aykırıdır” anlamındaki önermesi de mahkemelerin anayasaya aykırılığı takdir etmek yetkisi tanınmadığı sürece geçerli bir önerme değildir.

Nihayet; *Gibson*'a göre anayasa yargıçlara bir yargısal denetim görevi vermiş ise de bu kavramı tanımlamamıştır. Bu nedenle yargısal denetimin bir anayasaya aykırılık tespitini ifade ettiğini söylemek kolay değildir. Yargının görevi ve yetkisi kanunları yorumlamaktır; kanun koyucunun otoritesini sorgulamak değil.

Gibson ve *Marshall* arasındaki tezat, bugün de demokrasi-hukuk devleti ikilemi bağlamında devam etmektedir. Bununla birlikte her iki içtihat arasında bir ortak nokta da bulunmaktadır: halkın iradesinin üstünlüğü.

Rotunda, Anayasada yargıyı düzenleyen hükümlerin, diğer organlara nazaran daha “az” olduğunu ifade etmekte ve yargısal denetim konusunda herhangi bir düzenlemenin ise hiç yer olmadığını bir kez daha vurgulamaktadır.⁹⁹⁸

⁹⁹⁶ THAYER James Bradley, “*The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*”, Harvard Law Review, Vol. 7, No. 3, 1893, ss. 129-156, s. 130, dn. 1.

⁹⁹⁷ <http://law.jrank.org/pages/25193/Eakin-v-Raub-Marshall-v-Gibson-Head-Head.html>, E. T.: 25.03.2010.

⁹⁹⁸ ROTUNDA Ronald, Constitutional Law: Principles and Cases, West Publishing, St. Paul, 1987, s. 8-10.

Buna karşılık, daha önce *Dr. Bonham Davası*'nda müşterek hukuka aykırılığın bir hukuk normu için geçersizlik sebebi teşkil edileceğine işaret edilmiştir. Ayrıca Amerika tarihinde İngiliz Devlet Konsey'inin (*Privy Counsel*) Amerikan kolonilerinin kanunlarının İngiliz hukukuna uygunluğunun denetlenmesi işlemini gerçekleştirdiği bir dönem de mevcuttur.⁹⁹⁹ Bu doğrultuda olmak üzere bazı Amerikan Mahkemelerinde de koloni kanunlarının İngiliz hukukuna uygunluğunun denetimi münferit olarak gerçekleştirilmiştir. Amerikan yargı yerlerinin bu davranışı, devletin kanunlarının bir başka devlet tarafından incelenmesine yönelik anlaşılır bir tepkinin sonucu olarak görülebilir. *Thayer*, bu kolonyal sınırlandırmanın sadece olağan bir “gücün kullanımı”ndan ibaret olduğunu fakat asla bir gerekliliği ifade etmediğini belirtmektedir.¹⁰⁰⁰

Ayrıca anayasanın yorumlanmasında temel metinlerden biri olan Federalist yazılarında da *Hamilton*, mahkemelerin bağımsızlığının sınırlı devlet ilkesinin bir gereği olduğunu, sınırlı devlet ilkesinin sınırlı yasama yetkisi ile tanımlandığını ifade etmiştir. Bu açıdan öngörülen sınırlamaların korunmasının, görevi anayasaya aykırılık teşkil eden kanunların geçersizliğini ilan etmek olan mahkemeler tarafından gerçekleştirilmesinden başka bir yöntem mevcut değildir. Bu güvence sağlanmadan haklar ve ayrıcalıklar ancak bir hiçtir.¹⁰⁰¹

Saye, *Marbury-Madison* içtihadına dayanarak, hâkimlerin kanunların anayasaya uygunluk denetimi yaparken hangi kriterleri kullanacaklarını da tespit etmiştir. Buna göre ilk ölçüt kanunda ya da anayasada geçen kelimelerin anlamlarıdır; buna Türkçe'de lafzi yorum adı verilmektedir. Burada norm kelimenin sözlük anlamından, metnin içindeki bağlamından noktalama işaretlerinin kullanılışından hareketle anlamlandırılmaya çalışılır. Lafzi yorum metodu, metnin kanun koyucunun iradesini tam olarak yansıttığı varsayımına dayanır ve zaten bu açıdan da eleştirilir. İkinci ölçüt anayasa koyucunun niyetinin araştırılmasıdır ki bu kriter de tarihî yorum metoduna karşılık gelir. Tarihî yorum metoduna göre kanun koyucunun kanunu koyarken izlediği amaç araştırılır. Burada esas alınan, kanunun hazırlık çalışmaları, kanunun gerekçesi ve ilgili materyallerdir. Tarihî yorum metodunda kanun koyucunun kanunu koyduğu zamandaki subjektif iradesi araştırılır.

⁹⁹⁹ LIPSON, *Politika Biliminin...*, s. 296, dn. 13.

¹⁰⁰⁰ THAYER, “*The Origin...*”, s. 131.

¹⁰⁰¹ HAMILTON, “*The Federalist No. 78...*”, <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>.

Üçüncüsü emsal kararlara bağlılıktır (*stare decisis*). Hukuk güvenliğinin bir gereği olarak hukukta istikrar ihtiyacı sonucunda yargı yerleri bir konuda daha önceden verilmiş bir kararın benzer bir davadaki büyük etkisini ifade etmek için kullanılan bu kavramın Türk anayasa yargısında bağlayıcı bir yeri bulunmamaktadır. Tarih, anayasal denetimde kullanılan dördüncü kriterdir. **Yüksel**'in aktardığına göre geniş anlamıyla tarihî yorum olarak da değerlendirilebilecek olan ve kavramcı yorum metoduna benzerlik gösteren bu ölçüt kurumların kökenleri ve gelişim süreci ışığında yapılan bir değerlendirmeyi ifade eder. Bu bağlamda da genellikle *common law*'a atıf yapılmaktadır. Kararın sonuçları ya da menfaatlerin dengelenmesi de yargısal denetimde kullanılan bir kriterdir. Alman hukukunda menfaatler içtihadı olarak anılan bu yorum tekniği sebebiyle anayasa yargısının “politik bir yargı” olduğu yüksek sesle dile getirilmektedir. Nihayet mukayeseli hukuka başvurmak da yargısal denetimde gözetilen bir kriter olarak ifade edilmiştir. Ne var ki anayasa hukukunda karşılaştırma, özel hukuktakinin aksine, anayasayı ve yargısal içtihadı ortaya çıkartan sosyal, siyasal ve kültürel arka planın özgünlüğüne bağlı olarak tartışmalı bir yöntemdir.¹⁰⁰²

c. Türkiye’de Anayasa Yargısı Yolunda İlk Adımlar

Yargıç Coke ve **Marshall**'ın açtığı yoldan Amerikan yargıçlarının kararlı biçimde yürümesi için bir asırdan fazla bir sürenin geçmesi gerekmiştir.¹⁰⁰³ Kıta Avrupası'nda ise **Kelsen**'in teorisi, 1920 Avusturya Anayasa Mahkemesi ile ilk örneğini vermiş olmakla birlikte Avrupa'da anayasa yargısının yaygınlaştığını söyleyebilmek için XX. yüzyılın ikinci yarısını beklemek, totaliter rejimleri ve II. Dünya Savaşını tecrübe etmek gerekmiştir.¹⁰⁰⁴

Anayasa yargısı, mutlak monarşilerin otoriterizmine karşı parlamentolar aracılığıyla girişilen bir “özgürlükler” mücadelesinin (yani anayasacılığın);

¹⁰⁰² **ARSEL**, Amerikan Anayasası..., s. 64-73; **BAŞLAR** Kemal, “Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı Sonrası”, www.anayasa.gen.tr/367karari.doc, E. T. 25.03.2010; **FENDOĞLU** Hasan Tahsin, Hukuka Giriş, Mimoza, Konya 1995, s. 47-49; **GÖZLER**, Hukukun..., s. 166-172; **KIRATLI**, “Anayasa...”, s. 125 vd.; **METİN Yüksel**, Anayasanın Yorumlanması, Asil, Ankara 2008, s. 45-66; **SAYE**, Constitutional Law..., s. 28-29.

¹⁰⁰³ 1803-1903 tarihleri arasında Yüksek Mahkemenin verdiği aykırılık kararlarının sayısı sadece 27'dir. 1905'ten sonra Mahkeme yargısal denetim konusunda daha rahat davranmış; 1965'e kadar olan altmış yıllık dönemde 61 adet aykırılık kararı vermiştir. **SAYE**, Constitutional Law..., s. 25-27.

¹⁰⁰⁴ **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”, AYD, C. 24, 2007, ss. 525-568, s. 527.

parlamento çoğunluklarının despotizmine karşı sürdürülen versiyonunun (yani hukuk devletinin) bir aracıdır. Bu açıdan anayasa yargısı, sınırlı iktidar karşısında güvencelenmiş bir temel haklar ve özgürlükler düzeni, demokrasi, bireycilik, anayasanın/hukukun üstünlüğü gibi kavramlarla bir arada düşünülmelidir.

ca. Cumhuriyetten Önce

“Anayasanın üstünlüğü” ve “kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi” 1876 Anayasası için büsbütün yabancı kavramlar değildir. Nitekim 23 Aralık 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 115. maddesinde anayasanın bir maddesinin bile “hiçbir sebep veya bahane ile tatil veya icradan iskat edilemez” olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bunun dışında 64. maddede de Âyan Meclisi'nin, Mebusan Meclisince teklif edilen kanun değişikliklerini “(U)murı diniyeye ve Zati Padişahinin hukuku seniyesine ve hürriyete ve Kanunu Esasi ahkâmına ve Devletin tamamıyeti mülkiyesinde ve memleketin emniyeti dahiliyesine ve vatanın eshabı müdafaa ve muhafazasına ve adabı umumiyeye” uygunluk bakımından bir denetime tâbi tutacağını düzenlemektedir. Buna göre 1876 Anayasasının anayasanın üstünlüğü ve kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetimi ilkelerini kabul ettiğini söylemek mümkündür.¹⁰⁰⁵

Buna karşılık **Okandan**, 1876 Kanun-u Esasi'sinin “anayasacılık” ilkelerine uygunluk anlamında bir ideolojisinin olmadığını ifade etmekte ve esasında son tahlilde bir anayasa olarak dahi kabul etmediği “Kanun-u Esasî denilen bu hukukî vesikanın...hiçbir siyasî veya hukukî müeyyideye bağlan(mamış)” olduğunu belirtmektedir. Yazara göre Kanun-u Esasî demokratik değildir, halkın iradesine dayanmaz; iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir, hükümdar ve parlamento arasındaki ilişkiler karşılıklı bir fren ve denge mekanizması teşkil edecek şekilde oluşturulmamıştır. Bu nedenle **Montesquieu**'nün tarif ettiği anlamıyla bir erkler ayrılığına da yer verilmemiş, yasama faaliyeti bütünüyle hükümdarın iradesine bağlanmıştır; anayasada temel hak ve özgürlükler düzenlenmiş olmakla birlikte bunların güvenceli bir statüyü ifade ettiği de söylenemez.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁵ **ÖZÇELİK**, Esas Teşkilât Hukuku..., s. 238, dn. 27; **ÖZKORKUT ÜNAL** Nevin, “1876 Anayasası'nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, C. 53, S. 1, 2004, ss. 173-184, s. 176-181.

¹⁰⁰⁶ **OKANDAN** Recai Galip, Umumî Âmm Hukukumuzun Ana Hatları, C. I, İÜHF Yay., İstanbul 1948, s. 134-174.

Tanör de Kanun-u Esasi'nin “hiçbir sebep ve bahane ile tatil veya icradan ıskat edilmez” olmasını anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin bir göstergesi saymakta ancak anayasayı yorumlama yetkisinin üyeleri Padişah tarafından belirlenen Heyet-i Âyan'a verilmiş olması, anayasayı gerçek anlamda koruyacak bir parlamentoya yer verilmemiş olması gibi sebeplerle demokratik olmayan; meşrutiyetten çok “mutlakiyetten çıkışı” ifade eden bu metnin üstünlüğü ve bağlayıcılığının da soyut olarak ele alındığında, bir anlam taşımadığını ifade etmektedir.¹⁰⁰⁷

Tunaya, ne 1876 Anayasasının hazırlanması aşamasında ne de 1909 değişiklikleri esnasında yargısal denetim düşüncesinin gündeme geldiğini ifade etmektedir. Ancak 1915 yılında Halep mebusu *Artin Efendi* tarafından, mahkemelerin önlerine gelen davalarda anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini gözetmeleri gerektiği ve bu açıdan da yöneltmiş olan bir anayasaya aykırılık iddiasının ciddi görülmesi hâlinde kanunun ihmal edilmesi gerektiği yönünde bir anayasa değişikliği teklif edilmiş ancak teklif anayasa komisyonu tarafından reddedilmiştir.¹⁰⁰⁸

Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin geçerli olduğu 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu döneminde; anayasanın yumuşak bir anayasa olması; anayasada temel hak ve özgürlüklere ve yargı organına yer verilmemesi ve dönemin şartları gereği; sadece idarenin eylem ve işlemlerine karşı bir yargısal denetim öngörülmüş buna karşılık kanunların yargısal denetimi bir yana meclisin idari nitelikteki tasarrufları dahi denetim dışında bırakılmıştır.¹⁰⁰⁹

cb. Cumhuriyet Döneminde Kanunların Anayasa Uygunluğunun Yargısal Denetimi Yolunda Adli Yargıda Atılan Adımlar

Katı bir anayasa olan 1924 Anayasası döneminde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte anayasanın hiçbir maddesinin hiçbir sebeple savsaklanamayacağı ve işlerlikten alıkonulamayacağına ilişkin 103. maddesinden yorum yoluyla yargısal denetim sonucuna ulaşmak mümkündür. Buna örnek olarak da ABD, Norveç, Danimarka ve İsrail gösterilerek; anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin kabul edildiği bir

¹⁰⁰⁷ TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, 19. Bası, İstanbul 2010, s. 148-149.

¹⁰⁰⁸ TUNAYA, Siyasal Kurumlar..., s. 144.

¹⁰⁰⁹ ERGÜL, Yeni..., s. 175; FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 253; ONAR, Kanunların..., s. 164.

sistem içinde artık anayasada açık bir düzenleme olmasa bile mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapabilmesinin mümkün olduğunu ifade edilmektedir. Buna karşılık konu Türk doktrin ve uygulamasında sürekli bir tartışmanın zemini olmuş nihayet 1961 Anayasası tarafından düzenlenene kadar ülkemizde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi mekanizması işletilememiştir.¹⁰¹⁰

Fezvioğlu, kanunların yargısal denetimine ilişkin ilk örneğin 15.01.1927 tarihli ve 16 sayılı İstanbul 4. Asliye Hukuk Mahkemesi kararı olduğunu belirtmektedir. Kararı ortaya çıkartan olay, *Dr. Bonham Kararı*'nı doğuran olay ile benzer niteliktedir. Uyuşmazlığı doğuran olay, kanun tarafından yetkilendirilmiş olan İspirto ve Meşrûbatı Kûulliyeye Şirketi'nin bir otele ait içkilerin kaçak olduğundan bahisle vermiş olduğu müsadere ve para cezası kararından doğmuştur. Otel sahibinin itirazı üzerine yerel mahkeme Şirket tarafından müsadere edilen malların iadesine ve para cezası yoluyla gerçekleştirilen müdahalenin de men'ine karar vermiştir. Karar Yargıtay tarafından eksik inceleme sebebiyle bozulunca yerel mahkeme, Şirket'in kullandığı yetkilerin yargısal nitelikte olduğunu; işlemlerinin dayanağı olan İspirto ve Meşrûbatı Kûulliyeye İnhisarı Kanunu'nun, yargı hakkını bağımsız mahkemelere veren anayasaya aykırılık teşkil ettiğini; anayasaya aykırı bir kanunun mahkemeler tarafından uygulanamayacağını belirterek direnme kararı vermiştir. YHGK, 20.04.1927 t. E. 50 ve K. 59 sayılı kararı ile ilgili kanunun anayasaya aykırı olmadığını tespit etmekle birlikte anayasaya aykırı kanunların mahkemeler tarafından ihmal edilmesi gerektiği yolundaki yerel mahkeme hükmüne değinmemiştir. *Fezvioğlu*, Yargıtay'ın kanunun anayasaya aykırı olmadığını tespit kararının yargısal denetimi esas itibariyle kabul ettiği şeklinde yorumlanabileceğini ifade etmektedir.¹⁰¹¹ Hâlbuki söz konusu kararda Yargıtay direnme kararını bozmakta gerekçe olarak somut olayda herhangi bir anayasaya aykırılık bulunmadığını tespitle yetinmiş, mahkemelerin yapacağı anayasaya uygunluk değerlendirmesine ilişkin herhangi bir tartışmaya girmemiştir. Bu sessizlik, Yargıtay'ın sonraki içtihatları da

¹⁰¹⁰ ARMAĞAN Servet, Türk Esas Teşkilat Hukuku, İÜHF Yay., İstanbul 1979, s. 263; BALKAR Kemal Galip, "Teşkilâtı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu", AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, ss. 212-226, s. 212; ONAR, Kanunların..., s. 107-119, 166; ÖDEN Merih, "Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2673.pdf>, E.T. 28.03.2010, s. 25-27; ÖZÇELİK, Esas Teşkilât Hukuku..., s. 238-246, dn. 27.

¹⁰¹¹ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 255-256.

göz önünde bulundurulduğunda bir dolaylı kabul şeklinde değil bir zımni red olarak yorumlanmaya daha uygundur.

Nitekim YHGK 4 Şubat 1931 t. E. 1-109, K. 16 sayılı kararında bir hâkimin yargı yetkisini kullanırken herhangi bir kanunu, o kanunun anayasaya aykırılığından söz ederek uygulamaktan kaçınamayacağını hükme bağlamaktadır.¹⁰¹²

cc. Yerel Mahkeme Yüksek Mahkemeye Karşı

Mahkemelerin önlerine gelen davalarda, kanunların anayasaya uygunluğunu sorgulayamayacaklarına ilişkin Yargıtay içtihadının bir örneğini de YHGK'nın 3.12.1952 tarihli kararında görmek mümkündür.¹⁰¹³

Bu karara ilişkin uyuşmazlık, Akşehir'de bir köy çocuğu olan A.O.K'nın, 19.07.1943 tarih ve 4486 sayılı Teknik Ziraat ve Teknik Bahçivanlık Okulları Kanunu'na dayanarak, Teknik Ziraat ve Teknik Bahçivanlık Okuluna alınmasından sonra disiplinsiz tutumu üzerine okuldan uzaklaştırılması sebebiyle okulda kendisi adına yapılan masrafların velisi Z. K.'dan tahsil edilememesi üzerine çıkmıştır.

Kanun hükümleri bakanlığa, şartları uygun köylü çiftçi çocuklarını seçerek eğitim altına almak yetkisi vermekte; velilere de seçilen çocukların okula kaydının yaptırılması ve devamlarının sağlanması konusunda bir yükümlülük yüklemektedir. Ayrıca kanun, 7. maddesinde sağlık sebebi dışında okuldan ayrılanlar için yapılan masrafların veli ya da vasiden tahsil edileceğini düzenlemektedir. Nihayet kanuna göre bu okullardan mezun olanların yirmi yıl süreyle kamu ya da özel sektörde çalışmaları hâlinde tecil olunamayacak para cezaları öngörülmüş, ancak sanatları ile ilgili olmak üzere kamu sektöründe çalışmak Ziraat Bakanlığı'nın iznine bağlanmıştır.

Akşehir Hâkimi **Refik Gür**, Akşehir Mal Müdürlüğü tarafından A.O.K'nın velisi Z. K aleyhine açılan alacak davasını, 4486 S. K.'nın kişilerin rızasına bakılmadan zorla bu okullara alınmalarına ve öğrenimlerini tamamlamadan her ne suretle olursa olsun okuldan ayrılanlara yapılan masrafın yine kişilerin kendilerinden ya da veli ya da vasilerinden alınmasına ilişkin hükümlerinin Anayasa'ya aykırı

¹⁰¹² ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, Akgün Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1960, s. 266.

¹⁰¹³ BALKAR, "Teşkilâtı Esasiye...", s. 214-216. Kararın yerel mahkeme kararı ile birlikte geniş bir özeti ve değerlendirmeler için ONAR, Kanunların..., s. 168-177. Direnme hükmünün ve YHGK Kararının metni için: GÜR, Hukuk Devleti..., s. 27-33.

olduğu ve 1924 Anayasası'nın 103. maddesi uyarınca¹⁰¹⁴ anayasaya aykırılık teşkil eden bir kanunun uygulanamayacağı gerekçesiyle açılan davayı reddetmiştir. Karar Yargıtay 4. HD tarafından 18.10.1949 tarihinde bozulmuştur.

Bunun üzerine yerel mahkeme yeniden ele aldığı davada yargı kararlarının kanuna uygun olması gerektiğini fakat kanunların da, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi gereğince anayasaya uygun olması gerektiğini vurgulayarak sorunun kanunların anayasaya uygunluk denetiminin hangi organ tarafından gerçekleştirileceğine ilişkin olduğunu ifade etmiştir. **Yargıç Gür**'e göre "*hâkim, hüküm tesisinde esas tutulan mesele dolayısıyla inceliyeceği ve tatbik edeceği kanun hükmüne körü körüne, otomatik ve mutlak bir itaat ve inkiyat haliyle uyacak değildir. Çünkü, kaza müesseselerinin esasını teşkil eyleyen muhakeme ve tahlil esasları böyle pasif bir duruma düşülmesini önleyici ve hâkimden böyle şüursuz bir inkiyat beklenmesini filhal abes kıldığı kadar, kanunu da anayasa kayıt altına almış ve kendisine muhalif kanun mevcudiyetini...nefyetmiştir.*" Buna göre hâkimin kanuna bağlı olması demek aynı zamanda kanunun da aykırı olmayacağı anayasa ile de bağlı olması demektir. Dolayısıyla yargının kanun ile bağlılığı ilkesinin önşartı kanunun anayasaya uygun olmasıdır. Zira mahkeme kararlarının anayasaya aykırılığı, somut bir olaya ilişkin olması bakımından genel ve soyut kanunların anayasaya aykırılığından daha tehlikeli ve daha ağır sonuçlar doğurur. Kararda **Yargıç Gür**, mahkemelerin sadece incelemekte oldukları hukuki meselelerle sınırlı olarak ve sadece somut olay üzerinde etki ve sonuç doğurmak şartıyla bir anayasaya uygunluk denetimi yapmalarının ve anayasaya aykırı kanunları uygulamaktan çekinmelerinin anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını düzenleyen (m. 103) hükmünün bir gereği olduğunu tespit ve ifade etmiştir.

Bu ilkeler ışığında somut olayda yerel mahkeme, kanunun temel hak ve özgürlüklere aykırı düzenlemeleri sebebiyle anayasaya da aykırılık teşkil ettiğini; davanın anayasaya aykırılık sebebiyle reddi gerektiği konusunda direnme kararı vermiştir.

¹⁰¹⁴ Düzenleme 1924 Anayasasınının 491 S. K. ile kabul edilen ilk metninde "*Teşkilâtı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz.*" şeklinde yer almaktaydı. Metin 10.1.1945 tarih ve 4695 S. K. ile Türkçeleştirilmiştir. Bu hâliyle 103. madde "*Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir.

YHGK 3.12.1952 tarihli kararında kanunların anayasaya aykırılığının denetlenmesinde mahkemelerin yetkili olduğuna dair bir hukuk kuralının bulunmadığını, bu nedenle de kayıtsız ve şartsız egemenlik hakkını kullanmakta ve Türk milletini temsil etmekte olan Millet Meclisi'nin çıkardığı kanunların anayasaya uygunluğunu incelemek hakkının mahkemelere ait olduğu görüşünü kabule şayan görmemiştir.

Erdal Onar, Yargıtay'ın yargısal denetim yetkisinin kullanılabilmesini açık bir hukuki düzenlemeye bağlı saymasını eleştirerek anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini düzenleyen (1924 AY. m. 103) hükmün mahkemeler için de bağlayıcı olduğunu ifade etmektedir. Anayasa da bir kanun olduğuna göre *lex superior derogat legi inferiori* ilkesi gereğince mahkemelerin anayasaya aykırı kanunu ihmal etmesi gereklidir.¹⁰¹⁵

Bu karara yöneltilen bir başka eleştiri de Yargıtay'ın egemenlik yetkilerini kayıtsız ve şartsız Meclis'in kullandığı yönündeki görüşlerine ilişkindir. **Balkar**, Teşkilâtı Esasiye Kanunu ile egemenlik yetkilerinin kayıtsız şartsız Büyük Millet Meclisine değil millete ait olduğunu mutlak monarşiler karşısında özgürlüklerin korunması için öngörülen millî egemenlik ilkesinin teorik bir ilke olarak kalmasını önlemek için de anayasaların yapıldığını ifade etmektedir. Bu açıdan Teşkilâtı Esasiye Kanunu da “*Devleti teşkilatlandırmak üzere muhtelif salâhiyetlerin nasıl ve hangi uzuvlar tarafından kullanılacağını tanzim ve tespit eylemiş(tir).*” Buna göre yasama yetkisi de tıpkı icra yetkisi yahut yargılama hakkı gibi, mutlak ve sınırsız bir yetki değil ancak anayasa ile çerçevesi çizilen bir yetkidir.¹⁰¹⁶ Bundan başka kuvvetler birliği ilkesinin esas alınmasına rağmen 1924 Anayasasına göre yargı da en az TBMM kadar egemenlikten kaynaklanan bir “hak”kı kullanmaktadır. Nitekim anayasa yargı hakkının millet adına bağımsız mahkemeler eliyle kullanılacağını ifade ederken bu noktaya vurgu yapmaktadır. **Gür**, Anayasada yasama ve yürütme fonksiyonlarının görev kavramı ile ifade edildiğine dikkat çekerek, bu durumun Meclis'in temsil yoluyla millettten aldığı yetkinin kullanılması sebebiyle olduğunu ifade etmektedir. Buna karşılık yargı, doğrudan doğruya milletin elinde tuttuğu ve Meclis'e temsil yolu ile verilen yetkinin dışında kalan bir iktidar; millete ait ve onun yedinde mahfuz bir haktır. Bağımsız ve tarafsız mahkemeler bu hakkı doğrudan

¹⁰¹⁵ ONAR, Kanunların..., s. 174.

¹⁰¹⁶ BALKAR, “Teşkilâtı Esasiye...”, s. 217-218.

millet adına kullanmakta; yargı temsil yetkisinden değil fakat aksine doğrudan egemenlikten kaynaklanan bir “hak” olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰¹⁷ 1924 Anayasasının yargı fonksiyonuna ilişkin bu mantığı az-çok farkla millî egemenlik ilkesinin kabul edildiği bütün anayasalarda benzer niteliktedir.

Yargıtay’ın bu bozma kararı ülkemizde hukuk devletinin gerçekleşmesini geciktiren uygulama örnekleri olarak nitelendirilmiş ve durum “kaçırılan bir fırsat” olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşünü aktardığı yazısında *Necip Bilge*, Yargıtay’ın anayasaya uygunluk denetimini kabul etmiş olması hâlinde “27 Mayıs 1969 Devrimini hazırlayan koşulların” doğmayacağını ifade etmiştir.¹⁰¹⁸ *Ergül* dönemin kendi özgün koşulları içinde bir değerlendirme yapıldığında *Bilge*’nin bu iddiasının aksini savunmanın da mümkün olduğunu ifade etmektedir.¹⁰¹⁹

cd. Danıştay’ın Değerlendirmesi

Kanunların anayasaya aykırılığının yargı yerleri tarafından incelenmesi konusunda Danıştay’a yöneltilen ilk talep de bir kanun hükmünün anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürüleceği merciin Danıştay olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁰²⁰ Bu yönde Danıştay’a yöneltilen ve ilki ile aynı kanunun uygulamasına yönelik olan ikinci talep ise kabul görmüştür. Uyuşmazlık, Dışişleri Bakanlığı mensuplarından *Conker*’in görevine 8.07.1948 t. ve 5250 S. Dışişleri Bakanlığının Kuruluşu Hakkındaki 3312 Sayılı Kanuna Ek Kanununun Geçici maddesi uyarınca oluşturulan komisyon kararına dayanılarak Dışişleri Bakanı tarafından son verilmesi üzerine ortaya çıkmıştır.¹⁰²¹

Bu işleme karşı Danıştay’da iptal davası açan *Conker*, başvurusunda memuriyet görevinde yetersiz bir kimse olmadığını; görevine son verilmesine ilişkin olarak hakkında açılmış herhangi bir disiplin soruşturması bulunmadığını ve bu karardan önce herhangi bir şekilde kendisini savunmak imkânı bulamadığını; kanunun, bu türden bir idari işleme karşı yargı yolunu kapatmasının hak arama özgürlüğüne aykırı olduğunu; kendi hakkında karar veren Dışişleri Tasfiye

¹⁰¹⁷ **GÜR**, Hukuk Devleti..., s. 17-18. 1924 AY. m. 8: Yargı hakkı, millet adına usul ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır.

¹⁰¹⁸ **BİLGE** Necip, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Kaçırılan Fırsatlar”, Cumhuriyet, 3.09.1987, aktaran: **ONAR**, Kanunların..., s. 177.

¹⁰¹⁹ **ERGÜL**, Yeni..., s. 158.

¹⁰²⁰ DDDGK, 28.01.1950 t., E. 49/368, K. 50/22.

¹⁰²¹ Karar hk. gbi. **ONAR**, Kanunların..., s. 181-187 ve **ONAR** S. S., İdare Hukukunun..., 1960, s. 265.

Komisyonu'nda görevli N. V. ile arasında daha önceden husumet bulunduğunu bu nedenle üyenin ve kurulun tarafsız davranamayacağını ileri sürmüştür.

Davalı idare savunmasında 5250 S. K.'nın geçici maddesi uyarınca verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağını; ayrıca Danıştay'ın görevinin kanunların anayasaya aykırılığının incelenmesini içermediğini ifade ederek davanın reddini talep etmiştir.

Danıştay Başkanun Sözcüsü davaya ilişkin görüşlerinde bu uyuşmazlıkta iki noktanın çözüme kavuşturulması gerektiğini ifade etmektedir: a. Kanunların anayasaya aykırılık sorunu, b. Yargı yerlerine başvuru hakkını ortadan kaldıran kanun hükümlerinin anlamının tespiti.

Başkanun Sözcüsüne göre, bir kanunun anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptaline ilişkin herhangi bir yargı organına başvurulamaz; zira yasama organının işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimini yapabilecek bir mahkeme mevcut değildir.

İdari yargının yetkisi, idarenin eylem ve işlemlerinin kanunlara uygunluğunun denetlenmesinden ibarettir. Bu bağlamda anayasanın da son tahlilde bir kanun olduğunu kabul ederek, kanun kavramının geniş yorumlanması yerinde olur. Bu bakış açısına göre, bir idari karar, kanuna uygun fakat anayasaya aykırı ise ya kanun uygulanarak anayasa ihmal edilecek ya da anayasa uygulanarak ikincil nitelikteki kanun ihmal edilecektir.

Kanunlar karşısında anayasanın üstünlüğünün bizzat anayasada öngörülen bir düzenleme olması sebebiyledir ki anayasanın kanun karşısında ihmal edilmesi mümkün değildir. Böylece birinci sorun çözümlenmiş olmaktadır.

Başkanun Sözcüsü, 5250 S. K.'nın, idarenin işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan hükmünün anayasaya uygun yorumlanması gerektiğini; maddenin hiçbir şekilde yargı yerlerine başvurulamayacağı şeklinde anlaşılmasının anayasaya uygun olmadığını, kanun koyucunun ise anayasaya aykırı bir düzenleme yapmasının söz konusu olamayacağını bu nedenle maddenin gerçek anlamının araştırılması gerektiğini ifade ederek, idari kararların idarenin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilen hususları bakımından yargı yolunun kapalı olduğunu buna karşılık idari işlemin yetki ve şekil unsurları bakımından her zaman yargısal denetime tâbi olduğunu, çok yerinde olarak, ifade etmiştir.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu da Başkanun Sözcüsünün görüşüne paralel olarak idarenin takdir yetkisi dışında kalan hususların idari yargı denetimine tâbi bulunduğunu; bu doğrultuda davacı ile aralarında husumet bulunan bir kimsenin davacı aleyhine karar veren bir komisyona dâhil edilmesinin şekil ve usul açısından hukuka aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile iptal kararı vermiştir.¹⁰²² Böylece Danıştay, kanuna uygun fakat anayasaya aykırı bir kararı iptal ederek anayasaya aykırı bir kanunun ihmal edilebileceğini içtihat etmiş olmaktadır.¹⁰²³

Buna göre, 1924 Anayasası döneminde yargı kararlarının istikrarlı biçimde yargısal denetim lehinde ya da aleyhinde bir tavır sergilemediği söylenebilir. Ya da başka bir bakış açısıyla yargısal denetime Yargıtay'ın sıcak bakmadığını fakat Danıştay'ın, belki de idarenin kanunlara uygunluğunu denetleyen bir merci olması itibariyle, anayasaya uygunluk denetimine daha yatkın olduğunu söylemek mümkündür.¹⁰²⁴ Her hâlde 1924 Anayasası, yazılı ve katı bir anayasa olması itibariyle ve normlar hiyerarşisi ilkesine uygun yapısı ile anayasanın en üstün ve bağlayıcı hukuk metni olduğunu ortaya koymuştur. Bu açıdan jürisprüdansın yargısal denetim konusunda kendisini yetkili görmemesi için bir sebep de yoktur. Buna karşılık Türk yargı yerlerinin tercihi yaygın denetimden yana olmamış, *Kelsen* modeli anayasa yargısının ülkemizde uygulanabilmesi için 1961 Anayasasını beklemek gerekmiştir.

ce. Doktrindeki Tartışmalar

Ülkemizde kanunların anayasaya aykırılığının yargısal denetiminin gerekli olup olmadığı bir tartışma konusu olmuştur. Bundan başka denetimin özel bir mahkeme tarafından mı yoksa genel mahkemeler tarafından mı yapılacağı; aynı şekilde bu yönde bir denetim yetkisinin yüksek mahkemenin tekeline mi bırakılacağı tartışılmıştır. Nihayet üçüncü bir grup tartışma da 1924 Anayasasının anayasa yargısına elverişli olup olmadığı noktasından kaynaklanmıştır.

1922'de yayımlanan bir makalesinde *Ziya Gökalp*, en mukaddes kanun olarak nitelendirdiği anayasaya olan saygının bütün kanunların anayasaya “*tevafuluk etmesi*” ile ortaya çıkacağını; kanunların anayasaya aykırı olmalarına rağmen yürürlükte kalmalarının anarşi yaratacağını ifade etmektedir. *Onar*'ın aktardığına göre *Gökalp*, kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması için tüzük ve

¹⁰²² DDDGK, 30.03.1950 Tarihli E. 50/320, K. 50/128.

¹⁰²³ BALKAR, “*Teşkilâtı Esasiye...*”, s. 224.

¹⁰²⁴ BALTA, “*Türkiye'de...*”, s. 549-550.

yönetmeliklerin kanuna ve kanunların da anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili bir mahkemenin kurulması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰²⁵ Bu açıdan **Ziya Gökalp**'in hem kanunların hem de diğer idari işlemlerin yargısal denetimini bir gereklilik olarak gördüğü söylenebilir. **Gökalp**, yargısal denetimi normlar hiyerarşisi ilkesinin doğal bir sonucu olarak öngörmekte, bu açıdan hukuk devletinin iki temel ilkesine idarenin ve kanunların yargısal denetimine işaret etmektedir.

Sıddık Sami Onar 1939 yılında yayımlanan *Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazâî Murakabe* başlığını taşıyan kapsamlı çalışmasında devlet adına ortaya konulacak iradenin, ancak devletin bağlı olduğu hukuk kurallarına yöntem ve içerik açısından uygun olmakla hukuki sonuçlar doğurabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda örneğin yasama organı tarafından kanun şeklinde ortaya konulan “iradenin” de anayasaya şekil ve kapsam açısından uygun olmaması hâlinde geçerliliği sorgulanabilecektir. **S. S. Onar**'a göre, “Devletin hukukî tasarruflarının esas ve şekil bakımından doğru olup olmadığını tetkik edecek ve bu tasarruflardaki sakatlığı tespit ederek, butlan müeyyidesini tatbik eyleyecek bitaraf bir mercie ihtiyaç vardır.” **S. S. Onar**'a göre hukuk normlarının bir üst derecedeki norma uygunluğunu denetleyecek tarafsız merciler olan yargı yerlerinin denetimi olmadıkça hukuk devleti ancak teorik bir anlam ifade eder. Yazar, yargısal denetimi üç bağlamda ele almaktadır: kanunların ve diğer yasama işlemlerinin anayasaya uygunluk denetimi; idarî işlemlerin hukuka uygunluk denetimi; andlaşmaların ve diğer devletler hukuku işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi. **Sıddık Sami Onar** bu doğrultuda kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde farklı sistemlere işaret ettikten, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin devleti hukukla bağlamakta kaçınılmaz bir yöntem olduğuna değindikten sonra **Muammer Raşit Sevik**'e katılarak “hâkimin kanunların teşkilâtı Esasiyeye muğayereti iddiasını tetkik edemeyeceği” yönünde görüş açıklamaktadır. **Onar**'ı 1924 Anayasası döneminde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini reddeden görüşe sevk eden düşünceleri şu şekilde özetlemek mümkündür: Teşkilâtı Esasiye kanununun 103. maddesi kanun koyucuya direktif veren genel bir ilkenin açıklanmasından ibarettir.

¹⁰²⁵ Aktaran: **ONAR**, Kanunların..., s. 196.

Anayasanın 52. ve 53. maddeleri¹⁰²⁶ ise hâkimin bu türden bir yetkisi olmadığını açıkça göstermektedirler. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi yetkisinin yargı yerlerine verilmemesinin bir diğer gerekçesi ise erkler ayrılığı ilkesidir. Nihayet anayasa hükümleri, doğrudan doğruya olaylara uygulanacak hükümlerden çok kanun koyucuya talimat veren, yol gösteren düzenlemelere yer verirler. Bu nedenle anayasa hâkim için kanunların aykırılığının inceleneceği bir kriteri değil fakat kanunların yorumlanması için yararlanacak bir üstün ilkeyi ifade eder. Böylece **Sıddık Sami Onar**, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimin tarafsız bir merci eliyle gerçekleştirilmesi gereğinden hareketle giriştiği tahlilini “*Teşri uzvu halkın ihtiyaç ve temayüllerine, kanaatlerine uymıyacak şekillerde hareket eder, bu ihtiyaç ve temayüllerin, kanaatlerin hilâfına hareket eylerse halk da mebuslarını intihap etmemek ve kendi kanaatlerini hakikî bir surette ifade edecek kimseleri seçmek suretile buna mukabele eder.*” diyerek, son derece sınırlı ve etkisi muğlak bir siyasal denetim düşüncesi ile sonlandırmıştır.¹⁰²⁷

Feyzioğlu da konu üzerinde 1926’da **Milashı Gad Franko**’nun *Kanunların Teşkilâtı Esasiyeye Muvafakâtı* başlıklı makalesi ile başlattığı tartışmaya ayrıntısı ile yer vererek “*mahkemelerimizin kanunların Anayasaya uygunluğunu defî yolu ile inceleyemeyecekleri tezinin*” yanlışı olduğunu savunmuştur. **Feyzioğlu**’na göre anayasa ile alelade kanun arasında fark gözetilen devletlerde yargısal denetim yargı fonksiyonunun ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer anayasa koyucu mahkemelerin bu tür bir denetim yetkisine sahip olmaması gerektiğini düşünüyor ise, bunu ayrıca ve açıkça düzenlemek durumundadır. 1924 Anayasası düzeninin izin vermediği husus hiç kimsenin itiraz etmemiş olduğu “iptal davası ile denetim” hususudur. Ancak mahkemelerin

¹⁰²⁶ Anayasa m. 52: Bakanlar Kurulu, kanunların uygulanışını göstermek yahut kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere içinde yeni hükümler bulunmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarır.

Tüzükler Cumhurbaşkanının imzası ve ilâniyle yürürlüğe girer.

Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisidir.

m. 53: Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri kanunla gösterilir.

¹⁰²⁷ **ONAR**, “*Amme...*”, s. 276-278, 285-293, 295-297, 300. **Sıddık Sami Onar** 1951 tarihinde Akşehir Hâkimi A. Refik Gür’e yazdığı bir mektupta “*Evvelce ben hâkimlerin kanunların Anayasaya muhalefeti meselesini tetkik etmelerine taraftar değildim...Fakat, son zamanlarda bu sahada bir tahdit koymak zaruret halini aldı. Bu hususta kaideler hiyerarşisinden de istifade edilebilir ve anayasadaki hükme nazaran kanunun hâdisede bu şekilde tatbik edilebileceğine karar verilebilir.*” diyerek daha sonra bu görüşünü değiştirdiğini açıklamıştır. **GÜR**, Hukuk Devleti..., s. 39.

uygulamakta oldukları davalara ilişkin olarak anayasaya aykırı kanunları ihmal ederek Anayasayı uygulamalarında bir sakınca yoktur. **Feyzioğlu**'nun dikkat çektiği önemli bir nokta da şudur ki 1924 Anayasasına, esin kaynağı olan 17 Mart 1921 tarihli Polonya Anayasası'nın “*mahkemeler usulü dairesinde yayınlanmış kanunların muteberliğini münakaşa edemezler*”, hükmü konulmuş değildir.¹⁰²⁸

Daha sonraki yıllarda **Balta** da mahkemelerin önlerindeki davalarda uygulayacakları kanunun anayasaya uygunluğunu denetlemelerinin 1924 Teşkilatı Esası'nın anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını açık biçimde düzenleyen hükmü (m. 103) karşısında anayasaya uygun olduğunu ifade edecektir.¹⁰²⁹

Kubalı'da yargısal denetimin bulunmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmiş, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının sağlanmasında milletvekillerinin ve Cumhurbaşkanının yemini, Cumhurbaşkanının kanunları bir defa daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi, muhalefetin ve kamuoyunun fiili denetimi, Danıştay'ın istişarî kararları gibi “*resmî kontrol vasıtaları*”nın etkili olamadıklarını vurgulayarak yargısal denetimin gerekliliğine işaret etmiştir. Yazar bu açıdan **Hâkim Gür**'ün kararına atıf yaparak hâkimlerin anayasaya aykırı bir kanunu uygulamaktan kaçınabilecekleri yolunda görüşlerini açıklamıştır.¹⁰³⁰

cf. Yasal Düzenleme Girişimleri

1924 Anayasası döneminde olağan mahkemelere görmekte oldukları davalarda uyguladıkları kanunların anayasa uygunluğunu denetlemeleri için yetki verilmesine ilişkin ilk kanun teklifi 4.07.1953 tarihinde **Necip Bilge** tarafından hazırlanmıştır. **Bilge**, teklifin gerekçesinde kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin hukuk devletinin en temel güvencesi olduğunu vurgulamıştır.¹⁰³¹

Bilge'nin bu vurgusunun üzerinde durmak gerekir. **Bilge**, modern demokrasilerde devletin kendinde ve kendi için bir amaç olmadığı fakat halkın huzur, mutluluk ve özgürlüklerinin sağlanması için bir araç olduğu tespitinden hareketle, gerçekleştirilmesi uzun ve zorlu bir mücadeleyi gerektirmiş olan özgürlükler düzeninin ancak ve ancak yönetilenler kadar yönetenlerin de hukuk kurallarıyla bağlanması, hukukun üstünlüğünün sağlanması ile, mümkün olacağını

¹⁰²⁸ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 265-335.

¹⁰²⁹ BALTA, “Türkiye’de...”, s. 548.

¹⁰³⁰ KUBALI Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1965, s. 193-195.

¹⁰³¹ ONAR, Kanunların..., s. 188, dn. 424.

ifade etmektedir. Yöneticilerden anlaşılması gereken sadece yürütme ve idare değildir. Hukuk yürütme organları, idare yerleri ve yargı organları için olduğu kadar yasama organı için de bağlayıcıdır. **Bilge**'nin bu bakış açısının yeni bir dönemi haber verdiğini ifade etmek gerekir. Bu yaklaşım, kanuna bağlı devlet yahut kanun devleti olarak teşhis edilen hukuk devleti anlayışından; anayasacılık felsefesine uygun bir anayasal devlet ile teşhis edilen hukuk devleti anlayışına geçişin ifadesidir. Anayasal devlet, yürütme ve yargı gibi yasamanın da hukukla-anayasa ile düzenlenmesi ve sınırlandırılması gerektiğini öngörür. **Bilge**, bu açıdan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini hukuk devletinin ve özgürlükler düzeninin etkili ve gerçek bir güvencesi olarak nitelendirmiştir.

Yazar, normlar hiyerarşisi, yazılı anayasa, katı anayasa ilkelerinin zorunlu olarak anayasanın üstünlüğünü sonuçladığını, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını sağlamak ve anayasayı tarafsız ve hukuka uygun biçimde yorumlamak için bir anayasa yargısının gerekli olduğunu ifade etmektedir.

Bu teklifte: görmekte olduğu davada anayasaya aykırılık iddiasıyla karşılaşan bir hâkimin, uyuşmazlığın çözümlenmesi için gerekli olması hâlinde talep üzerine veya re'sen dosyanın yüksek mahkemeye (yerine göre Yargıtay veya Danıştay Genel Kurulları'na) göndermesi, yalnızca somut uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurmak üzere, kanunu ihmalî ve anayasayı uygulaması öngörülmektedir.¹⁰³²

Teklif TBMM'de görüşülmemiş ve dönem sonunda kadük hâle gelmiştir. Aynı akıbete uğrayan bir diğer teklif de aynı gerekçeden hareketle fakat farklı bir yöntemle, kanunların anayasaya uygunluğunun denetim yetkisini mahkemelere tanımıştır. 16.04.1958 tarihli bu teklif de 27 Mayıs 1960 tarihi itibarıyla kadük hâle gelmiştir.¹⁰³³

Nihayet 20 Temmuz 1961 t. RG'de 334 S. Kanun olarak yayınlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile, *“Yıllardan beri Anayasaya aykırı kanunlardan şikâyet edilen memleketimizde, bu prensibin kabul edilmesi mühim gelişmelerden biri telâkki edilmiş ve bu sebeple son Batı Avrupa anayasalarında görüldüğü üzere Anayasa*

¹⁰³² Necip Bilge'nin 4.07.1953 tarihli teklifini TBMM Arşivi, Kanunlar Müdürlüğü, Dönem IX, Toplantı 3, 2/550 Esas Kayıt Numaralı Dosya'dan aktaran: **ONAR**, Kanunların..., s 188 vd.

¹⁰³³ Bu teklif için **SAVCI** Bahri, *“Anayasaya Aykırılık Meselesi ve Bir Özel Kanun Yolu ile Düzenlenmesi”*, AÜSBFD, C. 15, S. 1, 1960, ss. 334-346.

Mahkemesi teşkili uygun görülmüş...” Anayasanın 148. maddesinin emri ile de 22.04.1962 t. ve 44 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile 27.07.1962 tarihli Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü meydana getirilmiştir.¹⁰³⁴

Türkiye’de kanunların anayasaya uygunluğunun yargı yerlerinde denetlenmesine ilişkin tartışma, doğru bir zemin üzerinde, hukuk devleti bağlamında ele alınmıştır. Bu tartışmada 1924 Anayasasının hâkimlere önlerindeki kanun metninin anayasaya aykırılığını inceleme yetkisi vermediğini savunan görüşler dahi, yargısal denetimin hukuk devletini gerçekleştirmekte temel araç olduğu düşüncesinden sapmış değildir.

Ergül de 1961 Anayasası döneminde anayasa mahkemesinin kurulmasını ortaya çıkartan nedenlerden biri olarak çoğunlukçu demokrasi anlayışına duyulan tepkiye işaret etmektedir. Bu açıdan anayasa yargısının ülkemizde kurulması aslında çoğunlukçu demokrasi anlayışının terk edilmesi yönündeki bir inanca da dayanmaktadır.¹⁰³⁵ Böylece 1961 döneminde Anayasa Mahkemesinin çoğunluğun dengelenmesi, azınlıkların korunması, iktidarın sınırlandırılması ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması; özetle hukuk devletinin kurulması, gerekliliği üzerinde inşa edildiğini söylemek mümkündür.¹⁰³⁶ Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasının, *Soysal*’ın ifadesiyle “1961 sisteminden devralıp sürdürdüğü kurumların en önemlilerinden biri” olarak yetki ve görevlerinde esaslı bir değişiklik yapmaksızın benimsediği bir organ olmuştur.¹⁰³⁷

Gür’den aktararak noktalamak gerekirse: “(M)uayyen parti çoğunluğunun hâkim bulunduğu parlamentolarda, çıkarılacak kanunların Rousseau’nun idealleştirdiği ‘umumî irade’nin tam surette tecellisine mazhar olmuş, hukuka uygunluğu temin edilmiş bulunduğunu kabule yüzde yüz imkân yoktur. Bundan başka, kanunu hukukla müsavî tutmak çok defa hatalıdır. Kanunların üstünde bazı hukuk prensip ve kaideleri vardır ki...kanunların bu yüksek ideallerden mülhem bulunmaları ve ona uygun muhteva taşımaları gerekmektedir.”¹⁰³⁸

¹⁰³⁴ ÖZÇELİK, Esas Teşkilât Hukuku..., s. 248.

¹⁰³⁵ ERGÜL, Yeni..., s. 186-205.

¹⁰³⁶ ARMAGAN, Anayasa Mahkememizde..., s. 32-33; TANÖR, Osmanlı-Türk..., s. 421-424.

¹⁰³⁷ SOYSAL, 100 Soruda..., s. 239 vd.

¹⁰³⁸ GÜR, Hukuk Devleti..., s. 3.

II. YARGISAL DENETİMİN KONUSU OLARAK KANUN

Geleneksel olarak kabul edildiği üzere bir devlette üç temel fonksiyon bulunmaktadır: Yasama fonksiyonu, yürütme fonksiyonu ve yargı fonksiyonu. Devlet bu fonksiyonlarını yerine getirmek üzere üç türlü yetki kullanır: Yasama yetkisi, yürütme yetkisi ve yargı yetkisi. Bu yetkilerin tamamının da egemenlikten kaynaklanan yetkiler olduğu kabul edilir.¹⁰³⁹ Bu yetkiler, bir tüzel kişilik olması sebebiyle, ancak devlet organları tarafından kullanılabilir. Bu organlar da yasama organı, yürütme organı ve yargı organıdır.¹⁰⁴⁰ Devletin fonksiyonları ile organlarını yahut bu organların eylem ve işlemlerinin ne olduğunu belirlemek konusunda organik ya da maddi ölçüt ve işlevsel (fonksiyonel) ya da şekli ölçüt olmak üzere iki kıstas kullanılmaktadır.¹⁰⁴¹

Bu açıdan “kanun”ların da maddi ve şekli olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. “*Maddi anlamda kanun, genel ve soyut hukuk kurallarını ifade etmektedir. Şekli anlamda kanun ise, içerdiği kuralların niteliğine bakılmaksızın, Yasama Organınca kanun adı altında ve de kanunlar için öngörülen usuller izlenerek yapılan bir yasama işlemidir.*” Hemen belirtmek gerekir ki, her şekli kanun genel ve

¹⁰³⁹ KUBALI, Anayasa Hukuku..., s. 94-95.

¹⁰⁴⁰ Devletin “millet ya da halk” adına “egemenlikten kaynaklanan” yetkileri kullanacak organları, anayasalarda tespit edilmiştir. Bu organların yetki (ve görev) çerçevesi de anayasalar tarafından belirlenmiştir. Bu açıdan devletin anayasada tespit edilen kapsam ve yöntemin dışında bir eylem ve işlem tesis etmesi mümkün değildir. Bundan başka özellikle XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren anayasalarda düzenlenen anayasa mahkemeleri de “anayasanın koruyucusu” olarak yasama, yürütme ve yargı organları yanında yetki kullanmaktadır. Anayasa mahkemeleri geniş anlamda yargı fonksiyonunun içinde düşünülür; bu açıdan anayasa mahkemelerinin bir “yargı organı” olduğunu söylemekte kural olarak bir sakınca yoktur. Ancak anayasa mahkemesini diğer “mahkemeler” gibi salt yargısal görev icra eden bir mahkeme olarak düşünmek de doğru değildir.

Günümüzde kavramların yoğun ve süratli biçimde anlam değişikliğine uğradığını göz ardı etmemek gerekir. Nasıl ki anayasa artık sadece bir devletin teşkilat yapısını ve devlet tarafından düzenlenen bir dizi hak ve özgürlüğü ifade etmekten daha geniş bir bağlamda; anayasacılık hareketleri bağlamında tanımlanıyorsa; aynı şekilde erkler ayrılığı artık yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerden ziyade yargı ile yasama-yürütme arasındaki ilişkiler bağlamında ve mutlak bir ayrılık olarak değil fakat bir uyumlu işbirliği olarak ele alınıyorsa; yargı ve anayasa mahkemesi arasında da bir özdeşlik kurmamak daha doğru olur.

Anayasa mahkemeleri, anayasa ile düzenlenen ve anayasa ile yetki ve görev çerçevesi belirlenen anayasal organlar olarak geniş anlamda yargı fonksiyonu içinde değerlendirilirler. Geniş anlamda yargı fonksiyonu kavramı ile “devletin dördüncü fonksiyonu olarak anayasa yargısı” arasındaki ayrım ise henüz net çizgilerle ortaya konulabilecek durumda değildir. Bu bağlamda anayasa mahkemesinin sistem içinde kendine özgü bir yere sahip olduğunu kabullenmek ve bu bağlamda mahkemeyi yasamaya-yürütmeye bağlamaktan yahut yargı ile “özdeşleştirmekten” kaçınmak daha yerinde olabilecektir.

¹⁰⁴¹ ATAY, İdare Hukuku, s. 11-17; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Ekin, C. I, Bursa 2003, s. 21-39; GÖZÜBÜYÜK Şeref A./TAN Turgut, İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar, Turhan, 5. Bası, Ankara 2007, s. 19-29; ONAR, İdare Hukuku, s. 26-42.

soyut kurallar içermediği gibi her maddi kanunun da yasama organı tarafından konulması gerekmez.¹⁰⁴²

Şekli ve maddi kanun ayrımı teorik bir ayırım olmakla birlikte, yargı birliğinin kabul edilmediği sistemlerde, yargısal denetime ilişkin olarak hangi normun hangi yargı kolu tarafından denetleneceğinin tespit edilmesi bir fonksiyon gaspı doğmaması bakımından gereklidir. Diğer yandan, kanun kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konması, özellikle parlamentonun başka isimler altında yapmış olduğu kanunların anayasaya uygunluk denetiminden kaçırılmasını da engeller.¹⁰⁴³ Zira yukarıda da belirtildiği gibi, normlar hiyerarşisi içinde her bir normun bir üst norma uygunluğunun yargısal denetimi, hukuk devleti için bir gereklilik ve güvence teşkil eder. Bu bağlamda anayasa mahkemesinin denetimine esas olan “kanun” kavramından ne anlaşılması gerektiğini belirlemeye çalışmak bu çalışma açısından gereklidir. Çünkü anayasa yargısını karakterize eden, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir.

A. KANUN KAVRAMININ BELİRLENMESİNDE ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

1. Maddi Ölçüt

Kanunun içeriğinden hareket eden ölçüttür. Maddi ölçüte göre kanun (ya da maddi kanun) genel, soyut ve kişisel olmayan kurallar bütünüdür ifade eder. Kanun maddi ölçüte göre tanımlanırken işlemi yapan organ dikkate alınmaz. Buna göre idarenin genel ve soyut kuralları da en az yasama organının genel ve soyut kuralları kadar kanun sayılır.¹⁰⁴⁴

Gözler, yasama fonksiyonunun maddi ölçüte göre tanımlanmasıyla kanunun maddi ölçüte göre tanımlanmasının aynı şey olduğunu ifade etmektedir. Yasama fonksiyonunun ve kanunun maddi ölçüte göre tanımını **Duguit** yapmıştır. Buna göre maddi açıdan kanun işlemi yapan kurul ya da memurdan bağımsız olarak, bizatihi kanunların içkin özelliğine sahip her işlemi ifade eder. Kanunların içkin özelliği ise genel olmak, objektif olmak, soyut olmak, az-çok sürekli olmak, kişilik dışı bir niteliğe sahip olmaktır.¹⁰⁴⁵

¹⁰⁴² GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 81.

¹⁰⁴³ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 199-200.

¹⁰⁴⁴ TEZİÇ Erdoğan, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yay., İstanbul 1972, s. 33; TEZİÇ, Anayasa Hukuku..., s. 14.

¹⁰⁴⁵ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 357-358, 371.

Özbudun, 1961 Anayasasındaki kanun anlayışının, her iki ölçüte yer vermekle birlikte, maddi kanuna daha yakın olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin “CHP’nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki 6195 Sayılı Kanun’un iptali kararı”¹⁰⁴⁶ göstermektedir. Mahkeme kararda kanunun “*kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, mücerret şahsi olmayan genel hukuk kuralları koy(ması)*” gerektiğini belirtmiş; aksi yöndeki bir düzenlemenin “*hukukun ana prensipleri ve Anayasa hükümleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan keyfî bir tasarruf*” olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁴⁷ **Güneş**, bu kararı incelediği çalışmasında, kanunun geleceği düzenleyici nitelikte olmasına ilişkin bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunmadığı gibi bu şartın sakıncalı dahi olabileceğini belirtmiştir. Yazar ayrıca bir kanunun soyut, kişisel olmayan ve genel nitelikteki düzenlemelerden hareketle tanımlanması hâlinde maddi anlamda kanundan bahsedileceğini ancak anayasadaki (1961 Anayasasındaki) kanun kavramının “*tamamen organik ve şekli*” bir kavram olduğunu ifade ederek kararı eleştirmektedir.¹⁰⁴⁸ **Özbudun**, Anayasa Mahkemesinin 1961 döneminde vermiş olduğu başka kararlara da işaret ederek, Mahkemenin 1982 Anayasası döneminde de bu yaklaşımını sürdürdüğünü söylemektedir.¹⁰⁴⁹

2. Şekli Ölçüt

“*Yasama organınca kanun yapma usûlüne göre alınan her karar (şekli ölçüte göre) kanundur.*”¹⁰⁵⁰ Yasama fonksiyonu ile kanun arasında maddi ölçüt bakımından söz konusu olan paralellik şekli ölçüt bakımından da geçerlidir. Yasama fonksiyonunun ve kanunun şekli ölçüte göre tanımını **Malberg** yapmıştır. **Gözler**’in aktardığına göre kanun, “*yasama organı tarafından, birtakım özel usûllere uyularak ve kanun adı altında yapılan işlemlerdir.*”¹⁰⁵¹

Şekli ölçüt, kanunun içeriğini göz önünde bulundurmaz.¹⁰⁵² **Daver** şekli anlamda kanunun genellik, soyutluk, objektiflik özelliklerini taşıması hâlinde dahi

¹⁰⁴⁶ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 198-199.

¹⁰⁴⁷ **AYMK**, E. 1963/124, K. 1963/243, K. T. 11.10.1963.

¹⁰⁴⁸ **GÜNEŞ** Turan, “*C.H.P. ’nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine*”, AÜSBFD, C. 18, S. 3, 1963, ss. 345-361, s. 356-357. Aynı yönde **TEZİÇ**, Türkiye’de..., s. 49.

¹⁰⁴⁹ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 199; **AYMK**, E. 1966/4, K. 1966/25, T. 03.05.1966; E. 1990/31, K. 1990/24, K. T. 24.09.1990.

¹⁰⁵⁰ Aktaran: **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 13.

¹⁰⁵¹ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 360-361.

¹⁰⁵² **KUBALI**, Devlet Anahukuku..., s. 46.

sırf “*sâdır oldukları yetkili makam dolayısıyla*” kanun adını taşıyan kurallar olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre şekli kanunların bir kanun olarak geçerliliği tartışılmaz ancak somut ve kişiye özel kanunların varlığı hukuk devletine zarar verir.¹⁰⁵³

Şeklî ölçüt -Parlamento tarafından kanun adı altında ve buna uygun usulde alınan her kararın kanun sayılarak; kanunun da bütün devlet organları ve kişiler için bağlayıcı olduğunu ileri sürmek- *Teziç*'in açıkladığına göre tarihsel bir sebebe dayanmaktadır. Bu sebep de parlamentonun baskıcı iktidarlar karşısında özgürlüklerin savunucusu olarak yürüttüğü mücadele ve bu özgürlükler için bir güvence sayılmasıdır. Böylece yasama, asli ve sınırsız bir yetki olarak iktidarın keyfi yönetimi karşısında bir garanti olarak meşrulaşmış, hukuk devleti bir kanun devleti formunda iktidarın keyfililiğinin önlenmesinin temel aracı hâline gelmiştir.¹⁰⁵⁴

Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olan kanunun şekli anlamda kanun olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁵⁵ *Soyaslan*, şekli kanunu TBMM tarafından konulan, objektif, gayri şahsi, soyut, eşitlikçi, yazılı kural olarak nitelendirirken maddi kanun kavramının da “*şekli anlamda kanunun kanunlaştırarak korumak istediği değerler*” olduğunu ifade etmektedir.¹⁰⁵⁶ Yazar şekli ve maddi ölçütleri bir arada kullanarak Türkiye için bir kanun tanımı vermekte; maddi kanunu da maddi (*substantive*) ve şekli (*procedural*) hukuk devleti bağlamında ele almaktadır. Ancak tanımın isabetle işaret ettiği bir nokta vardır: Kanun, şekli ölçüt kabul edildiğinde bile, genel, soyut ve gayri şahsi bir kural olmalıdır. Bu, somut ve kişiye bağlı kanunların pozitif hukuk açısından kanun olarak bağlayıcılığını ve geçerliliğini etkilemez ancak işlemin, yukarıda işaret edilen “modern anlamda kanun” olmak özelliğinden çok şey kaybettirir. Tıpkı anayasacılık kriterlerini sağlamayan bir anayasanın hukuk devletinin gerektirdiği anlamda bir anayasa olmadığı gibi, maddi hukuk devleti kriterinin gereklerini karşılamaktan uzak kanunların da hukuk devletine zarar verdiğini söylemek mümkündür.

¹⁰⁵³ **DAVER**, “*Kanunla İlgili...*”, s. 218-219.

¹⁰⁵⁴ **TEZİÇ**, Türkiye’de..., s. 39-43.

¹⁰⁵⁵ **ARMAĞAN**, Anayasa Mahkememizde..., s. 58; **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 106; **ERDOĞAN**, Anayasa Hukuku, s. 258; **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 321-322; **TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU**, 1982..., s. 261, 463.

¹⁰⁵⁶ **SOYASLAN** Doğan, “*Hukuka Aykırı Deliller*”, AÜEHFD, C. 7, S. 3-4, 2003, ss. 9-26, s. 13.

Buna karşılık tespit etmek gerekir ki, bugün kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde esas alınan kanun anlayışı şekli kanundur. Şekli kanunun, bir hukuk kuralının taşınması gereklilikleri taşımaması ise ayrı bir sorun, belki bir iptal sebebi olarak değerlendirilmelidir.

B. ANAYASA MAHKEMELERİ TARAFINDAN KANUNLARIN YANISIRA DENETLENEN DİĞER NORMLAR

1. Genel Olarak

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi denildiği zaman anlaşılması gereken sadece şekli anlamda kanun değildir. Her hukuk sistemi kendi özgül yapısı içinde farklı türden normların anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Ancak şekli anlamda kanunun anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi bütün yargısal denetim modelleri için ortaktır.

Kanunlar dışında başka bazı normların da anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yapılmaktadır. Bu bağlamda anayasa değişiklikleri, parlamento içtüzükleri, kanun hükmünde kararnameler, federal veya bölgesel organların normları, uluslararası andlaşmalar, yürütmenin düzenleyici ve idari nitelikteki işlemleri anayasaya uygunluk açısından yargısal denetime tâbi tutulabilir.¹⁰⁵⁷

1982 Anayasasının 148. maddesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM İctüzüğünün ve anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygunluğunun denetleneceğini öngörmüştür. Ayrıca 85. maddede yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin kararların Anayasaya, kanuna veya İctüzüğe aykırılığı iddiasıyla da Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Anayasa, anayasa değişikliklerine ilişkin sadece sınırlı bir şekil açısından denetime izin vermiştir. Olağanüstü hâlde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler ve 90. maddenin son fıkrası ile de usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar ise anayasal denetimin dışında bırakılmıştır. Nihayet 1982 Anayasasının 174. maddesi ile inkılâp kanunları da bir anayasaya uygunluk denetimi karşısında güvence altına alınmıştır.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁷ KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s.102-103; TUNÇ, Karşılaştırmalı..., s. 35.

¹⁰⁵⁸ EROĞUL, Anayasa Giriş, s. 352-353; ÖZER, Anayasa Hukuku..., s. 280; SABUNCU, Anayasaya Giriş, s. 283 vd.

Buna göre Türk hukukunda kanunlardan başka anayasaya uygunluk denetimine tâbi olan bazı parlamento kararlarının bulunduğu söylenebilir. 1961 Anayasasıyla uyumlu olarak 1982 Anayasası TBMM İçtüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı ve milletvekilliğinin düşmesi kararları için anayasal denetim yolunu açmıştır. Bu istisnalar dışında parlamento kararları Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi değildir.¹⁰⁵⁹ **Gözler**, kanun ve parlamento kararı kavramlarının ortak noktasını “*TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olmak*” şeklinde ifade etmekte ancak kanunlar ile parlamento kararları arasında kabul edilme ve yayımlanma usulleri arasında farklılıklar bulunduğunu vurgulamaktadır. Bu çalışma açısından kanun-parlamento kararı arasındaki önemli bir fark da yargısal denetim bakımından söz konusu olmaktadır. Anayasaya yargısının konusunu kanunlar oluştururken kural olarak parlamento kararları yargısal denetime tâbi değildir. Parlamento kararları TBMM’nin kendi iç işleyişine, yürütme ve yargı ile olan ilişkilerine ve kendisine anayasa ve diğer kanunlarla verilmiş diğer görevlere (Ör.: AY m. 92, BİO’lara üye seçmek vs.) ilişkin olarak alınır.¹⁰⁶⁰ **Özbudun** da parlamento kararlarının konusunun “*vatandaşlar için uyulması zorunlu hukuk kurallarının konulması*” olamayacağını ifade etmektedir. Aksi hâlde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa kuralına aykırılık söz konusu olacaktır.¹⁰⁶¹ Bu nedenle yasamanın bir hukuki işleminin kanun mu yoksa parlamento kararı mı olduğunu söylemek için maddi ölçütten yararlanmanın daha uygun olacağını söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de bu açıdan yasama meclisi tarafından kabul edilen metnin kanun adı altında yayımlanmaması ve kanun için öngörülen usule uyulmaması hâlinde dahi kendisini işlemin hukuki nitelendirmesini yapmakta yetkili görmekte ve “*eğer içeriğinde kanun hükmü ve değer ve etkisinde kimi kurallar konulmakta ise...metnin...kanun niteliğinde sayılarak Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı tutulması*” gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁶² Bu şekilde, kanunların “parlamento kararı” adı altında ve uygun hukuki usul izlenmeden yürütülmesinin de

¹⁰⁵⁹ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 881; **TEZİÇ**, Türkiye’de..., s. 11-12.

¹⁰⁶⁰ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 377-381.

¹⁰⁶¹ **ÖZBUDUN** Ergun, “*Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri*”, AÜHFD, C. 36, S. 1-4, 1979, ss. 3-26, s. 8.

¹⁰⁶² **AYMK**, E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.02.1977.

önüne geçilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi aynı şekilde “eylemli içtüzük değişikliklerini” denetlemek yetkisini de kendisinde görmektedir.¹⁰⁶³

Almanya’da Anayasa Mahkemesi, Federal Meclis seçimlerinin geçerliliği veya bir üyeliğin kazanılması ya da kaybedilmesine ilişkin parlamento kararlarını; federal hukuka uygunluk açısından eyalet hukukunu; federal devletin “yarışan yasama” yetkisini Anayasa m. 72/2 bağlamında kullanıp kullanmadığını¹⁰⁶⁴; federal hukukun bir parçası olup olmadığı ve bireyler için bir hak ve yükümlülük yaratıp yaratmadığı bakımından uluslararası hukuk kurallarını denetlemektedir. (Anayasa m. 93; BVerfGG m. 13)

Kaboğlu, uluslararası andlaşmaların da anayasaya uygunluk denetiminin konusunu teşkil ettiği ülkelere işaret etmektedir. Örneğin Avusturya’da Mahkeme, sonradan denetim yoluyla uluslararası andlaşmanın anayasaya uygunluğunu denetlemektedir. Portekiz’de ise Cumhurbaşkanı’nın isteği üzerine uluslararası andlaşmaların önceden denetimi ve somut norm yolu ile denetimi mümkündür. Macaristan’da da bu konuda önceden ve sonradan denetim söz konusu olmaktadır.¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶³ **AYMK**, E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.02.1968. “*Millet Meclisinin dâva konusu kararı(nin)...yalnızca içtüzük kapsamına girebilen bir konuyu düzenlediğinde şüphe yoktur...Kararın...uygulama ile İchtüzüğün...hükümlerini değiştirdiğinde şüphe yoktur ve şu durum dahi ona İchtüzük hükmü niteliğini kazandırmaya yeterlidir. Kaldı ki, aksine bir görüşün çeşitli içtüzük konularının tek tek kararlarla hükme bağlanması ve böylece Anayasa denetiminden kaçınılması yolunda bir eğilimi teşvik etmesi her zaman için ihtimal içindedir. Anayasa’da bu nitelikte bir gediğin bulunabileceğini düşünmek ise, Anayasa koyucunun ereğine aykırı bir tutum olur.*” **AYMK**, E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 01.05.2007. “*Yapılacak değerlendirme sonucunda, iptali istenilen tasarrufun, Anayasa’nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi’nin denetim alanına giren kanun, KHK veya TBMM İchtüzüğü ile aynı değer ve etkide bir işlem olduğu kanısına varılırsa bu işlem Anayasa Mahkemesi’nce denetlenebilir. Aksi halde, hukuksal nitelikleri, etkileri ve meydana getirdikleri sonuçlar bakımından, Anayasa’ya uygunluk denetimine tabi tutulan kanun, KHK ve TBMM İchtüzüğü ile eşdeğerde bulunan ve bu nedenle de belirtilen işlemlere özgü yöntem ve isimlerle tesis edilip, hukuki varlık kazanması gereken bazı yasama tasarrufları, farklı yöntem ve isimlerle hukuk sistemine dahil edilerek Anayasa’ya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarılabilir. Bu durumda adı yeni bir içtüzük düzenlemesi veya değişikliği olmadığı ve içtüzük yapılması ve değiştirilmesindeki yöntem uygulanmadığı halde değer ve etkisi bakımından birer içtüzük kuralı niteliğinde olan TBMM kararları anayasal denetime bağlı tutulabilir. Değer ve etkileri bakımından aralarında fark bulunmayan yasama tasarruflarının aynı yargısal denetime bağlı tutulmaları hukuk devleti olmanın da gereğidir.*”

¹⁰⁶⁴ Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının VII. bölümü Federasyonun Yasama Yetkisi başlığını taşımaktadır. Bu bağlamda 70. maddede eyaletlerin yasama yetkisinin esas olduğu; federasyonun ise yasama yetkisinin anayasada gösterilen alanlarla sınırlı olduğu düzenlenmektedir. 71. madde, federasyonun münhasır yasama yetkisinin bulunması hâlinde ise eyaletlerin sınırlı bir yasama yetkisine sahip olduklarını düzenlemektedir. Federasyonun Yarışan Yasama Yetkisi başlığını taşıyan 72. maddesinin ikinci fıkrasında ise federasyonun “*bu alanda yasama yetkisine, ancak Federasyon topraklarında eşdeğer yaşam koşullarının sağlanması veya hukuki ve ekonomik birliğin muhafazası bir federal düzenlemeyi yüksek devlet yararının gerektirdiği hallerde ve ölçüde sahip*” olabileceğini düzenlemektedir.

¹⁰⁶⁵ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 107-108.

Bir uluslararası andlaşma hükmünün anayasaya aykırılığı tespit edilmişse sorun genellikle anayasalarda değişiklik yapılmak suretiyle çözümlendiği için bu denetimin klasik bir “anayasaya uygunluk denetimi” olduğunu söylemek güçtür. Söz konusu olan daha ziyade anayasayı uyumlulaştırma denetimidir. Nitekim Fransa’da Konsey, bir uluslararası normun anayasaya aykırılığı konusunda görüş bildirmişse normu onaylama izni anayasa değişikliğinden sonra yürürlüğe girmektedir. (Fransız Anayasası m. 54) İspanya Anayasası da 95. maddesinde Anayasa Mahkemesinin talep hâlinde bir uluslararası andlaşmanın anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini düzenlemekle beraber; bir uluslararası andlaşma hükmünün anayasaya aykırı hükümler içermesi hâlinde önce anayasanın değiştirilmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır.

Eğer çağdaş hukuk devletinin anlamını yasama ve yürütmenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminde bulduğu kabul edilecekse, yargısal denetimin alanının daraltılmasının hukuk devletine aykırı olduğu söylenebilir. Bu bağlamda bazı devlet işlemlerinin –özellikle de parlamento kararlarının- sırf bireyler üzerinde bir sorumluluk doğurmadığı gerekçesiyle denetim dışı bırakılmasının hukukun üstünlüğü ile bağdaştırılması da kolay değildir.¹⁰⁶⁶

2. Türkiye’de Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi ise özellikle ülkemiz bakımından 1961 Anayasası döneminde 1971 değişikliklerinden önce ve sonra tartışılmış; tartışmalar 1982 Anayasası döneminde de sona ermemiştir. Konu hâlen güncelliğini korumaktadır. Tartışmanın ana eksenini, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenip denetlenemeyeceğidir. Bir anayasanın, ancak o anayasada öngörülen usullerle değiştirilebilmesi yazılı ve katı anayasalar bakımından doğal karşılanmaktadır.¹⁰⁶⁷ Buna karşılık, bir anayasa değişikliğinin maddi açıdan da o anayasaya uygun olması gerektiğini söylemek için ya o anayasanın da üzerinde bazı ilkelerin bulunduğunu kabul etmek gerekecektir ya da o anayasada öngörülen kurallar arasında bir hiyerarşinin bulunduğunu.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ Aynı yönde **TEZİÇ**, Türkiye’de..., s. 15; Karşı yönde **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 387.

¹⁰⁶⁷ **TURHAN** Mehmet, “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, AÜHFD, C. 33, S. 1-4, 1976, ss. 63-104, s. 65-66.

¹⁰⁶⁸ Onar, Almanya’da Anayasa Mahkemesinin anayasada yer almamasına rağmen anayasa değişikliklerinin AY m. 79/3 anlamında değişiklik yasaklarına ve “bazı supra-pozitif ilkelere” uygunluğu yönünden denetlenebileceğini ifade etmektedir. Yazar, Hindistan’da da Federal Yüksek

Ülkemizde 1961 Anayasasının ilk metninde anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini düzenleyen 147. maddesinin ilk hâli şu şekildedir: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.*” Mahkeme, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 68. maddesinin değiştirilmesi ve 11. geçici maddesinin kaldırılması hakkındaki 6/11/1969 günlü ve 1188 sayılı Kanun’un anayasaya aykırılığı sebebiyle açılan iptal davasında söz konusu denetimin hem şekil hem de esas açısından denetimi kapsadığını içtihat etmiştir.

16.06.1970 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi yaptığı ilk incelemede bazı üyelerin karşıoyuna rağmen anayasa değişikliğine ilişkin kanunların hem şekil hem de esas açısından denetimini yapabileceğine karar vermiştir. Mahkeme kararında anayasada değişiklik yapan kanunların da sonuçta kanun olduğunu ve bir kanunun da hüküm ve sonuç doğurmasının anayasada öngörülen şekil şartlarına uygun olmasına bağlı bulunduğunu ifade ederek anayasada değişiklik yapan kanunların anayasada öngörülen şekil kurallarına uygunluk açısından denetlenebileceğini içtihat etmiştir. Aynı şekilde mahkeme, anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi de teklif edilemez nitelikteki tek hükmü olan “*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü*”nün yalnızca cumhuriyet kelimesiyle sınırlı olmadığını, cumhuriyetin temel niteliklerinden soyutlanamayacağını belirterek bu nitelikteki cumhuriyetin yapısına aykırı hiçbir kanun ya da anayasa değişikliğinin yapılamayacağını ifade ederek anayasa değişiklikleri hakkında kanunu esas açısından da anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutabileceğine karar vermiştir.¹⁰⁶⁹

Yayla’ya göre Anayasa Mahkemesi kararına bir tepki olarak Anayasada 1971 yılında 1488 sayılı kanunla 147. madde değiştirilmiş ve anayasa değişikliklerine

Mahkemenin sistemin temel yapısına ilişkin olarak gerçekleştirilen anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendisinde gördüğünü aktarmaktadır. Nihayet İtalya’da da Anayasa Mahkemesi anayasanın ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez nitelikte bazı hükümler içerdiğini içtihat etmiştir. Buna karşılık Avusturya’da Anayasa Mahkemesi bu tür bir denetim için bir ölçütünün bulunmadığını belirtmiş; Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ise bu yönde bir denetimi gerçekleştirilmemiştir. **ONAR** Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 132-134, ayrıca bkz. dn. 5. Ayrıca bkz. **TURHAN**, “*Anayasaya Aykırı...*”, s. 75-78. Buna karşılık Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası bakımından Başlangıç’taki ilkelerle Cumhuriyetin nitelikleri’nin, anayasanın diğer kuralları karşısında şekli ve maddi açıdan üstün olduğunu net biçimde savunmaktadır. **YÜZBAŞIOĞLU** Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yay., İstanbul 1993, s. 108 vd.

¹⁰⁶⁹ **AYMK**, E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.06.1970; Aynı yönde: **AYMK**, E. 1970/41, K. 1971/37, K.T.. 13.04.1971.

ilişkin olarak mahkemenin yetkisi sadece şekil yönünden denetim ile sınırlandırılmıştır.¹⁰⁷⁰ 1961 AY m. 147: “*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.*”

Anayasanın 147. maddesindeki bu değişikliğe rağmen 20 Mart 1973 günlü, 14482 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, T. C. Anayasası’nın 30., 57., 136., 138. ve 148. maddelerinin Bazı Fıkralarının Değiştirilmesi ve 2 Geçici Madde Eklenmesi Hakkındaki 15/3/1973 günlü, 1699 sayılı Kanun’un bazı maddelerinin iptaline ilişkin açılan davada Mahkeme Anayasaya esastan aykırılık yönünden inceleme yapıp yapılamayacağını da tartışmış, mevcut anayasal düzenleme göz önünde bulundurularak “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 ver(miştir)” Ancak Mahkeme, 1962 tarihli ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 28. maddesine atıf yaparak “*Mahkeme, taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasaya aykırılık kararı verebilir’ biçimindeki hükmü uyarınca, davacının gösterdiği gerekçeye dayanmak zorunluğunda olmayıp sadece istemle bağlı bulunduğundan, şimdiye kadar geçen uygulamalarda öngörüldüğü üzere, bu maddelerin Anayasa’ya biçim yönünden uygunluğunu esastan inceleyebil(eceği)*” gerekçesiyle anayasa değişikliklerinin esastan incelenmesine devam etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, cumhuriyet kavramını, anayasada gösterilen nitelikleri ile bir bütün olarak ele alarak, bu niteliklere ve cumhuriyete aykırı düşecek bütün değişikliklerin anayasal düzeni temelinden yıkacağını ifade etmiştir. Çağdaş anayasaların varlık sebebinin “*Anayasayı...çoğunluğun baskısına karşı koru(mak)*” olduğunu vurgulayan Mahkeme Anayasada bulunan değiştirilemez ve değiştirilmesi de teklif edilemez hükümlerin bu bağlamda bir şekil kuralı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş ve esasa ilişkin bir denetim yaparak anılan kanun hükümlerini iptal etmiştir.¹⁰⁷¹ Bu yaklaşım doktrinde bir tartışma da başlatmıştır.

¹⁰⁷⁰ YAYLA Yıldızhan, “*Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü*”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına ARMAĞAN, İÜHF Yay., İstanbul 1979, ss. 973-1040, s. 980.

¹⁰⁷¹ AYMK, E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.04.1975; Aynı yönde: AYMK, E. 1976/38, K. 1976/46, K.T. 12.10.1976; E. 1976/43, K. 1977/4, t. 27.01.1977; E. 1977/82, K. 1977/117, t. 27.09.1977.

Kubalı, tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisinin şekli ve maddi açıdan sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Buna göre kurulmuş iktidar anayasayı ancak anayasada öngörülen yönetime uygun olarak değiştirebilir. Aynı şekilde asli kurucu iktidarın yetkisi hukuki bağlayıcılığa sahip bir yetki olarak tali kurucu iktidarı maddi yönden de sınırlandırır. Buna göre tali kurucu iktidar anayasanın ruhu ve lafzıyla da hukuken bağlı olmalıdır. Yazara göre ancak bu bağlılık sayesinde istikrarlı bir anayasadan bahsetmek mümkün olur. **Kubalı**'ya göre cumhuriyet ve cumhuriyetin nitelikleri anayasanın ruhudur ve bu anayasaya göre kurulmuş olan bütün iktidarlara için de bağlayıcıdır.¹⁰⁷²

Soysal, kural olarak anayasaların “değiştirilebilirliği”ni kabul etmekte ancak anayasadaki “değiştirilemez” nitelikte hükümler var ise bu hükümlerin değiştirilmesinin “devletin temel niteliğinde” etki yaratacağını ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre bu hükümleri koyarken de bu hükümleri değiştirmeye kalkarken de “çok titiz” davranmak gerekir.¹⁰⁷³

Teziç'e göre yasama organının anayasayı değiştirme yetkisini kullanırken, anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi de teklif edilemez nitelikteki hükümleri dışında bir takdir yetkisi vardır. Anayasada anayasanın değiştirilebileceği düzenlenmiş olduğuna göre yine anayasada öngörülen yönetime bağlı kalınmak ve değiştirilemez hükümler hariç olmak üzere, anayasada değiştirilemez bir hüküm bulunmamak gerekir. “Anayasa Mahkemesinin, yapılacak bir değişiklikten sonra, bunu anayasanın ruhuna aykırı görerek iptal etmesi halinde, asıl büyük tehlike Mahkemenin, Kurucu iktidarın da üstünde bir güç haline gelmesidir.”¹⁰⁷⁴

Yayla, Anayasa Mahkemesinin anayasada değiştirilemez nitelikteki maddelerden hareketle anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi yaratmasına karşı çıkmış ve anayasanın genel esasları ile bağlantılı olmayan neredeyse hiçbir maddenin bulunmadığını bu açıdan da anayasada bir değişiklik yapmanın neredeyse imkânsız hâle geleceğini vurgulamıştır.¹⁰⁷⁵

Eroğul ise mukayeseli hukuk bakımından incelendiğinde anayasaların anayasa mahkemelerine anayasa değişikliklerini denetlemek yetkisini çoğunlukla

¹⁰⁷² KUBALI, Anayasa Hukuku..., s. 165-170.

¹⁰⁷³ SOYSAL, 100 Soruda..., s. 254-256.

¹⁰⁷⁴ TEZİÇ, Türkiye’de..., s. 133-134.

¹⁰⁷⁵ YAYLA, “Anayasa Mahkemesine Göre...”, s. 977-978.

tanımamış olduğunu ifade etmekte ancak uygulamada mahkemelerin kendilerinde bu tür bir yetki görebildiklerini belirtmektedir. Bu bağlamda yazar İtalya ve Avusturya Anayasa Mahkemelerinin sadece şekil açısından bir denetim gerçekleştirdiklerini buna karşılık Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kendisini anayasa değişiklikleri konusunda esasa ilişkin bir denetim yapmakla yetkili gördüğünü söylemektedir.¹⁰⁷⁶ Yazara göre sadece tali kurucu iktidar için öngörülen şekil yetkisinin aşılması hâlinde bir yargısal denetimden bahsetmek mümkündür.¹⁰⁷⁷

Turhan, tali kurucu iktidarın sınırlı bir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte, anayasa kuralları arasında bir hiyerarşinin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle, “anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin” Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir.¹⁰⁷⁸

Onar da mevcut anayasal duruma göre Mahkemenin anayasa değişiklikleri konusunda esasa ilişkin bir denetim gerçekleştiremeyeceğini savunmaktadır. Yazar aynı sonucun anayasada değiştirilmesi yasaklanmış olan hükümler bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Bu bağlamda Anayasanın ilk üç maddesine ilişkin değişiklik teklifleri konusunda “*yasama organının dikkat göstermesini beklemek ile yetinmek gerekecektir.*”¹⁰⁷⁹

Özbudun ise Anayasanın, Mahkemeye anayasa değişikliklerinin esastan denetlenebilmesine ilişkin açık bir yetki vermediği sürece bu denetimin yapılamayacağını savunmaktadır. Yazar aksine bir düşüncenin mahkemenin yetkisini “*hemen hemen sınırsız*” bir hâle getireceğini ve denetimin bir hukukilik denetimi olmaktan çıkarak bir yerindelik denetimine dönüşeceğini ifade etmektedir.¹⁰⁸⁰

Gözler de anayasada öngörülmüş maddi sınırlar varsa, artık anayasa değişikliklerin esas açısından mümkün olduğunu buna karşılık, maddi sınırlamalara yer vermeyen bir anayasal düzende, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun esastan denetlenemeyeceğini ifade etmektedir. Yazara göre bu durumda artık mahkemenin elinde uygunluk denetimi yapabileceği bir kriter de

¹⁰⁷⁶ Ancak Kiratlı'nın belirttiğine göre Mahkeme'nin bu görüşü bir uygulama alanı bulmamış, teorik bir görüş olarak kalmıştır. **KIRATLI**, Alman..., s. 55, dn.102. İtalyan Anayasa Mahkemesinin bu konudaki içtihat değişikliği hakkındaki görüşü için **ÇAĞLAR** Bakır, “*Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları*”, AYD, C. 2, 1985, ss. 163-195, s. 174, dn. 44.

¹⁰⁷⁷ **EROĞUL** Cem, Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, AÜSBF Yay., Ankara 1974, s. 161-163, 166-168.

¹⁰⁷⁸ **TURHAN**, “*Anayasaya Aykırı...*”, s. 70-72.

¹⁰⁷⁹ **ONAR**, 1982 Anayasasında..., s. 162-164.

¹⁰⁸⁰ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 173-174.

bulunmamaktadır. **Gözler**, eğer anayasa değişikliklerine ilişkin bir yargısal denetim mümkün olarsa bunun ancak anayasada öngörülmesi hâlinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, anayasa üstü normların bulunduğu yahut anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin bulunduğu iddialarına katılmayı mümkün görmemektedir.¹⁰⁸¹

Kaboğlu, anayasada değişiklik yapan metinlerin de sonuçta “kanun” olduğunu ve bu sebeple de, genel kurala uygun biçimde (AY m. 149, 151) Resmî Gazete’de yayımlandıkları tarih itibarıyla yargısal denetime tâbi tutulabileceklerini ve denetimin bir şekil denetimi olması sebebiyle de 10 gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurulabileceğini ifade etmektedir. Yazar, halkoylamasının yargısal denetim konusunda bir engel teşkil etmeyeceğini fakat referandumdan sonra kuralın artık Mahkeme tarafından denetlenmesinin de hem hukuki açıdan hem de siyasi açıdan mümkün olmayacağını ifade etmektedir. Yazara göre bu bağlamda oylamadan sonra kanun tekrar Resmî Gazete’de yayımlanmayacağı ve dahası metin bir anayasa kuralı haline dönüşeceği için anayasal denetim hukuki açıdan mümkün olmayacak; bundan başka seçmen iradesi ile kabul edilmiş bir metin üzerinde yargısal denetim gerçekleştirmek ise siyasi açıdan demokratik ilke ve uygulamalara aykırılık teşkil etmesi bakımından savunulamayacaktır.¹⁰⁸²

1982 Anayasası -**Özbudun**’un ifadesiyle Anayasa Mahkemesinin bu aktivist tutumuna bir tepki olarak¹⁰⁸³- 148. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin kanunları, kanun hükmünde kararnameleri ve TBMM İçtüzüğünü şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutacağını düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise “*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def’i yoluyla da ileri*

¹⁰⁸¹ **GÖZLER** Kemal, Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study, Ekin, Bursa 2008, s. 52-77.

¹⁰⁸² **KABOĞLU** İbrahim Ö., Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak, İmge, Ankara 2010, s. 219-220, 224-226.

¹⁰⁸³ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 442-443.

sürülemez.” hükmüne yer verilerek; şekil açısından denetim, denetimin kapsamı bakımından; mahkemeyi harekete geçirebilecekler bakımından; süre bakımından ve denetim yolu bakımından sınırlandırılmıştır.¹⁰⁸⁴

Anayasa Mahkemesi, anayasanın bu açık hükmü karşısında şekil açısından denetim yetkisinin dar kapsamlı ve sınırlı bir yetki olduğunu kabullenmiştir. Mahkemenin 1987 tarihli bir kararına göre “*Anayasanın benimsediği sistem içerisinde, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi esas ve biçim yönleriyle iki şekilde yapılmaktadır...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 bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur.*”¹⁰⁸⁵

Anayasa Mahkemesi 2007 yılında anayasa değişikliğine ilişkin kanunun yokluğunun tespiti ya da iptali istemi ile açılan davalara ilişkin olarak vermiş olduğu iki kararında¹⁰⁸⁶ öncelikle “yokluk”un bir normun var olmadığının ifadesi olduğunu tespit ederek, kanunlar bakımından ancak parlamento iradesinin bulunmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, Resmî Gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşullarının bulunmadığı hâller bakımından yokluk’tan bahsedilebileceğini belirtmiştir. Bu unsurların yokluğundan bahsedilemediği sürece norm “var”dır ve var olan bir norm da –diğer şartların da varlığı hâlinde- anayasal denetimin konusunu oluşturabilir. “*Anayasada denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi olanaksızdır.*” Her iki kararda da ortak olan bir nokta da Mahkemenin anayasa değişikliklerinin doğrudan ya da dolaylı biçimde “esas açıdan denetlenmesi” bakımından Anayasanın 148. maddesine atıfla,

¹⁰⁸⁴ ŞEN Murat, “1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, AÜEHFD, C. 2, S. 1, 1998, ss. 87-119, s. 117-118.

¹⁰⁸⁵ AYMK, E. 1987/9, K. 1987/15, K.T. 18.06.1987. Anayasa Mahkemesi 2007 tarihli bir kararında da bu yaklaşımını korumuştur: “Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.” AYMK, E. 2007/72, K. 2007/68, K.T. 05.07.2007.

¹⁰⁸⁶ AYMK, E. 2007/72, K. 2007/68, K.T. 05.07.2007; AYMK, E. 2007/99, K. 2007/86, K.T. 27.11.2007

esasa ilişkin denetim yetkisinin bulunmadığını; şekil açısından denetim yetkisinin de sınırlı biçimde bulunduğunu kabul etmesidir.¹⁰⁸⁷

Anayasa Mahkemesinin anayasada değişiklik yapan kanunların denetlenmesine ilişkin sınırlı bir yetkiye sahip olduğunu kabullendiği 1982 Anayasası döneminde E. 2008/16, K. 2008/116, 05.06.2008 tarihli kararı Mahkemenin önceki içtihatlarından ayrıldığı, önemli bir karardır.

Karara sebep olan ve kamuoyunda “başörtüsünün yükseköğretimde serbest bırakılmasını içeren Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik öngören yasa”¹⁰⁸⁸ olarak da bilinen “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” başlığını taşıyan 09.02.2008 tarihli ve 5735 Sayılı kanundaki düzenleme şu şekildedir (26796 S., 23.02.2008 tarihli RG):

“ Madde 1 – 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına “bütün işlemlerinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında” ibaresi eklenmiştir.

Madde 2 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42 nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.”

MADDE 3 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır.”

Kanunla, Anayasanın 10. maddesinin son fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ‘ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında’ kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır.” Ayrıca 42. maddenin son fıkrası olarak da yüksek öğretim hakkının ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin bir düzenleme eklenmiştir.

¹⁰⁸⁷ 27.11.2009 tarihli karar konumuz açısından bir noktada daha önem taşımaktadır. Mahkeme halkoyuna sunulan anayasa değişiklikleri üzerinde ya da TBMM’de kabul edilen fakat henüz halkoyuna sunulmayan anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini reddetmemektedir. “Anayasada TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisini kullanmasına, halkoyuna sunulan yasalar üzerinde tasarrufta bulunmama biçiminde bir istisna öngörmemektedir. Halkoyuna sunulmuş kabul edilen bir Anayasa değişikliğini yürürlükten kaldırma yetkisine sahip olan TBMM, henüz referandumda oylanmamış ve yürürlüğe girmemiş bir Anayasa değişikliği yasası üzerinde evleviyetle tasarruf yetkisine sahiptir.”

¹⁰⁸⁸ <http://www.haberler.com/5735-sayili-yasa-onay-icin-kosk-te-haberi/>.

Değişiklik üzerine Ana Muhalefet Partisi milletvekilleri tarafından Kanunun, Anayasanın başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9, 24., 42., 138., 153. ve 174 maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

Başvuru dilekçesinde Kanunun amacının dini amaçlı kıyafete kamusal alanda serbesti sağlamak olduğu ifade edilmiş; dinsel kıyafetlere serbestlik tanıyan bir düzenlemenin de Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki içtihatlarına ve laiklik ilkesine, bu bağlamda değiştirilemez nitelikteki Cumhuriyet ilkelerine, aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir.

Başvuruda, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesini ve değiştirilmesinin de teklif edilmesini yasaklayan maddelere aykırılığın anlamı da irdelenmiş; 1982 öncesi döneme atıf yapılarak, bir şekil kuralı niteliği taşıyan bu düzenlemelere aykırılığın denetlenmesinin mümkün olabileceği ileri sürülmüştür. Başvuruya göre somut olay bakımından bir şekil kuralına aykırılık bulunup bulunmadığını tespit edebilmek ancak esasın incelenmesi ile mümkündür. Diğer bir ifadeyle değişiklik, eğer Anayasanın ilk üç maddesinde düzenlenen ilkelere aykırı ise artık şekle aykırılıktan da bahsetmek mümkündür. Başvuru dilekçesine göre, Anayasa Mahkemesinin şekle uygunluk denetimini dar bir bağlamda ele alması, Anayasanın 4. maddesinin yaptırımsız bırakılması; *“ağır ve açık bir yetki tecavüzü ile malûl ‘yok’ hükmündeki bir yasama işleminin”* yürürlükte bırakılması; Cumhuriyetin niteliklerinin güvencesiz kalması anlamına gelir. Anayasal düzenin ve devletin niteliğinin başkalaştırması anlamına gelen Cumhuriyetin niteliklerindeki bir değişiklik, başvuruculara göre, “kabul yeter sayısına ulaşamamış olunması” gibi biçime ilişkin bir sebeple iptal edilebiliyorsa anılan gerekçelerle evleviyetle iptal edilebilmelidir. Nitekim Anayasanın 148. maddesindeki teklif şartına uygunluğun kriteri de Cumhuriyetin niteliklerini ifade eden anayasa hükümleridir.

Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce ortada bir normun “var” olduğunu ifade ederek, yokluk iddiasını reddetmiştir. Mahkeme bu açıdan önceki içtihatlarında kullandığı gerekçelerini kullanmıştır.

Mahkemeye göre anayasayı değiştirme yetkisinin niteliğini ve sınırlarını tespit etmek yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun irdelenmesini gerektirir. Buna göre Mahkeme, kurulu bir organ olarak yasama organının sistem dışı bir yetki kullanmasının hukuki açıdan kabul edilebilir

olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda “Anayasa'nın 4. maddesinde ‘Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez’ denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.” O hâlde “Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.” Anayasa Mahkemesine göre anayasa değişiklikleri anayasal düzenin özünü ifade eden ilk üç maddeye uygun olmalıdır. Buna göre teklif edilebilir olmayan bir anayasa değişikliğinin sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınması asli kurucu iktidar tarafından öngörülen sınırların aşılması anlamına gelir.

Anayasa Mahkemesi, dava dilekçesinde vurgulanan Kanunun gerekçesindeki ifadeler ve dava dilekçesinde belirtilmemiş olan bir dizi konuya değinerek, “dava konusu kuralların üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle eğitim haklarını kullanamayan öğrencilerin sorunlarını çözmeye olasılığını barındırsa bile, toplumdaki kaygıların giderilmediği ve güvence taleplerine sessiz kalındığı, demokratik uzlaşma yolları dışlanarak meydan okumanın veya dayatmanın yöntem olarak benimsendiği” yönündeki eleştirilere işaret etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme’ye göre “Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa bile, kullanılan dinsel simgenin...farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.”

Mahkeme kararında, anayasada ifadesini bulan temel düzen kurallarını değiştirirken çoğunluk karşısında azınlıkların da haklarının korunması düşüncesinin demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın bir gereği olduğu vurgulanarak Anayasada değişiklik yapan 5737 Sayılı

Kanun'un “yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”

Karara, aynı zamanda Mahkeme Başkanı da olan **Hâkim Kılıç**, Mahkemenin anayasadan yetki türetmek suretiyle bir denetim gerçekleştirdiğini ifade edip; anayasa değişikliklerinin denetiminde anayasada yer almayan bir ek şartın yaratıldığını belirterek katılmamıştır. **Kılıç**'a göre Mahkemenin bu tavrı, kurulu iktidar olmanın gerektirdiği yetki çerçevesinin de dışına taşmaktır. Karşı oy yazısında esasa ilişkin olarak da 42. maddede yapılan değişiklikte kanun koyucuya verilen yetkinin bir olasılık üzerinden mahkeme kararıyla sınırlandırılabilmesinin erkler ayrılığı ve yasama yetkisinin asliliği ilkeleri ile bağdaştırılamaz olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda kanuna yapılan vurgunun hak ve özgürlükler düşüncesi ile anayasacılık düşüncesine de uygun biçimde “eğitim hakkının kanun dışında bir başka hukuki araçla sınırlandırılmasının mümkün olamayacağı” şeklinde yorumlanması da mümkündür. **Hâkim Adalı** da karşı oy yazısında “*Bundan sonra her türlü gerekçenin gayet rahatlıkla içine girebileceği derecede geniş anlamları olan demokrasi, lâiklik, sosyallik kavramları uyarınca ve bunlarda Anayasa Mahkemesi'nce her zaman farklı yorumlamaya gidilebileceği ihtimaliyle artık hiçbir Anayasa değişikliği yapılamayaca(ğın), teklif edilemeyece(ğini)*” ifade etmiştir. **Adalı** karara “*Mevcut ve açık tehlike ilkesi gereği, kişi yaptığı hareketin kanunda suç teşkil etmesi karşısında ancak mahkeme kararıyla suçlu sayılır. Sanık dahî suçsuz muâmelesine tâbidir. Böyle olunca, muhtemel, potansiyel, hayalî suçlu kavramı arkaik kalmaktadır. Bir türlü gelmeyen, ne zaman geleceği belli de olmayan ama devamlı tekrarlayarak, üsteleyerek, tâze tutularak hemen geleceği vehmedilen (varsayılan) mücerret (soyut) ve mevhum (hayalî, belirsiz) bir tehlike uğruna müşahhas (somut) bir eğitim hakkının gasbına göz yumulmaktadır. Birilerinin itilip kakıldığı ve ikinci sınıf sayıldığı (veyâ böyle hissedildiği), buna karşılık ayrıcalıkların ve keyfliliğin arttığı (veyâ öyle zannedildiği) bir zeminde "hukuk güvenliğinden", "eşitlikten", "vâr olmaktan" bahsedilmesi hayli zordur. Devamlı şekilde niyetleri sezmeye çalışmak, varsayımları ve olasılıkları bahâne etmek problemi çözümsüzleştirmektedir. Hukuk devletinde işlemler, vehimler, tahminler*

veya kehânetler üzerine değil Anayasa ve yasalara uygun somut gerçeklikler üzerine binâ edilir.” diyerek karşı çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun hakkında açılan iptal davasında da 05.06.2008 tarihli kararındaki yaklaşımını sürdürmüştür. Buna göre Mahkeme, anayasanın değiştirilemez ve değiştirilmesi de teklif edilemez maddelerine ilişkin denetim yetkisinin bulunduğunu bir kez daha vurgulamıştır: “Anayasa’nın 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. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması gerekir.” Kararda, 5982 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa’nın Anayasa Mahkemesine üye seçimine ilişkin 146. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan “... bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; ...” ibaresi ile ikinci tümcesinde yer alan “... de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve ...” ibareleri demokratik hukuk devleti ilkesini etkisiz hâle getireceğinden ve Kanun’un 22. maddesiyle değiştirilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na ilişkin Anayasa’nın 159. maddesinin beşinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan “... ancak bir aday için ...” ibaresi de hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bundan başka Anayasa’nın değiştirilen 159. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan “... iktisat ve siyasal bilimler ...” ve “... üst kademe yöneticileri ...” ibareleri de anılan kişilerin hakimlik ve savcılık mesleği konusunda yeterli birikime sahip olmamaları sebebiyle Kurul’da yer almaları yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini ihlal edip, hukuk devleti ilkesini zedeler nitelikte olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁹ AYMK, E. 2010/49, K. 2010/87, K.T.: 07.07.2010.

Karar, son yıllarda belki de en çok karşı oy yazısının yazıldığı ve hakkında basın yayın organlarında bir hayli yayının yapıldığı bir karar olmuştur. Bu eleştiriler içinde haklılık payının yüksek olduğu bir eleştiri Mahkemenin kendi yetki sınırlarını tespit ettiği bu yaklaşımın Mahkemenin demokratik hukuk devletine evrensel ilkeler açısından bir yaklaşım olmaması ve anılan denetimin, son tahlilde bir şekil denetimi olarak kaldığına ilişkin bir eleştiridir.¹⁰⁹⁰ Bu bağlamda Mahkeme'ye düşen ya esasa ilişkin denetim yetkisinin bulunmadığını kabullenmek olmalıydı ya da Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlenmesi konusunda son sözün sadece Anayasa Mahkemesine ait olduğunu vurgulamak.

Anayasa yargısının varlık sebebi, güncel çoğunluk iradeleri karşısında anayasa ile ifade edilen üstün hukuku korumaktır. Diğer bir ifadeyle anayasa yargısı, parlamentonun değil, anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle bütün kanunlar için bir ölçü norm olan anayasa, anayasa değişikliği kanunu söz konusu olduğunda bir ölçü norm olarak kabul edilmiyor, meclisin bu konuda anayasa ile bağlı olmadığı söylenebiliyorsa artık anayasanın değil fakat parlamentonun üstünlüğünden bahsetmek gerekir. *Tanör*'ün belirttiği gibi devlet düzeni ve temel haklar konusunda bir anayasanın gerçek değerini saptayabilmek için o metnin gücüne bakmak gerekir.¹⁰⁹¹ Üstünlüğü ve bağlayıcılığı örselenmiş bir metnin “anayasa” olarak değeri de düşüktür. Şüphesiz anayasanın ne olduğunu söylemek yetkisi anayasa mahkemesininindir ancak unutmamak gerekir ki anayasal düzeni korumak görevi de anayasa mahkemesininindir.¹⁰⁹²

¹⁰⁹⁰ AYDIN Ali Rıza, <http://www.odatv.com/n.php?n=anayasa-mahkemesinin-verdigi-karar-ne-anlama-geliyor---0707101200>, E.T. 08.07.2010.

¹⁰⁹¹ TANÖR, Osmanlı-Türk..., s. 147.

¹⁰⁹² Turhan, Bachof'un “anayasa değişikliklerinin, anayasanın ruhuna uygunluğunun yargısal denetimi”ni anayasa mahkemelerinin anayasanın koruyucusu olmak göreviyle ilişkilendirdiğini aktarmaktadır. TURHAN, “Anayasaya Aykırı...”, s. 63.

C. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KRİTERİ: ANAYASALLIK BLOKU

Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun belirttiği gibi anayasa yargısının üç evreden oluştuğu söylenebilir. Buna göre birinci evreyi anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulacak kuralın belirlenmesi oluşturur. İkinci evre, denetlemede kullanılacak ölçü normun ya da normların tespiti evresidir. Nihayet son evre, her iki normun karşılaştırılarak, bir anayasaya aykırılığın bulunup bulunmadığının tespiti evresidir. İşte kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde Anayasa Mahkemesinin hangi ölçütü temel alacağı konusu bu ikinci evreye ilişkin olarak ortaya çıkan temel bir konudur. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde gözetilecek kriterler meselesi doktrinde, anayasa yargısında ölçü normlar, referans normlar ya da anayasallık bloku başlığı altında ele alınmıştır.¹⁰⁹³

Anayasa mahkemelerinin kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken gözetecekleri kriterler konusunda çeşitli ihtimaller vardır. Anayasa mahkemeleri ilk olarak anayasayı bir ölçü norm olarak kullanırlar. İkinci olarak anayasa dışında yer alan bazı kurallara, anayasanın göndermesiyle başvurmak mümkündür. Üçüncü bir ihtimal mahkemelerin anayasa dışında oluşturulan ilkelere re'sen başvurması veya nihayet kendilerinin özgün kriterler inşa etmesidir.¹⁰⁹⁴

1. Denetimin Genel Ölçütü Olarak Anayasa

Gözler'e göre bir kuralın anayasaya uygunluk denetimi yapılırken o normun “*adı üstünde*” anayasaya uygunluğu denetlenmektedir. Bu nedenle “*ortada tartışma gerektirecek bir sorun yoktur. Anayasa Mahkemesi denetlediği normların başka bir şeye değil, sadece ve sadece Anayasaya uygunluğunu araştırabilir.*”¹⁰⁹⁵

Anayasaya uygunluk denetiminin temel ölçütü anayasadır. Anayasaya uygunluk ilkesi gereğince bir devlette her hukuk kuralının anayasaya uygun olması gerekir. Anayasa yargısında anayasa kurallarının ölçü norm olarak kullanılması her şeyden önce anayasanın üstünlüğünün ve anayasa yargısının bir gereğidir.¹⁰⁹⁶ Bununla birlikte *Kaboğlu*'nun belirttiği gibi, anayasalardaki kurallardan başka Başlangıç metinleri de ölçü norm olarak kullanılabilir. Örneğin 1982

¹⁰⁹³ KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 124 vd.; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 467 vd.; YÜZBAŞIOĞLU Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul 1993.

¹⁰⁹⁴ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 468.

¹⁰⁹⁵ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 881.

¹⁰⁹⁶ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 156-157.

Anayasasının 176. maddesine göre “*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir.*” Buna karşılık aynı düzenlemeye göre madde başlıkları anayasa metninden sayılmaz. Fransa’da ise 1958 Anayasasının başlangıç metni ile 1946 Anayasasının başlangıç metnine ve bu metnin de göndermesiyle 1789 Bildirgesine uzanan bir anayasallık bloku oluşturulmuştur.¹⁰⁹⁷

Bu şekilde bir bakıma “anayasanın sürekliliği” sağlanmak istenmiş ve bu süreklilik sayesinde istikrarlı bir anayasal düzen hedeflenmiştir. Bu istikrarın sağlanması, anayasalarda konjonktürel müdahaleler karşısında güvenceli bir alan yaratılmasına bağlıdır. **Gören**’in “*çekirdek anayasa*” adını verdiği bu alan, değiştirilemez maddeler ile sağlanmaktadır.¹⁰⁹⁸ Anayasalarda değiştirilemez nitelikte bazı maddelerin bulunması da akla anayasa kuralları arasında bir hiyerarşinin bulunup bulunmadığı sorusunu getirmektedir.

Yüzbaşıoğlu, anayasa kuralları arasında bir hiyerarşinin bulunup bulunmadığını tartışırken kural olarak anayasal kurallar arasında bir hiyerarşinin bulunmadığını ifade etmektedir. Bununla birlikte katı anayasa anlayışının benimsenmiş olduğu devletlerin anayasalarında “değiştirilemeyecek” kurallar da bulunabilmektedir. Bu bağlamda yazar, 1874 tarihli İsviçre (m. 4) ve 1949 tarihli Federal Alman Anayasalarının (m. 79) “devletin federal yapısına ilişkin kural” hakkında değiştirilemez bir hüküm içerdiğini; 1947 tarihli İtalya (m. 139) ve 1958 tarihli Fransız Anayasalarında (m. 89) da hükümet biçiminin cumhuriyet olduğuna ilişkin kuralın değiştirilemeyeceğini aktarmaktadır. Ülkemizde ise Anayasanın 4. maddesi devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin birinci maddenin; Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ikinci maddenin ve bu maddenin göndermesiyle Başlangıçta belirtilen temel ilkelerin; devletin bütünlüğüne, resmî dile, bayrağa, millî marş ve başkente ilişkin üçüncü maddenin değiştirilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda **Yüzbaşıoğlu**, 1982 Anayasasının başlangıçtaki temel ilkeleri ile Cumhuriyet ilkesini ve niteliklerini Anayasa’daki diğer kurallar karşısında şeklî ve maddi açıdan üstün kurallar olarak nitelendirmektedir.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁷ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 125.

¹⁰⁹⁸ **GÖREN** Zafer, “*Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, 2009, ss. 1-15, s. 3.

¹⁰⁹⁹ **YÜZBAŞIOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 108-109; aynı yönde Gören de 1975 tarihli Yunanistan Anayasasındaki (m. 110) ve 1992 Portekiz Cumhuriyeti Anayasasındaki (m. 228)

Anayasa Mahkemesi de 07.03.1989 tarihli bir kararında Başlangıç metninin Anayasa'nın bir parçası olarak Anayasa hükümlerinin “amaç ve yönünü belirleyen bir kaynak” olarak nitelendirilmiştir.¹¹⁰⁰ Bundan başka Mahkeme 1963 yılında verdiği bir kararında Anayasa hükümlerinin etki ve değer bakımından aynı nitelikte olduğunu tespit etmekle beraber 1973 tarihli bir kararında da “...Devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelerin herhangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması(nın) zorunlu ve doğal” olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁰¹ Anayasa Mahkememiz “devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkeleri” Cumhuriyet'in nitelikleri bağlamında ele almaktadır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu bir kararı hem Cumhuriyet'in niteliklerine ilişkin ilkelerin Türk anayasal düzeni içinde ayrı bir yerinin bulunduğuna işaret etmektedir hem de bu ilkelerin yasama yetkisi için bir sınır teşkil ettiğini vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre: “Anayasalar bir devletin dayandığı hukukî yapının belkemiği niteliğindedirler. Devletin temel kuruluşlarının düzeni ile o kuruluşlara düşen görevler ve kişilerin hak ve ödevleri bu hukukî yapının bütününi oluştururlar. Ancak Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümlere bağlanması düzenin bütününi sarsabilir. Sözgelimi Anayasanın 1. maddesinde yazılı Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmesi Anayasa yapısını temelinden yıkar. Bu nedenle 9. maddede bu hükmün değiştirilmesinin teklif olunamayacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet Devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler manzumesidir. Şu halde Cumhuriyet Devlet şeklini ortadan silecek veya onu işlemez duruma getirecek olan Anayasa değişikliklerinin yapılamayacağı Anayasamızın gerek açık hükümlerinden, gerek ruh ve felsefesinden

değiştirilemez maddelere işaret ederken anayasalardaki değiştirilemeyen kuralların varlığının anayasa içinde bir normlar hiyerarşisi yarattığını ifade etmektedir. **GÖREN**, “Anayasa Koyan...”, s. 3-4.

¹¹⁰⁰ “Anayasa'nın 176. maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır. Anayasa'nın Başlangıç'ında, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyetinin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâplarıyla medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; her Türk vatandaşının medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirmek hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu fikir, inanç ve kararıyla anlaşılması, sözüne ve ruhuna bu yönlerde de saygı gösterilmesi, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiğini bildirmesi bu niteliğinin kanıtıdır.” **AYMK**, E. 1989/1, K. 1989/12, K.T.: 07.03.1989.

¹¹⁰¹ **AYMK**, E. 1972/56, K. 1973/11, K.T.: 06.03.1973.

çıkılmaktadır. Bu temel düşüncenin ulaştırdığı sonuç şudur ki; Anayasa'nın Devlet şekli hükmü dışındaki hükümlerinin, hiçbir kayda tabi olmadan, yasama organınca değiştirilebileceği sanılmamalıdır. Çağdaş Anayasalar kendilerini koruyan ve teminat altına alan hükümler ve müesseseleri de birlikte getirmeyi sağlamışlardır. Bu arada klâsik demokrasiden ayrımlı bir sistem olarak Anayasa'yı yasama organına karşı daha açık bir deyim ile, çoğunluğun baskısına karşı koruyacak kurum ve hükümlerin bizim Anayasamızda yer almış bulunduğuna işaret etmek gerekir.”¹¹⁰²

Başlangıç ilkelerinin ve Cumhuriyet'in niteliklerinin yanı sıra 1982 Anayasasına özgü diğer bir ölçü normun da Atatürk İlke ve İnkılâpları olduğu ifade edilmelidir. **Yüzbaşıoğlu**, Atatürk İlkelerinin Anayasa'da ismen yahut içerik olarak belirlenmiş olması sebebiyle bunları anayasallık bloğunun içine dâhil etmektedir. Bununla birlikte yazar Atatürk İnkılâpları bakımından yapmış olduğu değerlendirmesinde, pozitif hukuk bakımından 1982 Anayasasının Atatürk İnkılâplarını ele alış biçiminin Anayasa m. 174'te sayılmış olmayanları da dâhil edecek biçimde geniş olduğunu ifade etmektedir. Ancak yazara göre Atatürk İnkılâpları kavramının içeriği AY m. 174 ile sayılan ve korunmaya alınan kanunlar çerçevesinde doldurulmalı ve sınırlanmalıdır.¹¹⁰³

Aynı yönde bir yaklaşımı benimseyen **Aliefendioğlu** da değiştirilemez maddeler, Başlangıç'taki ilkeler ve Anayasa ile güvencelenen İnkılâp kanunlarının Türk Anayasası'nın ruhunu ifade ettiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi kararına da atıfla yazar bu yaklaşımın “*Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma amacını, her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip bulunduğu anlayışını içermekte*” olduğunu belirtmektedir.¹¹⁰⁴

2. Uluslararası Hukuk

Gözler, anayasa yargısındaki temel ölçütün anayasa olması gerektiğini söylerken haksız değildir ancak kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde anayasa yanında başka bazı ölçütler arama çabası da büsbütün anlamsız değildir. Gerçekten anayasa yargısında üzerinde tartışma bulunmayan tek kriter

¹¹⁰² **AYMK**, E. 1970/41, K. 1971/37, K.T.: 13.04.1971.

¹¹⁰³ **YÜZBAŞIOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 94-99.

¹¹⁰⁴ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 97; **AYMK**, E. 1970/53, K. 1971/80, K.T.: 21.10.1971.

anayasadır. Bu anayasanın varlık sebebi de siyasi iktidarın sınırlandırılması suretiyle temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak olan anayasacılık felsefesi ve hukuk devleti ilkesidir. Bir anayasanın “anayasa” olarak anlam ve değeri onun anayasacılık felsefesine uygunluğu ile test edilir. Ne var ki anayasa kavramı XIX. yüzyılın ilk yıllarından bu yana bir anlam değişikliği yaşamıştır. Başlangıçta siyasi iktidarı sınırlandırmaya yönelik temel ilkeler olarak ortaya çıkan anayasalar sonraki dönemlerde siyasi iktidar tarafından tespit edilen üstün hukuk ilkelerine dönüştürülerek bağlamından kopartılmış; bir anayasa ile tespit edilen hukukun devleti, anayasa koyucunun/kanun koyucunun iradesi ile özdeşleştirilen devletin hukukuna dönüşmüştür. Böylece, “kanunlar için bir ölçü norm olan anayasa” farklı bir mahiyet kazanmıştır. Anayasanın anlamındaki bu dönüşüm Hayekçi ifadeyle, kurucu rasyonalist düşüncenin bir sonucudur ve son tahlilde liberal bir yaklaşımın totaliter bir yönetim biçimine dönüşmesi tehlikesiyle eleştirilir. Bu noktada anayasa yargısının salt anayasa metnine dayandırılması, bütün bir anayasa yargısı mekanizmasının, kendi varlık sebebiyle çatışması demektir. Anayasaların anayasacılık felsefesinden uzaklaşan metinler hâline gelmesi sebebiyledir ki, hukuk devleti ve hukuk devletinin en temel aracı olarak nitelendirilen anayasa yargısı, anayasaları evrensel bir dizi değer ekseninde yorumlamak, anayasa kuralını yeniden anlamlandırmak, suretiyle hukuk düzeninin “siyasi iktidarı sınırlandırarak temel hak ve özgürlükleri koruması ve geliştirmesi” işlevini yeniden tesis etmeye çalışmıştır. İşte bu sebeple “Anayasa mahkemelerinin, yargısal denetim işlevini yerine getirirken, gözetilecekleri kriter nedir?” sorusuna cevap vermek basit bir iş değildir. Zira her bir hukuk düzeninin bu soruya verecek farklı cevapları bulunmaktadır. Anayasallık bloku, ortak değerler etrafında şekillendiği varsayılan anayasal devletler için bu ortak değerleri gerçekleştirmek yönünde bulunan çözümlerden birisi olarak da düşünülebilir. Devletlerin üzerinde uzlaştıkları değerlerin bir kısmı ifadesini uluslararası hukuk kurallarında bulur.

Bu nedenle uluslararası hukukun da hangi kapsam ve bağlamda anayasallık blokuna dâhil edilmesi gerektiğinin üzerinde durmak gerekir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde uluslararası hukukun şekli kaynakları asli kaynaklar ve yardımcı kaynaklar olarak ayrılmış; uluslararası hukuku doğrudan yaratan asli kaynaklar, uluslararası andlaşmalar, uygar uluslarca tanınmış genel

hukuk ilkeleri ve uluslararası teamüller olarak tespit edilmiştir. Uluslararası hukukun yardımcı kaynakları ise mahkeme kararları ve öğretilerdir.¹¹⁰⁵

Anayasamızda uluslararası hukukun iç hukuk üzerindeki etkisine ilişkin genel bir kural mevcut değildir. **Özbudun**'a göre yürürlükteki Türk pozitif hukukuna göre uluslararası hukukun, anayasaya uygunluk denetiminde genel ve bağımsız bir ölçü norm olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla beraber 1982 Anayasasının uluslararası hukuka açıkça atıf yaptığı dört durum bakımından ilgili uluslararası hukuk kuralının ölçü norm olarak kullanılması da mümkündür.¹¹⁰⁶ Türk Anayasa Mahkemesi, **Kaboğlu**'nun ve **Teziç**'in tespitlerine göre, hukukun genel ilkelerini “bağımsız ölçü norm” olarak kullanmakta; uluslararası hukuk normlarını ise bir “destek ölçü norm” olarak ele almaktadır.¹¹⁰⁷ **Yüzbaşıoğlu**, Mahkemenin “uygar

¹¹⁰⁵ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38: “1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;

b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını;

c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. Madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemesiz.”

¹¹⁰⁶ Bu dört madde Anayasa m. 15, 16, 42 ve 92'dir. Özbudun'un belirttiği gibi m. 92'deki düzenleme bir kanunun değil bir parlamento kararının konusu olarak Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi mümkün olan bir norm değildir. Anayasanın 42. maddesi ise uluslararası hukuktan değil de bir uluslararası andlaşmadan bahsetmektedir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması konusunda ve temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için sınırlandırılması konusunda anayasanın atfı gereğince Anayasa Mahkemesi bu konularda denetim yaparken konuyla ilgili bütün uluslararası hukuk kurallarını ölçü norm olarak kullanabilecektir. **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 396.

¹¹⁰⁷ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 128; **TEZİÇ** Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, AYD, C. 2, 1985, ss. 21-38, s. 27-28. Bağımsız Ölçü Norm – Destek Ölçü Norm ayrımı konusunda Gözler'in dikkate alınması gereken bir itirazı vardır. Yazar Türk doktrininde destek ölçü norm olarak adlandırılan kavramın aslında kararın hukuki dayanağını (*ratio decidendi*) teşkil etmeyen ancak faydalı görüldüğü için yapılan bir açıklamayı (*orbiter dictum*) ifade ettiğini ve bu nedenle de destek ölçü normun son tahlilde bir ölçü norm olarak nitelendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku, s. 886-887. Gözler'in bu görüşüne karşı çıkan Hekimoğlu bağımsız ölçü norm – destek ölçü norm ayrımının yapılmaması hâlinde, doğrudan pozitif anayasa hukukunda karşılığı bulunmayan evrensel ilkelerin anayasallık blokuna dahil edilmesi imkanının ortadan kalkacağını, bunun da “hukukun üniversal birikiminden ve standartlarından kopuk, üçüncü dünyacı, soyutlanmış ve izolasyonist bir hukuk anlayışı”ni sonuçlayacağını ifade etmektedir. **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 176. Hekimoğlu, anayasallık bloku konusunda katı bir pozitivizmin, devleti evrensel hukuk düşüncesinin geride bırakacağı yönündeki kaygılarında haklı olmakla beraber bu konunun bağımsız – destek ölçü norm ayrımı ile bir ilgisi yoktur. Gerçekten Mahkeme anayasaya uygunluk denetiminde açıkça Anayasada düzenlenmiş olmayan bir çağdaş hukuk ilkesine atıf yapabilmeli ve sırf bu gerekçeye dayanarak da iptal kararı verebilmelidir. Yoksa Gözler'in ifade ettiği gibi, Mahkeme'nin karara esas olmayan unsurlara bir bağlayıcılık değeri atfederek sanki kararlarını uluslararası hukuka, uluslararası

uluslarca tanınmış hukukun genel ilkeleri”nin ulusal hukuk karşısındaki üstünlüğünü kabul etmiş olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre Mahkeme, uluslararası hukuk kurallarını “destek ölçü norm” olarak anayasallık blokuna dâhil etmiştir.¹¹⁰⁸

a. Hukukun Genel İlkeleri

Kaboğlu'nun tespitine göre hukukun genel ilkeleri konusunda genel geçer, tek bir tanım yapmak mümkün değildir. Bu bağlamda yazar, hukukun genel ilkeleri konusunda çeşitli tanımları tespit etmekte ve bu tanımlarda ortak olan iki noktaya işaret etmektedir: Hukukun genel ilkeleri, pozitif hukukun yorumlanmasında ve anlamlandırılmasında temel bir işleve sahiptir; hukukun genel ilkelerini hukuksallaştıran jürisprüdanstır.¹¹⁰⁹ **Gülsoy** da hukukun genel ilkelerinin pozitif hukukun yorumlanması konusundaki işlevine işaret etmektedir.¹¹¹⁰ Böylece hukukun genel ilkeleri, yazılı biçimde düzenlenmiş olmak şartına bağlı bulunmadan, yargı yerlerince pozitif hukuku anlamlandırmakta kullanılan, bir hukuk düzeninin üzerinde yükseldiği temel ilkeleri ifade eder. **Özbudun** ve ona referansla **Çağlayan** da hukukun genel ilkelerine riayetin hukuk devletinin bir gereği olduğunu ifade etmektedir.¹¹¹¹ **Yüzbaşıoğlu**'na göre “hukukun genel ilkeleri” başlıca şu şekilde sıralanabilir:¹¹¹²

- *Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi.*
- *İyi niyet ilkesi.*
- *Ahde vefa ilkesi.*
- *Kazanılmış haklara saygı ilkesi.*
- *Kanunların geriye yürümezliği ilkesi.*
- *Kesin hükme saygı ilkesi.*

yargı yerlerinin içtihatlarına ve mukayeseli hukuka dayandırılmış gibi yapmanın da bir anlam ve değeri yoktur. Nitekim Fransız Anayasa Konseyi “herhangi bir anayasal metne yollama yapma gereğini de duymaksızın, ‘anayasal değerde genel ilkeler’ kavramını oluşturmuş ve böylece ‘anayasallık bloku’nu tamamen içtihadî yoldan daha da genişletmiştir.” **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 394.

¹¹⁰⁸ **YÜZBAŞIOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 5, 22. Aynı yöndeki bir diğer tespit de Fendoğlu'na aittir. **FENDOĞLU** H. Tahsin, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, AYD, C. 17, 2000, ss. 363-385, s. 380.

¹¹⁰⁹ **KABOĞLU**, İbrahim Ö., “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı: Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım”, AYD, C. 8, 1991, ss. 291-322, s. 291-296.

¹¹¹⁰ **GÜLSOY** Tefik, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy.html>, E.T.: 25.08.2010.

¹¹¹¹ **ÇAĞLAYAN** Ramazan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi”, AÜEHFD, C. II, S. 1, 1998, ss. 41-54, s. 57; **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa..., s. 397.

¹¹¹² **YÜZBAŞIOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 7, 23.

- *Devlete güven ilkesi.*
- *Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz hale gelmesi ilkesi.*
- *Özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesi.*

Hekimoğlu, anayasada belirtilenlerin dışında, özellikle hukukun genel ilkeleri arasında yer alıp da doğrudan pozitif anayasa hukukunda bir karşılığı bulunmayan birtakım ilkelerin anayasallık blokuna dâhil edilmesinin anayasa yargısının etkinlik ve işlev alanını genişletip pekiştireceğini ifade etmektedir.¹¹¹³

Anayasa Mahkemesi 1964 yılında vermiş olduğu bir kararında hukuk devletinde hukukun bilinen uygar ulusların hukukuna uygun olması gerektiğine işaret etmektedir. Yatılı olarak tıp fakültesinde okuyan öğrenciler için bir zorunlu hizmet şartı koyan, bu zorunlu hizmetin yerine getirilmemesi hâlinde de bir “tazminat” şartı öngören 2000 sayılı Kanun, ayrıca bu tazminatın da ödenmemiş olması hâlinde bir hürriyeti bağlayıcı cezayı öngörmesi sebebiyle Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Mahkeme, hukuk devletinin temel bir anayasal ilke olduğunu; bu açıdan kanunların da Anayasa’dan da önce “*hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması*” gerektiğini içtihat etmiştir. Bu bağlamda devletin bir özel hukuk alacağını hürriyeti bağlayıcı ceza şartına bağlamış olması üstün hukuk ilkelerine aykırı bulunmuştur.¹¹¹⁴

Aynı yaklaşım 1982 Anayasası döneminde de sürdürülmüştür. Mahkemeye göre: “*Hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir...Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.*”¹¹¹⁵

¹¹¹³ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 176.

¹¹¹⁴ AYMK, E. 1963/166, K. 1964/76, K.T. 22.12.1964.

¹¹¹⁵ AYMK, E. 1985/31, K. 1986/11, K.T. 27.3.1986. Aynı formülün tekrar edildiği yakın tarihli bir karar için AYMK, E. 2008/70, K. 2010/21, K.T. 29.1.2010.

b. Uluslararası Andlaşmalar

Uluslararası andlaşmaların ulusal hukuk üzerindeki etkileri eskiden beri tartışılmaktadır.¹¹¹⁶ Bu andlaşmalar içinde insan haklarına ilişkin olanların da ayrı bir yere sahip olduğu söylenebilir. **Özdek**, AIHS özelinde yapmış olduğu değerlendirmesinde, Sözleşmenin farklı hukuk düzenlerinde farklı hukuki değere sahip olduğunu ifade etmektedir. Buna göre Sözleşme Hollanda’da “anayasa üstü” bir değere sahipken Avusturya’da “anayasa değerinde”dir. Sözleşmeye taraf devletlerin büyük çoğunluğunun anayasal hükümleri ve içtihat hukuku ise Sözleşmeye “anayasanın altında fakat kanunların üzerinde” bir değer tanımaktadır. Nihayet **Özdek**’in ifade ettiğine göre Danimarka, Finlandiya, Almanya, İzlanda, İtalya, İsveç gibi bazı devletlerde Sözleşme “kanunla eşdeğer”dedir.¹¹¹⁷ Bu tartışmanın ülkemize yansımalarıyla da uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki değeri konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmış; buna göre uluslararası andlaşmaların “kanun değerinde”, “kanunun üzerinde”, “anayasal değerde” ve “anayasanın üzerinde” olduğu doktrinde ve uygulamada ileri sürülmüştür.¹¹¹⁸

2004 yılına gelene kadar ülkemizde sürdürülen bu tartışma, 5170 sayılı kanunla Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümle ile belli ölçüde ortadan kalkmıştır. Düzenlemeye göre “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Tanör’ün belirttiği gibi insan hakları, pozitif hukuku aşan bir anlam ve kapsama sahiptir. Olan kadar olması gerekeni de içine alır. “*O kadar ki, kamu otoritelerince reddedilenler bile insan hakları kavramı çerçevesinden sürülüp çıkartılmış sayılmazlar.*”¹¹¹⁹ Aynı yönde görüş ifade eden **Özdek** de insan haklarının üstünlüğü ilkesinin bir tabii hukuk savunusuna indirgenemeyeceğini; çağdaş anayasaların içerdiği “insan hakları, özgürlük, eşitlik” gibi ilkelerin “*insan*

¹¹¹⁶ **PAZARCI** Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan, 3. Bası, Ankara 2005, s. 18-30; **SUR** Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 48-54.

¹¹¹⁷ **ÖZDEK** Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AIHS Sistemi, AIHM Kararlarında Türkiye, TODAİE Yay., Ankara 2004, s. 84-85.

¹¹¹⁸ **KILINÇ** Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin, Ankara 2006, s. 323-330;

ÖZDEK, Avrupa..., s. 85-93.

¹¹¹⁹ **TANÖR** Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, BDS, 3. Bası, İstanbul 1994, s. 13-14.

haklarından yana bir yorum yapma iradesini taşıyan yargıcın dayanabileceği pozitif hukuksal temeller” olduğunu ilave etmektedir. Bu bağlamda Türk anayasasının hâkim için bu doğrultuda tanıdığı yetki, “insan haklarına saygılı devlet” ilkesinde ifadesini bulmaktadır. Yazarın açık ve yerinde bir yaklaşımla savunduğu gibi, yargı yerlerinin, özellikle de anayasa mahkemelerinin, “hak ve özgürlüklerden hareketle ‘değer’lendirilen hukuk devletini” gerçekleştirmesinin yöntemi, “yargıç yaratısı hukuk”tur.¹¹²⁰ Buna göre **Çağlar**’ın kavramsallaştırmasıyla “*haklar şartı Anayasa*”yı yazmanın en temel aracı, **Kaboğlu**’nun ifadesiyle “*hâkimin pretoryen yetkisi*”dir.¹¹²¹ **Özdek**, **Sancar**’ın bu doğrultuda esas olanın, normun ya da kanun koyucunun iradesini ortaya çıkartmaya çalışan katı bir pozitivizmin olmadığı fakat “*sosyal gerçekliği de dikkate alan, norm ile sosyal gerçeklik arasındaki kopukluğu önlemeye çalışan*” bir yaklaşımın benimsenmesi olduğu yönündeki görüşlerine dikkat çekmektedir.¹¹²²

3. Anayasa Mahkemesi Kararları

Böylece içtihadi hukuk’un anayasallık bloku içindeki anlam ve değeri sorununa ulaşılmış olmaktadır. Yargısal denetim söz konusu olduğunda tartışma anayasa mahkemesi kararları ekseninde yürütülecek ve soru şu şekilde sorulabilecektir: Anayasa mahkemeleri, önlerindeki olayda, doğrudan önceki içtihatlarına dayanarak karar verebilir mi? Konu aşağıda Mahkeme kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığı bakımından tekrar ele alınacak olmakla beraber burada da kısaca değinilebilir.

Mahkeme kararlarından çıkarsanan yazılı olmayan bir hukuk olarak *common law* geleneğine bağlı devletler bakımından Mahkeme kararlarının sonraki yargılamalar bakımından bağlayıcılığı kıta Avrupası hukukuna nazaran daha kesindir. **King** ve **Hawley**’in aktardığına göre bu bağlayıcılık başlangıçta nispi bir nitelik, bir delil niteliği, taşırken giderek mahkemeler emsal kararların kesin surette bağlayıcı olduğu görüşünü benimsemişlerdir. Böylece bir yandan yüksek mahkemenin vermiş olduğu bir karar kendisine nazaran alt derecede bulunan diğer mahkemeler için bağlayıcı hâle gelirken; 1861’de Lordlar Kamarasının önceki içtihatları ile bağlı olduğunu ilan etmesiyle birlikte emsal kararın bağlayıcılığı

¹¹²⁰ **ÖZDEK**, Avrupa..., s.94.

¹¹²¹ **ÇAĞLAR**, “*Anayasanın Hukuku...*”, s. 35-36; **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 187.

¹¹²² **SANCAR**, ‘Devlet Akli’..., s. 206-210; **ÖZDEK**, Avrupa..., s. 94.

zorunlu hâle gelmiştir. Amerikan hukukunda ise emsal kararlar bir çıkış noktası teşkil etmekle birlikte ve genellikle önceki kararlar yapılan yargılamalara esas alınmakla birlikte bu bir mutlak bağlayıcılıktan ziyade hukukun tedrici olarak inşasını ifade etmektedir. “*Emsal doktrini –bir mahkeme kararının (ratio decidendi)’sinin bu mahkemeyi ve ast mahkemeleri bağlayacağına dair umumi prensip- İngiltere’de oldukça sıkı surette, Amerika Birleşik Devletlerinde daha az kuvvetli bir şekilde tatbik edilen bir doktrindir.*”¹¹²³ Böylece görülmektedir Anglo-Sakson sisteminde önceki içtihadın sonraki yargılamalar karşısında büsbütün anlamsız olduğu söylenemez.

Buna karşılık kıta Avrupası’nda ise mahkemelerin kendi vermiş oldukları önceki kararlarla dahi bağlı oldukları ileri sürülemez. **Yüzbaşıoğlu**, Anayasa Mahkemelerinin gelişmekte ve değişmekte olan toplumsal şartları göz ardı ederek önceki içtihatlarında ısrarcı olmalarının Anayasa’yı toplumun gerisinde bırakacağını ifade etmektedir. Bununla birlikte yazara göre Anayasa Mahkemesi istikrarlı kararlar vermeye ve ancak toplumsal koşullar içtihadı zorlamaya başladığında içtihadını değiştirmeye dikkat etmelidir. Mahkemenin hukuki istikrar ile anayasanın sürekliliği arasındaki dengeyi sağlamasındaki yaklaşım bu olmalıdır.¹¹²⁴

Türk Anayasa Mahkemesi bakımından bir değerlendirme yapıldığında Mahkemenin, ilke olarak kabul etmekle beraber, uzunca bir süre doğrudan önceki içtihatlarına dayanarak iptal kararı vermek yerine; yeniden denetlediği kanunun “aynı” nitelikte olmaması sebebiyle tekrar bir denetim yaparak iptal kararı vermek yoluna gittiği görülür.¹¹²⁵

Buna karşılık Mahkeme 1992 yılında TBMM üyelerinin ödenek, yolluk ve emekliliklerine ilişkin bir düzenlemeyi, daha önce aynı konuda vermiş olduğu iptal kararına aykırılık teşkil eden bir kanunun çıkartılamayacağı gerekçesiyle iptal etmek yoluna gitmiştir. Mahkemeye göre “*İtiraz konusu tümcenin, Anayasa Mahkemesinin (02.12.1986 tarihli ve E. 1986/22, K. 1986/28 sayılı) kararı göz önüne alınmadan ve Anayasa’nın 153. maddesinin öngördüğü ‘Anayasa Mahkemesi kararlarının*

¹¹²³ KING Edward/ HAWLEY Joseph, “İngiliz (Common Law) ’unun Gelişmesi”, Çev.: İlhan Lütem, AÜHFD, C. 16, S. 1-4, 1959, ss. 178-233, s. 216-220.

¹¹²⁴ YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında..., s. 196.

¹¹²⁵ AYMK, E. 1970/39, K. 1971/44, K.T.: 20.04.1971; AYMK, E. 1986/18, K. 1986/24, K.T.: 08.10.1986; AYMK, E. 1988/11, K. 1988/11, K.T.: 24.05.1988.

bağlayıcılığı' ilkesine uyulmadan yasalaştırılması karşısında öteki maddeler yönünden ayrıca incelenmesine gerek görül(meden)" iptali gerekir.¹¹²⁶

Mahkeme 13.05.1998 tarihli kararında konuyu daha geniş biçimde ele almış; Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının bir anayasa kuralı olduğuna işaret ederek, Mahkemenin daha önce iptal ettiği bir kanunla özdeş bir düzenleme yapılmasının Anayasaya aykırı olacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre: *"Anayasa'nun 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur.*

Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde, hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasakoyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetim bu amacı gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaşmasına Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının, iptal edilen kuralın aynını veya benzerini yasalaştırması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin etkinliği ortadan kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir.

Bir yasa kuralının, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kural ile 'aynı' ya da 'benzer nitelikte' olması

¹¹²⁶ **AYMK**, E. 1992/38, K. 1993/5, K.T.: 02.02.1993; Mahkeme'nin aynı ifadeleri kullandığı bir başka kararı için **AYMK**, E. 1996/4, K. 1996/39, K.T.: 17.10.1996.

gerekir. Bunların saptanabilmesi ise öncelikle, aralarında 'özdeşlik', yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesine bağlıdır...

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlik kazandırılmaz. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarının etkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu kuşkusuz olan itiraz konusu kural, iptal edilen kurallarla teknik, içerik ve kapsam yönünden özdeştir... Bu nedenlerle, ... (i)ptali gerekir.”¹¹²⁷

Böylece görülmektedir ki Türk Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yaparken Mahkemenin önceki içtihatlarına aykırılığı bir iptal sebebi olarak değerlendirmekte ve Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını düzenleyen Anayasanın 153. maddesi gereğince iptal kararı vermektedir.

III. KANUNLARIN YARGISAL DENETİMİNDE KABUL EDİLEN SİSTEMLER

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, farklı hukuk sistemlerinde farklı biçimlerde düzenlenmiştir.¹¹²⁸ Bu nedenle yargısal denetim, çeşitli kriterlerden hareket edilerek incelenebilir. Örneğin *Tunaya* ve *Özçelik* denetimi gerçekleştiren organlardan hareketle ve denetim yollarından hareketle ikili bir ayrımı esas alarak yargısal denetimi incelemiştir.¹¹²⁹ *Feyzioğlu* yargısal denetimi yapan organ bakımından, bu organın işe el koyma tarzı bakımından ve yargısal denetimin sonucu bakımından üçlü bir değerlendirme ölçütü önermiştir.¹¹³⁰ *Armağan* ise denetimin zamanı, denetimi gerçekleştiren organ, denetimin yolları ve verilen kararın etkisi bakımından dördü bir tasnif ortaya koymuştur.¹¹³¹

Bu çalışmada da, önce denetimin yapıldığı zamana göre bir değerlendirme yapılacak, daha sonra denetimi gerçekleştiren organa göre yargısal denetim ele alınacak ve nihayet bu organın hangi yöntemlerle harekete geçirileceği

¹¹²⁷ AYMK, E. 1996/51, K. 1998/17, K.T.: 13.05.1998.

¹¹²⁸ DURAN, “Türkiye’de...”, 59.

¹¹²⁹ TUNAYA, Siyasal Kurumlar..., s. 137 vd.; ÖZÇELİK, Esas Teşkilât Hukuku..., s. 222 vd.

¹¹³⁰ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 48. Aynı yönde bir sınıflandırma için bkz. CAPPALLETI, Judicial Review..., s. 45-96.

¹¹³¹ ARMAĞAN, Türk Esas Teşkilat Hukuku, s. 260-262.

incelenecektir. Yargısal denetim sonucunda verilen kararın hukuki etkileri ise bir sonraki başlığın konusudur.¹¹³²

A. ÖNCEDEN DENETİM (A PRIORI DENETİM) – SONRADAN (A POSTERIORI DENETİM)

1. Önceden Denetim ve Fransa Örneği

Önleyici denetim, *a priori* denetim, preventif denetim gibi kavramlarla ifade edilen önceden denetim, kanunun yayınlanmasından önce gerçekleştirilen denetimdir. Sonradan denetime nazaran daha ender başvurulmuş önceden denetimin klasik örneği Fransa'dır.¹¹³³

4 Ekim 1958 tarihli Fransız V. Cumhuriyet Anayasası'na göre önceden denetim zorunlu veya ihtiyari olabilir. Anayasaya göre organik kanunların¹¹³⁴ ve meclis içtüzüklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi zorunludur. (Fransız 1958 Anayasası m. 61/I) Organik kanunlar ancak Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun oldukları açıklandığında yürürlüğe girebilirler (m. 46/V).¹¹³⁵ Alelade kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ise ihtiyaridir (m. 61/II).¹¹³⁶

¹¹³²Bu çalışmanın konusunun kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi olması ve daha önce kısaca değinilmiş olması bakımından artık siyasal denetime yer verilmeyecektir. Ancak tekrar belirtmekte yarar vardır ki Fransız Anayasa Konseyi tarafından gerçekleştirilen denetim esasında bir siyasal denetim olmakla birlikte; aynı zamanda yargısallaşmakta olan bir denetimdir. Bu açıdan Fransa'da kanunların anayasaya uygunluk denetiminin bir "yargısal denetim" olarak görülmesinde, bir sakınca yoktur. **TEZİÇ**, *Anayasa Hukuku...*, 179.

¹¹³³ **ARMAĞAN**, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, s. 261; **ALİFENDİOĞLU**, *Anayasa Yargısı...*, s. 46; **TUNÇ**, *Karşılaştırmalı...*, s. 56.

¹¹³⁴ Fransız hukukunda organik kanun Anayasanın 46. maddesinde düzenlenmektedir ve Gözler'in aktardığına göre normlar hiyerarşisinde anayasanın altında ve alelade kanunların üzerinde yer alırlar. Savcı, organik kanunun bir devlet organı yaratan veya devlet organlarının "*bünyelerini gösteren*" ve nitelikli çoğunlukla kabul edilen kanunlar olduklarını ifade etmektedir. Atay'ın aktardığı üzere Fransız hukukundaki anlamıyla organik kanun bizzat anayasa tarafından öngörülen metinleri belirginleştiren veya tamamlayan kanunlardır. Bu anlamıyla organik kanunlar anayasadaki düzenlemelerle benzer bir içeriğe sahiptir. Daver de organik kanun kavramının Türk hukuk sisteminde bir karşılığı bulunmadığına işaret ettikten sonra organik kanunu geniş anlamıyla temel devlet organlarını yaratan veya ortadan kaldıran ve bu devlet organlarının bünyelerini gösteren kanunlar olarak tanımlamaktadır. **ATAY** Ender Ethem, "*Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, ss. 503-549, s. 513, 516, dn. 19; **DAVER**, "*Kanunla İlgili...*", s. 220; **GÖZLER** Kemal, "*Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?*", AÜSBFD, C. 55, S. 3, 2000, ss. 81-101, s. 84; **SAVCI** Bahri, "*Kanun Tekniği İle İlgili Meseleler' Üzerinde Bir Seminer*", AÜSBFD, C. 16, S. 4, 1961, ss. 205-215, s. 208. 1958 tarihli Fransız Anayasasında bir organik kanun tanımı yapılmamış olmakla beraber Anayasa bir çok yerinde ilgili konunun bir organik kanunla düzenlenmesini emretmektedir. 46. maddede ise Anayasada organik kanun olarak nitelendirilen kanunların ancak anayasa Konseyi tarafından anayasaya uygun olduğu ilan edildikten sonra ısdar edilebileceği düzenlenmiştir. Fransa'da organik kanunlar için ayrıca bir çoğunluk öngörülmüş değildir.

¹¹³⁵ Sadece parlamento tarafından yapılan organik kanunlar Anayasa Konseyi'nin incelemesine tâbidir. Referandum yoluyla kabul edilen organik kanunlar Konsey önüne getirilmez. **KORTMANN**

Kanunların anayasaya uygunluğunun önceden denetimini yapacak olan Anayasa Konseyi, eski Devlet başkanlarından ve diğer üyelerden oluşur. Eski devlet başkanları konseyin doğal üyesidir ve yaşam boyu görev yaparlar. Diğer üyeler ise bir kereliğine -üç üye Cumhurbaşkanı tarafından, üç üye Meclis Başkanı tarafından ve üç üye de Senato Başkanı tarafından- ve dokuz yıl için seçilirler. Fransa’da Anayasa Konseyi üyeliği için hukukçu olmak şartı aranmamaktadır.¹¹³⁷ Üyelerin üçte biri her yıl yenilenmektedir.¹¹³⁸

58-1067 sayılı Anayasa Konseyinin kurulmasına ilişkin organik kanuna göre Konsey üyeleri göreve başlamadan önce cumhurbaşkanının önünde yemin ederler (m. 3). Yemin, Konsey üyelerinin tarafsızlığını sağlamak için öngörülen bir moral araçtır. Anayasa Konseyi üyeliği hükümet üyeliği ile yahut Ekonomik ve Sosyal Konsey üyeliği ile bağdaşmaz. Hükümet üyelerinden birisi yahut Ekonomik ve Sosyal Konsey üyelerinden birisi yahut seçimle iş başına gelmiş bir kimse anayasa Konseyi üyesi olarak atanırsa, aksi yöndeki tercihini sekiz gün içinde açıkça bildirmediği takdirde anılan kanuna göre Konsey üyeliğini tercih etmiş sayılır. Konsey üyeleri milletvekilliğinin bağdaşmayacağı başka hiçbir işle uğraşamayacakları gibi bir başka kamusal görev de üstlenemezler (m. 4, 5)

Troper, bu türde bir yapıdan beklenmeyecek olsa da Konsey kararlarının siyasal nitelikte olmadığını ifade etmektedir. Bunun bir sebebi olarak da Konsey üyelerinin hukukçu, yüksek bürokrat ve akademik kimlikleri gösterilmektedir. Konseyin geniş takdir yetkisi bağlamında gerektiğinde hukuk dışı değerlere dayalı kararlar verdiği de görülmekle beraber yazar kararların genellikle bir hukuk zemininde verildiğini ifade etmektedir. Bu açıdan atanan üyelerin siyasal kimlikleri

Constantijn, “*The French Republic*”, Çev.: Pete Thomas, içinde: Constitutional Law of 15 EU Members, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 239-308, s. 283.

¹¹³⁶ Aynı yönde bir düzenleme Anayasa Konseyini düzenleyen Organik Kanunun III, 2, b maddesinin Anayasallık Denetimi başlık ve Denetimin Gerçekleştirilmesi alt başlığını taşıyan kısmının 1. ve 2. paragraflarında da mevcuttur.

¹¹³⁷ Buna karşılık Ülgen ve Altunç, Konsey’in hiçbir döneminde hukukçu olmayan üye sayısının dördün üstüne çıkmamış olduğunu tespit etmektedir. Hukukçu üyelerden ise en az bir tanesi, yazarların tespitine göre 2007 yılına kadar, alanında saygınlığı kabul edilen bire kamu hukuku profesörü ve diğerleri de ağırlıklı olarak idari yargı alanında görev yapan meslekten hâkimlerdir. Konsey üyeleri arasında adli yargı menduplarının sayısının az olmasını da yazarlar Konsey’in siyasi parti kapatma ya da Yüce Dîvan görevlerinin bulunmamasına bağlamaktadır. **ÜLGEN ÖZEN/ALTUNÇ** Sinan, “*Fransız Anayasa Konseyi*”, içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 53-58, s. 55-56.

¹¹³⁸ **PROVINE/GARAPON**, “*The Selection...*”, s. 181; **KORTMANN**, “*The French Republic*”, s. 280.

verilen kararlarda genellikle etkili olmamaktadır. **Troper**, Fransız Anayasa Konseyinin, üyeleri parlamentolar tarafından seçilen diğer Anayasa Mahkemelerinden daha fazla ya da daha az siyasal olmadığını ifade etmektedir.¹¹³⁹

Aliefendioğlu, Fransa’da “önceden denetimin” iki şekilde işletildiğini ifade etmektedir. İlk olarak önceden denetim, hükümetin münhasır düzenleme yetkisine sahip olduğu bir konuda yapılan kanun tekliflerine ilişkin olarak gerçekleştirilebilir. Önceden denetime başvuru ikinci durum ise Cumhurbaşkanı, Başbakan, iki Meclis Başkanı veya altmış milletvekili veya senatör tarafından, bir kanunun parlamentoya kabulünden sonra fakat yayınlanmasından önce anayasaya uygunluk denetimi için Konsey’e başvurulmasıdır.¹¹⁴⁰ Fransa’da sonradan denetimin gerekliliği konusunda görüşler ileri sürülmüş, bireylerin de mahkemeler önünde anayasaya aykırılık itirazında bulunması gerektiği söylenmiş hatta bu doğrultuda bir anayasa değişiklik teklifi de hazırlanmış fakat teklif bir anayasa normu hâline gelmemiştir.¹¹⁴¹

Kaboğlu, anayasaya aykırılık kararının bir iptal ya da ihmal sonucu doğurmadığını, yasama sürecinin bir parçası olan anayasal denetimin sonucunda yetkili organlar için bir “yürürlüğe koymamak mecburiyeti” doğduğunu ifade etmektedir.¹¹⁴² Konsey’in önüne gelen metnin “belli bir şekilde yorumlanması hâlinde anayasaya uygun” olduğunu tespit etmesi de mümkündür.¹¹⁴³ Parlamento, metni Anayasa Konseyi’nin kararına uygun olarak yeniden şekillendirebilir. Bunun dışında anayasaya aykırılık hâlinde Cumhurbaşkanı’nın kanunu yeniden görüşülmek üzere Parlamento’ya geri göndermesi de mümkündür. (m. 10)¹¹⁴⁴ Anayasa Konseyinin kuruluşuna ilişkin kanunun 20. maddesine göre kararlar gerekçeli olarak verilir. Konsey kural olarak bir ay içinde karar verir ancak Hükümetin konunun aciliyetini bildirmesi üzerine kararını 8 gün içinde açıklar (m. 25).

Böylece Fransa’da önceden denetimin özelliklerinin şu şekilde sıralanması mümkündür.¹¹⁴⁵

1. Anayasaya uygunluk denetimi önleyici bir denetimdir.
2. Denetim kural olarak soyuttur.

¹¹³⁹ **TROPER**, “*Constitutional Law*”, s. 30.

¹¹⁴⁰ **ALİEFENDİOĞLU**, *Anayasa Yargısı...*, s. 46.

¹¹⁴¹ **TROPER**, “*Constitutional Law*”, s. 31.

¹¹⁴² **KABOĞLU**, *Anayasa Yargısı...*, s. 65.

¹¹⁴³ **TROPER**, “*Constitutional Law*”, s. 31.

¹¹⁴⁴ **TUNÇ**, *Karşılaştırmalı...*, s. 62.

¹¹⁴⁵ **JOZEAU-MARIGNE**, “*Fransız...*”, s. 53-55.

3. Denetim alelade kanunlar için ihtiyari fakat organik kanunlar için zorunludur.

4. Denetim, belirlenmiş siyasal makamlar tarafından harekete geçirilir.

5. Denetim kısa süreler içine sıkıştırılmıştır.

Anayasal denetim şekle ilişkin yahut esasa ilişkin olabilir. Konsey ilke kez 16 Temmuz 1971 yılında vermiş olduğu bir kararında kâr amacı gütmeyen örgütlerin kuruluşunda, tescil işleminden önce kuruluş belgelerinin savcılık tarafından incelenmesi için bir bekleme süresi öngören düzenlemeyi örgütlenme özgürlüğüne aykırı görerek esasa ilişkin denetim yapmış ve bu yöndeki denetim de bir tepkiyle karşılaşmamıştır. Bu kararın Konsey'in 1789 Beyannamesini, 1946 Anayasasının başlangıç kısmını ve Anayasain başlangıç kısmını ölçü norm olarak kullanmaya başladığı ilk karar olması bakımından ve Konsey'in "temel haklar için bir güvence" hâline gelmesi yolunda ilk karar olması bakımından önem taşıdığı ifade edilmektedir.¹¹⁴⁶ Buna karşılık Konsey, uluslararası andlaşmalara atıf yapmaz. Bu daha ziyade idare mahkemelerince gerçekleştirilen denetimler için bir referans normdur.¹¹⁴⁷

Anayasa hukuku öğretisinde geleneksel olarak Fransa'nın, önceden denetim için bir klasik örnek olarak gösteriliyor olması durumu 1 Mart 2010 tarihinden itibaren değişmiştir. Fransız Anayasasında 23 Temmuz 2008 tarihinde V. Cumhuriyet'in kurumlarının modernizasyonuna ilişkin olarak 2008-724 sayılı Kanunun 29. maddesi ile yapılan değişiklikle Anayasaya eklenen m. 61-1 ve m. 62/II ile Fransa'da kanunların anayasaya uygunluğunun somut norm yoluyla denetimi, sonradan denetim, kabul edilmiştir.

1958 tarihli Fransız Anayasasına eklenen m. 61-1'e göre "*Bir mahkeme önünde görülmekte olan bir davada, bir kanun hükmünün Anayasa ile güvence altına alınan bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilirse konu Danıştay yahut Yargıtay tarafından, muayyen bir süre içinde, Anayasa Konseyi'nin önüne getirilebilir.*" Aynı madde, bu türden bir başvurunun şartlarının bir Organik Kanun'la düzenleneceğini de hükme bağlamıştır (AY m. 61-1/II).

¹¹⁴⁶ BEARDSLEY James, "Constitutional Review in France", The Supreme Court Review, Vol. 1975, 1975, ss. 189-259, s. 190, 225-226.

¹¹⁴⁷ KORTMANN, "The French Republic", s. 284.

2008-724 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile Anayasa'nın 62. maddesine eklenen ikinci paragrafta ise, Konsey'in m. 61-1'e göre önüne getirilen düzenlemenin anayasaya aykırı olduğuna hükmetmesi halinde kararın yayımlanmasından ya da kararda ayrıca öngörülen tarihten itibaren geçersiz sayılacağı ifade edilmiştir.

Anayasal buyruğun bir gereği olarak; Fransız Anayasa Konseyi'ni düzenleyen 7 Kasım 1958 tarihli ve 58-1067 sayılı Organik Kanun, 10 Aralık 2009 tarihli ve 2009-1523 sayılı Organik Kanun'la değiştirilmiştir.

2009-1523 sayılı Organik Kanunun anayasaya uygun olduğunu tespit eden Anayasa Konseyi, anayasa koyucunun bu düzenleme ile görülmekte olan bir davada anayasa ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal eden bir kanuna karşı başvuru hakkının yurttaşlara; bir davada ileri sürülen bir ihlal iddiasını Anayasa Konsey'ine iletme yetkisinin Danıştay veya Yargıtay'a; ve bu iddiayı değerlendirmek ve gerektiğinde anayasaya aykırılık kararı vermek yetkisinin de Anayasa Konsey'ine ait olduğunu vurgulamıştır.¹¹⁴⁸

Organik Kanunun 23-1. maddesi açıkça ilk derece mahkemelerinin re'sen (*proprio motu*), anayasaya aykırılık iddialarını Konsey'e gönderemeyeceklerini düzenlemektedir. Bir anayasaya aykırılık iddiasıyla karşılaşan davaya bakmakta olan mahkeme, konuyu bekletici mesele yaparak ve gerekçelerini de belirterek başvuruyu yüksek mahkemeye gönderir. Ancak bu iddianın bir temyiz sebebi olarak ilk kez bir yüksek mahkeme önünde ileri sürülmesi de mümkündür. Madde 23-2'ye göre, iddianın yüksek mahkemeye gönderilebilmesi için şu şartları taşıması gerekir.

1. Bir temel hak ve özgürlüğü ihlal ettiği iddia edilen Kanun, görülmekte olan uyuşmazlık hakkında ya da bu uyuşmazlığı çözümlenekte kullanılacak olan usul kuralları bakımından uygulanabilir olmalıdır.

2. Anılan Kanunun anayasaya uygunluğu hakkında daha önce karar verilmemiş olmalıdır. Bununla birlikte, şartların değişmiş olması halinde, hakkında anayasaya uygunluk kararı verilen bir kanun hükmü aleyhine de somut norm denetimine başvurmak mümkündür.

3. Başvuru gayriciddi olmamalıdır.

¹¹⁴⁸ Fransız Anayasa Konseyi'nin 03.12.2009 tarihli ve 2009-595 sayılı Kararı, § 3. Kararın çevrimiçi İngilizce metni için bkz.: http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/anglais/en2009_595dc.pdf. E. T.: 29.08.2010.

Davaya bakmakta olan Mahkemenin başvuru sekiz gün içinde yüksek mahkemeye göndermesi gerekir. Yerel mahkemenin ihlal iddiasını reddetmesi hâlinde sorun yüksek mahkeme önüne ancak temyiz yoluyla getirilebilir (m. 23-2/III). Bu konuda yüksek mahkeme tarafından verilen kararlar kesindir.

Bekletici mesele yapılarak yüksek mahkeme ya da Anayasa Konseyi'ni önüne getirilen davada, Danıştay ya da Yargıtay'dan yahut Konsey'den bir karar çıkana kadar yargılamaya devam edilemez. Buna karşılık hazırlık soruşturması devam eder; mahkeme gerekli gördüğü geçici tedbirleri alarak, koruma tedbirlerine karar verebilir. Başvurucunun tutuklu olduğu hâllerle, başvuru hakkında tutuklama koruma tedbirine başvurulması gereken hâller bakımından bekleme kararı verilemez. Kanunun belli bir süre içinde karar verilmesini gerektirdiği durumlar ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mahkeme, bekleme kararı vermeksizin yargılamaya devam edebilir. Yargılamanın durdurulması, taraflardan birinin hakları için telafisi güç ya da imkânsız sonuçlar doğuracaksa, dosyayı yüksek mahkemeye gönderen yerel mahkemenin, bu konular üzerinde karar vermesi de mümkündür. Anayasa Konseyi'nin önüne geldiği halde yerel mahkemece karara bağlanmış olan bir dosya temyiz edildiğinde, hakkında hürriyeti bağlayıcı bir cezaya karar verilmiş olan başvuru varlığı hâli ile belirli bir süre içinde yargılamanın tamamlanması gereken hâller müstesna, yüksek mahkeme yargılamanın durdurulmasına karar verir (m. 23-3).

Yerel mahkeme tarafından kendisine anayasaya aykırılık başvurusunun gönderildiği yüksek mahkeme, başvuru şartları gerçekleşmiş olan iddiayı üç ay içinde Anayasa Konseyi'ne iletir. Anayasa Konseyi, yüksek mahkeme için m. 23-4 ile belirlenen bu üç aylık sürenin AY m. 61-1'de öngörülen “*muayyen bir süre içinde*” ibaresi ile de uyumlu olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁴⁹ Yüksek mahkeme için başvuruyu değerlendirme süresi üç ay olmakla beraber, eğer başvuru hakkında bir hürriyeti bağlayıcı cezaya veya tedbire başvurulmuş yahut gecikmesinde sakınca bulunan bir durum söz konusu ise yüksek mahkeme bekleme kararı veremez (23-5/II).

Anayasaya aykırılık iddiası hakkında Yargıtay Başkanı, daire başkanları ve iki üyeden oluşan bir komisyon tarafından başvurunun Anayasa Konseyi'ne

¹¹⁴⁹ Fransız Anayasa Konseyi'nin 03.12.2009 tarihli ve 2009-595 sayılı Kararı, § 27.

gönderilip gönderilmeyeceği hakkında, gerekçeli olarak, karar verilir. Bu konudaki karar da taraflara sekiz gün içinde bildirilir (m. 23-6/III, 23-7/I, II).

Anayasa Konseyi kendisine yapılan başvurudan Cumhurbaşkanını, Başbakanı, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarını haberdar eder ve bu kişilerin, başvuru hakkında görüşlerini iletmelerini talep eder (m. 23-8/I).

Anayasaya Konseyi tarafından denetlenecek olan “kanun” sadece Parlamento tarafından çıkartılan alelade kanunları, Organik Kanunları ve Parlamento tarafından onaylanan *ordonans*ları¹¹⁵⁰ içerir. Bunun dışında Parlamento tarafından onaylanmayan *ordonans*lar, Kararnameler, Hükümet Emirleri ya da bireysel kararlar anayasaya uygunluk denetiminin konusunu teşkil etmez.

Fransa Cumhuriyeti Resmî Gazetesi’nde 11 Aralık 2009 tarihinde yayımlanan 2009-1523 sayılı Organik Kanun, yayımından sonraki üçüncü ayın ilk günü -01.03.2010- itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Buna göre artık Fransız hukuk sisteminde yalnızca önceden değil fakat sonradan denetimin de kabul edildiği söylenebilir. Özet olarak Fransız hukukunda sonradan denetim için başvuru:

a. Ancak görülmekte olan bir davada uygulanacak olan ve hakkında kural olarak daha önceden verilmiş bir anayasaya uygunluk kararı bulunmayan bir kanunun, Anayasaca güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri ihlal ettiğine yönelik ciddi bir iddianın varlığı halinde;

b. Yerel mahkemenin dosyayı bekletici mesele yaparak yüksek mahkemeye (Danıştay veya Yargıtay’a) gerekçeli olarak göndermesi ve yüksek mahkemenin de konuyu Anayasa Konseyi’ne üç ay içinde iletmesi ile yapılabilir. Konsey kararını, m. 23-10’a göre üç ay içinde verecektir. Anayasa Mahkemesi kararları gerekçeli olarak Resmî Gazete’de yayımlanır (m. 23-11).

Son olarak belirtmek gerekir ki; Fransız Anayasa Konseyi yargı örgütü içinde yer almaz bu nedenle de hukuki açıdan bir yüksek mahkeme değildir. Bununla birlikte Konsey kararları kesindir ve bütün kamusal otoriteleri ve idari ve adli yargı yerlerini bağlar. Bu bağlayıcılığın yalnızca hüküm kısmı için söz konusu olmadığı

¹¹⁵⁰ Fransız Anayasa Hukukunda *Ordonans*’ların hukuksal anlamı için bkz. **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 23-25.

fakat aynı zamanda gerekçenin hükme dayanak teşkil eden kısımları için de söz konusu olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁵¹

2. Sonradan Denetim ve Macaristan Örneği

Giderici, bastırıcı, düzeltici, *a posteriori* denetim de denilen sonradan denetim, yürürlüğe giren ve dava ya da def'i yoluyla anayasaya uygunluğu incelenen bir kanunun iptal ya da ihmali ile sonuçlanan denetimdir. Sonradan denetim, yaygın bir denetim şeklinde uygulanabileceği gibi, merkezî bir denetim şeklinde de gerçekleştirilebilir. Bu bağlamda sonradan denetim yoluna bir iptal davası ile yahut bir itiraz ile başvurulabilir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimin kabul edildiği sistemlerde daha çok sonradan denetim kabul edilmiştir.¹¹⁵²

Önceden denetim kısa bir süre içinde gerçekleştirilmesi bakımından avantajlıdır. Buna göre sonradan denetim daha uzun sürelerle yayılan bir denetim olması bakımından eleştirilir. Önceden denetim bir normun hukuk düzeninde geçerlilik kazanarak hüküm ve sonuçlar doğurmasını en başından engellediği için ve çeşitli hukuksal ilişkilere temel olmuş ve bir dizi kazanılmış hakka kaynaklık etmiş bir normun hukuk âleminden kaldırılmasını gerektirmediği için hukuk güvenliği ilkesine de daha uygundur. Buna karşılık sonradan denetimin bir kazanılmış haklar sorunu doğurması her zaman mümkündür. Bu bağlamda önceden denetim, bir kanunun yürürlüğe girmesi ile ortaya çıkabilecek ve daha sonradan giderilmesi güç olan zararların doğmasını da önler. Önceden denetim anayasaya aykırı kanunların yürürlüğe girmesini engellemesi bakımından kanun koyucunun prestijini arttıran bir yöntemdir ve parlamenter sisteme daha uygundur. Aynı yönde önceden denetim, erkler ayrılığı ilkesi ile de daha uyumludur. Buna karşılık, karmaşık yapıları modern toplumlar içinde ortaya çıkan ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmeler başlangıçta anayasaya uygun olan bir kanunun daha sonra anayasaya aykırı hâle gelmesi sonucunu doğurabilir ve katı biçimde önceden denetim sisteminin benimsendiği bir hukuk düzeni içinde, öngörülemez biçimde daha sonradan anayasaya aykırı hâle gelmiş bir kanunun ortadan kaldırılması da, parlamento istemedikçe, söz konusu olamayacaktır. Kimi zaman da bir kanunun anayasal düzenle uyumlu olup

¹¹⁵¹ <http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/english/presentation/presentation.25739.html>, E. T.: 03.08.2010.

¹¹⁵² ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 98; ONAR, Kanunların..., s. 122; ÖZBUDUN Ergun, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi, İstanbul 1993, s. 160; TİKVEŞ Özkan, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı, EÜİTBF Yay., İzmir 1978, s.256-257.

olmadığını görmek için üzerinden zaman geçmesi ve kanunun uygulanması gerekebilir. Bu açıdan önceden denetim, bir kanunun anayasal düzen ile uyumu konusunda önceden doğrulanamayan bir faraziyeyle dayanır. Bundan başka önceden denetimi gerçekleştiren organın yargısal nitelikte olması da hukuksal bir mekanizmanın siyasallaştırılması sonucunu doğurabilir. Bu açıdan önceden denetim saf yargısal bir denetim mekanizması olmak için elverişli değildir. Sonradan denetim, temel hak ve özgürlüklerin güvencelenmesi bakımından daha uygun bir denetimdir. Görülmektedir ki her bir sistemin olumlu ve olumsuz yönleri bulunmaktadır. Buna karşılık her iki sistemin bir arada kullanıldığı bir birleşik sistemin bu sakıncaları ortadan kaldırması daha kolaydır. Zira önceden ve sonradan denetim sistemleri birbirlerini tamamlayan sistemlerdir. Nitekim post-komünist devletlerin, hukuk devletini kurmak yolunda her iki sistemi de bir arada kabul ettikleri görülmektedir.¹¹⁵³

Bu açıdan Macaristan Anayasa Mahkemesi güzel bir örnektir. Her biri hukukçu olan ve Parlamento tarafından bir kereliğine 9 yıl için atanan 45-70 yaş arasındaki 11 Anayasa Mahkemesi hâkimi Macaristan anayasal düzeni içinde etkin bir rol oynamaktadır.¹¹⁵⁴ Mahkeme, birçok yetkisinin yanında önceden ve sonradan denetim yetkisine de sahiptir. Önceden denetim Millet Meclisi Meclis komisyonlarından biri, elli milletvekili, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca talep edilebilir. Burada Mahkeme, kendisine havale edilen kanunun anayasaya aykırılığına karar verilirse, Cumhurbaşkanı, bu aykırılık Meclis tarafından giderilinceye kadar kanunu yayınlamaz. Sonradan denetim yetkisini soyut norm ya da somut norm yoluyla kullanan Mahkemenin, herhangi bir menfaat şartı aranmaksızın üçüncü kişiler tarafından da harekete geçirilmesi mümkündür. Bu sınırsız *actio popularis* yetkisi, hukukun üstünlüğünü sağlamakta şüphesiz etkili bir araç olmakla beraber, Mahkemenin yükünü de ciddi biçimde arttırmaktadır. Mahkeme bir normun anayasaya aykırı olduğunu tespit ederse, normun geçersizliğine karar verebilir. Bu bakımdan kararlar *erga omnes* etkiye sahiptir. Mahkemenin kararı kesindir ve bütün devlet organlarını bağlar. Macar anayasal düzenine 1990'da giren Anayasa

¹¹⁵³ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 48; KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 70, 74, 76; STEINBERGER, "Models of...", [http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU\(1991\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU(1991)001-e.asp); TUNÇ, Karşılaştırmalı..., s. 58-59.

¹¹⁵⁴ ÖZBUDUN, "Demokrasiye Geçiş...", s. 362.

Mahkemesi, insan haklarının ve erkler ayrılığının kurumsal güvencesi olarak algılanmaktadır.¹¹⁵⁵

B. KANUNLARIN YARGISAL DENETİMİ MODELLERİ

Yaygın denetim ve merkezî denetim iki farklı hukuk kültürünün yansıması olarak ortaya çıkmış, aynı amaca –hukukun üstünlüğü amacına- farklı yöntemler kullanarak hizmet eden iki yargısal denetim türüdür. **Tunç**, yaygın denetim ile merkezî denetim arasında bazı farklılıkların olduğuna işaret etmektedir:¹¹⁵⁶

İlk olarak merkezî yargısal denetimin temel kurumları olan anayasa mahkemeleri, genel yargı sistemi dışında yer alan yargı yerleridir. Yaygın denetimi gerçekleştiren temel bir kurum olarak yüksek mahkemeler ise yargı örgütlenmesinin bir parçasıdır. İkinci olarak anayasa mahkemeleri uzmanlık mahkemeleridir. Mahkeme, önüne getirilen somut olayda bir kanunun anayasaya uygun veya aykırı olduğunu bildirdikten sonra, anayasaya aykırı kanunu hukuk sisteminden temizlemek konusunda da bir yetki sahibidir. Bu nedenle anayasa mahkemesi kararlarının herkes için (*erga omnes*) sonuç doğurduğundan bahsedilir. Buna karşılık yaygın denetimde mahkemelerin gerçekleştirdiği anayasallık denetiminin temel amacı, hukuk sistemini anayasaya aykırı kanunlardan temizlemek değil fakat somut bir uyuşmazlığı hukuki geçerliliği ve bağlayıcılığı olan bir norma dayanarak çözmektir. Hukuki geçerliliğin ve bağlayıcılığın ön koşulunun da bir üst norma uygunluk olması sebebiyledir ki, anayasanın üstünlüğünün kabul edildiği her sistem içinde mahkemeler öncelikle uygulayacakları normların anayasaya uygunluğunu sorgulamaktadırlar. Burada anayasaya aykırılık, sadece somut olayın tarafları arasında (*inter partes*) bir sonuç doğurmakta; birey anayasaya aykırı bir kanun ile bağlanmamaktadır. Üçüncü olarak anayasa mahkemeleri, dava yolu, def'i ya da itiraz yolu ve bireysel başvuru yolları ile ve bu yollara özgü yöntemlerle harekete geçirilebilmektedir. Buna karşılık yaygın denetimde genellikle def'i ya da itiraz yolu olarak adlandırılan yol kullanılabilen, mahkeme ancak uyuşmazlık ölçüsünde bir değerlendirme yapabilmektedir.

¹¹⁵⁵ **GÖZTEPE** Ece, Anayasa Şikayeti, AÜHF Yay., Ankara 1998, s. 21-22; **PACZOLAY**, “The Jurisdiction...”, [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU\(2008\)040-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU(2008)040-e.asp); **ÖZBUDUN**, Demokrasiye Geçiş Sürecinde..., s. 162-163.

¹¹⁵⁶ **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 90. Amerika modeli-Kelsen modeli anayasa yargısı için benzer nitelikte bir karşılaştırma için **FEREJOHN** John E., “Constitutional Review in the Global Context”, Legislation and Public Policy, Vol. 6, No. 1, 2002, ss. 49-59. Çevrimiçi erişim için: <http://www1.law.nyu.edu/journals/legislation/issues/vol6num1/ferejohn.pdf>, E.T.: 15.04.2010.

Bu bağlamda **Kılınç** da müşterek hukuk ile kıta Avrupası hukuku arasındaki bir temel ayrıma dikkat çekmektedir. Kıta Avrupası hukukunda hukukun temel kaynağı kanunlardır. Buna karşılık müşterek hukukun temel kaynağı yargı kararlarıdır. Bu hukuk sistemlerinde *stare decisis* doktrini geçerlidir. Buna göre haklı bir neden olmadıkça mahkemeler vermiş oldukları kararlarla ve aynı konuda daha önce verilmiş olan yüksek mahkeme kararları ile bağlıdır.¹¹⁵⁷

Bunların dışında son olarak, anayasaya uygunluk denetiminin genel mahkemeler tarafından gerçekleştirildiği yaygın denetimin, erkler ayrılığı ilkesi ile daha uyumlu olduğu da iddia edilebilir. Zira burada mahkeme, yasama organının yapmış olduğu bir işleme müdahale etmemekte, kendi yetkisini kullanarak, önündeki uyuşmazlığı uygun gördüğü bir hukuk normu ile çözümlenmektedir.

1. Amerika Modeli: Yaygın Denetim

Amerika modeli, yaygın veya genel denetim, merkezileşmemiş yargı şeklinde adlandırılan sistem, bütün mahkemelerin önlerine gelen davalarda uygulamak durumunda oldukları kanunların anayasaya uygunluğunu incelemeleri esasına dayanır. Hâkim anayasaya uygun kanunu uyuşmazlığı çözümlenmekte kullanacak, anayasaya aykırı kanunu ise somut olayda uygulamayacaktır. Burada söz konusu olan aslında doğrudan bir anayasallık denetimi değil fakat uyuşmazlığı çözümlenmekte kullanılacak normu tespit etmek işidir.¹¹⁵⁸ Bu açıdan **Kaboğlu**'nun aktardığına göre Amerikan sistemi iki temel özelliğe sahiptir: Her mahkeme, kanunun uygulanmasından kaynaklanan bir resmi işlemin anayasallığını davanın taraflarından birinin herhangi bir hakkı zedelenmişse denetleyebilir. Her mahkeme normatif bir işlemin anayasallığını somut bir uyuşmazlık vesilesiyle denetleyebilir.¹¹⁵⁹

Amerikan modeli anayasa yargısı Latin Amerika'da egemen sistemdir: Meksika, Arjantin, Brezilya, Dominik Cumhuriyeti'nde kabul edilmiştir. Avrupa'da, Kelsen modelinin hâkimiyetine rağmen yaygın denetim de uygulamaktadır. Norveç, Danimarka, İsveç ve kısmen de Yunanistan Anayasalarında ve 2000 yılındaki reform ile de Finlandiya'da (m. 106) kabul edilmiştir. Diğer kıtalarda da yaygın denetime

¹¹⁵⁷ **KILINÇ**, "Common Law...", s. 115-117.

¹¹⁵⁸ **ÖZBUDUN**, Demokrasiye Geçiş Sürecinde..., s. 159; **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 79.

¹¹⁵⁹ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı... s. 15-16.

rastlamak mümkündür. Afrika’da Kenya, Uganda ve Nijerya’da ve Asya’da da Hindistan ve Japonya’da uygulanmaktadır.¹¹⁶⁰

a. Norveç

ABD’deki yargısal denetimin temel ilkelerine, yukarıda *Madison Kararı* vesilesiyle değinilmiş olması sebebiyle burada tekrar ele alınmayacaktır. ABD Anayasasından sonra yürürlükteki en eski yazılı anayasaya (17 Mayıs 1814) sahip olan Norveç, Avrupa’da kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul eden en eski devlettir. Norveç’te de yargısal denetim bir anayasal düzenlemenin sonucunda değil fakat Yüksek Mahkemenin uygulamaları ile ortaya çıkmıştır. Anayasasında kapsamlı bir temel haklar kataloğu bulunmayan Norveç’te kanunların sadece anayasaya uygunluğu değil fakat hukukun genel ilkeleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine uygunluğu da sorgulanabilmektedir. Ülkedeki bütün yargı yerlerinin en üst mercii olan Norveç Yüksek Mahkemesinin yargısal denetim yetkisi, önüne getirilen uyuşmazlıkla sınırlıdır. Böylece yargılama hukuku kuralları çerçevesinde Yüksek Mahkemenin önüne gelen davalarda yargısal denetim ancak uyuşmazlıkla ilgili ve uyuşmazlık çerçevesinde gerçekleştirilebilmekte, yargısal denetim ancak bundan yararı olan kişiler tarafından harekete geçirebilmektedir. Bu açıdan anayasaya aykırılık kararlarının *inter partes* etkisinden bahsedilebilir.¹¹⁶¹

b. Brezilya

Amerikan anayasacılığından güçlü biçimde etkilenen diğer bir ülke de Brezilya’dır. Brezilya’nın kamu hukuku üzerindeki Amerikan etkisi, Amerikalı ve Brezilyalı yazarlar tarafından olduğu kadar; Brezilya yargı yerleri tarafından da açıkça dile getirilmektedir. Bu açıdan Brezilya Federal Yüksek Mahkemesinin de (*Supremo Tribunal Federal*) Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinden esinlendiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Federal Yüksek Mahkemenin *Madison Kararı*’ndan esinlenerek “*Anayasanın nihaî sözünü söylemek*” üzere kurulduğu; aynı yönde *Yargıç Frankfurter*’in öğretisine sadık kalınarak, Mahkemenin anayasanın sesi olduğu *Dolinger* tarafından Brezilya Yüksek Mahkemesi kararlarına atıfla

¹¹⁶⁰ ÖZBUDUN, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde...*, 159; KABOĞLU, *Anayasa Yargısı...*, s. 20-21; TUNÇ, *Karşılaştırmalı...*, s. 79.

¹¹⁶¹ ONAR, *Kanunların...*, s. 112; SMITH Carsten, “*Yüksek Mahkeme Uygulamalarında Anayasaya Uygunluk Denetimi Norveç Deneyimi Üzerine Düşünceler*”, AYD, C. 9, 1992, ss. 307-314, s. 307, 308, 314; TUNÇ, *Karşılaştırmalı...*, s. 110-111.

aktarılmaktadır.¹¹⁶² Brezilya, Amerikan anayasacılığından etkilenmiş olmakla birlikte Amerikan anayasasından pek etkilenmiş gibi görünmemektedir: 246 maddelik 5 Ekim 1988 tarihli Anayasa'nın 97. maddesinde mahkemelerin, üyelerinin salt çoğunluğu ile bir kanunun ya da hükümetin bir işleminin anayasaya aykırılığına karar verebileceklerini düzenlemiştir. Bu açıdan Brezilya'da kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin yaygın denetim sistemleri içinde değerlendirilmesi mümkündür ancak ülkede yargısal denetim bir mahkeme içtihadı ile değil, bizzat anayasa ile düzenlenmiştir. Bundan başka Brezilya, Amerika modelinden bir anayasaya aykırılık davasına sahip olmak bakımından da ayrılır. Anayasanın 103. maddesine göre devlet başkanı; Federal Senato ve Temsilciler Meclisi Başkanlık Dîvanları; eyaletlerin yasama meclislerinin başkanlık dîvanları; eyalet valileri; Federal Devlet Genel Savcısı; Avukatlar Birliği (*the Federal Council of the Brazilian Order of Lawyers*); Kongre'de temsil edilen bir siyasal parti; işçi birlikleri konfederasyonları anayasaya aykırılığı tespit davası açabilir. Bu bir iptal davası olmamakla birlikte Federal Yüksek Mahkemenin kararlarının herkes için –bu arada diğer yargı organları ve yürütme için de- bağlayıcı olduğu anayasa tarafından düzenlenmiştir. (AY m. 102, III, 2) Bu açıdan Brezilya sisteminin de *Cappelletti*'nin sınıflandırması ile karma sisteme yaklaştığı söylenebilir.¹¹⁶³

c. İsveç

İsveç anayasasının temel kanunlarından biri olan Devletin Temel Kurumları Kanunu'nun 11. Kısmının 14. maddesinde bir mahkemenin ya da diğer bir kamusal organın temel bir kanuna ya da kendisinden daha üstün bir kanuna aykırı olan ya da şekil açısından esaslı bir hukuka aykırılık içeren normları uygulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Her nasılsa bir üst norma aykırı bir norm meclis ya da hükümet tarafından onaylanmış ise, aykırılığın tespiti hâlinde derhâl geri çekilir.¹¹⁶⁴

Burada ilginç olan nokta, idareye de mahkemeler yanında anayasaya aykırı normları uygulamamak yetkisinin tanınmış olmasıdır. *Meij*'in belirttiğine göre İsveç'te yargı fonksiyonu ile idare fonksiyonu arasında net bir ayırım yapmak kolay değildir. Geleneksel olarak İsveç'te sadece yargının değil fakat bağımsız idari

¹¹⁶² DOLINGER Jacob, "The Influence of the American Constitutional Law on the Brazilian Legal System", The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, No. 4, 1990, ss. 803-837, s. 803-809.

¹¹⁶³ CAPPALLETTI, Judicial Review..., s. 46-51; DOLINGER, "The Influence...", s. 812-818.

¹¹⁶⁴ http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended_6328.aspx, E. T.: 07.04.2010.

otoriteler aracılığıyla idarenin de hükümetten bağımsızlığından bahsedilir.¹¹⁶⁵ İsveç'te kanunların anayasaya aykırılığının yargısal denetimi sorununun “pek de önemli olmadığı”, anayasaya aykırılık teşkil eden bir kanunun kabul edilme olasılığının çok düşük olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁶⁶

d. Finlandiya

Finlandiya 11 Haziran 1999 tarihinde kabul ettiği Anayasası'nın Anayasanın Üstünlüğü başlığını taşıyan 106. maddesinde yargısal denetimi şu şekilde düzenlemiştir: “Önündeki bir davada mahkeme, eğer kanunun uygulanması anayasa ile açık bir çatışma içinde olursa, anayasadaki düzenlemeye öncelik verecektir.” Bu düzenlemeye rağmen, **Onar**, anayasada, önceki dönemlerden beri uygulanmakta olan önceden siyasal denetim mekanizmasının etkinliği sebebiyle, yargısal denetimin sıklıkla uygulanmadığını ifade etmektedir.¹¹⁶⁷ O hâlde Finlandiya anayasası ile kanunların anayasaya uygunluğunun kontrolünde, hem bir “önceden siyasal denetimin” hem de “sonradan, yaygın bir yargısal denetimin” öngörülmüş olduğu söylenebilir.

e. Yunanistan

Yunanistan, “yüksek mahkeme”, “yargısal denetim” ve “siyasal yargı” kavramlarına yabancı olmayan bir gelenekten gelmektedir. Atina'nın en eski kurumlarından olan ve bugün de Yüksek Mahkemenin adına kaynaklık eden *Areopag*, halk mahkemeleri olan ve siyasal yargılamalar da yapan *Ekklesia* ve *Heliastlar Mahkemesi* eski Yunan'ın yargı teşkilatına örnek olarak gösterilebilir. Anılan mahkemeler salt adli yargılama yapan heyetler değildir. Eski Yunan'da yargı faaliyeti, yasama ve yürütme faaliyetleri ile birlikte ele alındıktan başka her bir yargısal organ önünde siyasal, idari, cezai ve hukuki sorunlar çözümlenmiştir.¹¹⁶⁸

Bugün de Yunanistan'da siyasal yargı, genel yargı yerlerinden bütünüyle soyutlanmış değildir. Nitekim Anayasanın 93. maddesinin 4. fıkrasında mahkemelerin anayasaya aykırı kanunlarla bağlı olmadıkları açıkça düzenlenmiştir. Ancak Yunan sisteminde idari yargı ve adli yargı birbirinden ayrı iki sistem hâlinde

¹¹⁶⁵ MEIJ De Jan, “The Kingdom of Sweden”, Çev.: Louise Punt-Heyning, içinde: Constitutional Law of 15 EU Member States, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 799-860, s. 841.

¹¹⁶⁶ CAMERON Iain, “Protection of Constitutional Rights in Sweden”, Public Law, 1997, ss. 488-512, s. 508-509.

¹¹⁶⁷ ONAR, Kanunların..., s. 101-102.

¹¹⁶⁸ ARSAL, Umumî..., s. 110-112, 117-120, 122-124.

oluşturulmuştur. İdari yargıda en yüksek mahkeme Yüksek İdare Mahkemesi ve adli yargıda en yüksek mahkeme de Yüksek Hukuk ve Ceza Mahkemesi'dir. Bunların dışında bir de Sayıştay bulunmaktadır. Yüksek Mahkemeler arasında bir kanunun anayasaya aykırılığına ilişkin bir içtihat farklılığı doğarsa sorun Anayasanın 100. maddesinin 1. fıkrasının "e" bendine göre Özel Yüksek Mahkemenin önüne getirilir. Özel Yüksek Mahkemenin kararına göre ya kanunun anayasaya aykırı olduğu tespit edilerek madde iptal edilir ya da anayasaya uygun olduğuna karar verilir. Bu durumda ilgili yargı yerleri Özel Yüksek Mahkemenin kararı ile bağlı olacaktır. Özel Yüksek Mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını görüşeceği zaman Yüksek İdare Mahkemesi başkanı, Yüksek Hukuk ve Ceza Mahkemesi başkanı, bu mahkemelerden iki yıllık bir süre için kura ile belirlenecek dörder üye ve yine kura ile belirlenecek iki hukuk profesörünün katılımı ile toplanır; (m. 100/4) mahkemenin kararı kesindir.¹¹⁶⁹

2001 yılında yapılan bir değişiklikle Anayasanın 100. maddesine eklenen 5 numaralı fıkra kanunların anayasaya aykırılığı hâlinde Özel Yüksek Mahkemeye başvurmadan önce bir yol daha öngörülmüştür. Buna göre Yüksek İdare Mahkemesinin veya Yüksek Hukuk ve Ceza Mahkemesinin veya Sayıştay'ın dairelerinden birinde bir kanunun anayasaya aykırılığına ilişkin görüş doğarsa; daha önce bu konu hakkında Özel Yüksek Mahkeme'ye veya ilgili yargı yerlerinin Genel Kurullarına (*plenum*) başvurulmamışsa; önce ayrı ayrı her birinin Genel Kurulunun incelemesine müracaat edilmesi gerekir. Genel Kurul kararları net biçimde ortaya konulmalıdır. (Anayasa m. 100/5)

Böylece görülmektedir ki Yunanistan'da kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetim yetkisi aslen genel mahkemelere aittir. Bununla birlikte yargı kollarından kesinleşen farklı içtihatlar ortaya çıkarsa sorun o zaman merkezî bir yüksek yargı yeri olan Özel Yüksek Mahkeme tarafından çözümlenecektir. Bu şekilde bir kanun hükmünün farklı yargı kolları tarafından farklı biçimlerde uygulanmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. Bu bağlamda **Onar**, Yunanistan'daki

¹¹⁶⁹ CALOGEROPOULOS Andreas, "The Hellenic Republic", Çev.: Alison McDonnell, içinde: Constitutional Law of 15 EU Member States, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 369-416, s. 403-410.

yargısal denetim sisteminin karma bir sistem olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir.¹¹⁷⁰

f. Meksika

5 Şubat 1917 tarihli Meksika Anayasası'nın¹¹⁷¹ 105. maddesinin 2. fıkrasında Ulusal Yüksek Adalet Mahkemesinin (*Supreme Court of Justice of the Nation*) önüne gelen davalarda anayasaya uygunluk denetimi yapacağı ifade edilmiştir. Mahkeme, anayasallık denetimini re'sen gerçekleştirebileceği gibi bir yerel mahkemenin bildirimine üzerine yahut Başsavcının (*Attorney General*) başvurusu üzerine de gerçekleştirebilir. Mahkemenin kararları, lehe durum yaratan ve somut olaya uygulanabilir nitelikteki cezai düzenlemeler hariç, geriye yürümez. (m. 105/III) Yüksek Mahkeme üyeleri 15 yıl için seçilirler ve ancak Anayasada Dördüncü Başlıkta öngörülen usule göre görevlerinden alınabilirler. (m. 94, f. 2) Kamu Görevlilerinin Sorumlulukları başlığını taşıyan Dördüncü Başlık (m. 108 vd.) üst düzey kamu görevlilerinin, bu arada Yüksek Adalet Mahkemesi üyelerinin de, hangi şartlar altında siyasal, cezai ve idari açıdan sorumlu tutulacaklarını düzenlemektedir. Buna göre Mahkeme Üyeleri anayasaya ve federal kanunlara aykırı davranışlarıyla federal bütçenin ve federal kaynakların kötü biçimde kullanılmasından dolayı sorumludur. (m. 108) Anayasanın 110. maddesinde Yüksek Adalet Mahkemesi üyelerinin anayasa ve federal kanunlara ağır aykırılık hâlinde veya kamu kaynaklarının ciddi şekilde kötü biçimde kullanılması hâlinde bir siyasal yargılamaya tâbi olduklarını düzenlemektedir. Bu yargılama sonucunda uygulanacak ceza kamu hizmetinden yasaklılıktır ki bu üyeliğin sona ermesi anlamına gelir. Siyasal yargılama, Milletvekilleri Meclisi'nin (*Chamber of Deputies*) suçlandırması üzerine bir yargı yeri olarak toplanan Senato üyeleri (*Chamber of Senators*) tarafından gerçekleştirilir. Milletvekilleri Meclisinin kovuşturulmasına karar verdiği Mahkeme üyelerinin görevi de kararla birlikte sona erer.(m. 111)

Meksika Ulusal Yüksek Adalet Mahkemesi üyesi olarak seçilebilmek için doğum yoluyla kazanılmış bir Meksika vatandaşlığına sahip olmak ve medeni ve siyasi haklarını kullanmaktan mahrum olmamak; en az 35 yaşında olmak; hukukçu

¹¹⁷⁰ ONAR, Kanunların..., 105-106; aynı yönde ÖZBUDUN, "Demokrasiye Geçiş...", s. 360. Yunan Anayasası'nın İngilizce çevirisi için: http://confinder.richmond.edu/admin/docs/greek_2001.pdf, E. T. 08.04.2010.

¹¹⁷¹ 1917 Meksika Anayasasının Ron Pamachena tarafından yapılan İngilizce çevirisi için: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL\(2002\)097-e.asp#_edn1](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL(2002)097-e.asp#_edn1), E. T.: 07.04.2010.

sıfatıyla en az on yıldan beridir görev yapıyor olmak; temiz bir geçmişe sahip olmak; en az son iki yıldan beridir ülkede ikamet ediyor olmak; anayasada açıkça ifade edilen bir dizi yönetsel görev ile muvazzaf olmamak; liyakat, saygınlık ve üstlendiği adalet görevini en etkili biçimde yerine getirebilecek onur ve yetkinliğe sahip olmak şartlarını bir arada taşımak gerekmektedir. (m. 95)

Üyeler Başkan ve Senato tarafından birlikte belirlenir. Üyeler dört yılda bir kereliğine başkanlarını belirlerler. Üyeler Senato önünde Başkan tarafından yemin ettirilerek göreve başlarlar. (m. 97)

Yüksek Adalet Mahkemesinin yargı organı içinde ayrıcalıklı bir yere sahip olduğu ya da Mahkemenin yargı erki dışında mütalaa edildiği söylenebilir. Anayasa, Ulusal Yüksek Adalet Mahkemesini diğer yargı yerleri ile birlikte anayasanın yargı yetkisine dair dördüncü bölümünde düzenlemiş olmakla beraber; Mahkemenin bütçesini düzenleme yetkisini diğer yargı organları gibi Federal Yargı Konseyi'ne bırakmamış bilakis Mahkeme'yi kendi bütçesini yapmakla yetkili kılmıştır. Ayrıca Mahkeme, Federal Yargı Konseyinin yargısal yönetim yetkisi dışında bırakılmıştır. Yüksek Adalet Mahkemesinin bu statüsü karşısında 1917 Anayasasının ayrı bir yargısal denetim mercii yaratarak Avrupa modeline yaklaşmış olduğunu da söylemek mümkündür.

2. Avrupa Modeli: Merkezi Denetim

a. Genel olarak

Avrupa Modeli ya da Kelsen Modeli anayasa yargısı yaygın, bütün mahkemeler tarafından gerçekleştirilen genel bir denetimi değil fakat özel olarak ve münhasıran yargısal denetim yetkisine sahip olan bağımsız ve uzmanlaşmış bir yargı mercii tarafından, bir anayasa mahkemesi tarafından, gerçekleştirilen merkezî bir denetimi ifade eder.¹¹⁷²

Yargı örgütünün dışında teşkilatlanmış bir uzmanlık mahkemesi olarak “anayasa mahkemesi” aracılığıyla gerçekleştirilen yargısal denetim, aynı zamanda idari veya adli yargıya ilişkin görevleri de bulunan bir “yüksek mahkeme” tarafından gerçekleştirilen denetimden ayrılır.¹¹⁷³ Öncelikle anayasa mahkemesi, üye profili

¹¹⁷² KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 16.

¹¹⁷³ “Uzman mahkeme” kavramı, Sağlam’ın ifade ettiğine göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından yargı organlarını ifade etmek için kullanılmış ve Alman doktrinince de benimsenmiştir. Ancak yine Sağlam’ın belirttiği gibi, anayasa söz konusu olduğu zaman uzman mahkemenin Anayasa Mahkemesi olduğuna kuşku yoktur. Bu çalışmada da uzman mahkeme kavramı, genel yargı yerlerini

bakımından yüksek mahkeme hâkimlerinden ayrılır. Neredeyse hiçbir ülkede, anayasa mahkemesi üyelerinin tamamı meslekten hâkim değildir. İkinci olarak anayasa mahkemesinin görevi sadece kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminden ibaret de değildir. Mahkeme ayrıca siyasi partilerin denetimi gibi (siyasi nitelikte) görev ve yetkilere de sahiptir. Nihayet anayasa mahkemesi üyeleri, göreve atanma şartları, çalışma şartları bakımından da yüksek mahkeme hâkimlerinden ayrılır.

Anayasa mahkemesinin, devletin yargı teşkilatının dışında yer alması gerektiğini (ya da anayasa mahkemesinin yargı teşkilatının dışında bulunduğunu) söylemek anayasa yargısının da devletin yargı fonksiyonunun dışında olması gerektiğini (ya da olduğunu) söylemek değildir. Anayasa yargısı devletin yargı fonksiyonu içinde değerlendirilir.¹¹⁷⁴ Bu açıdan mahkemenin kurumsal ve işlevsel bağımsızlığına koşul olarak üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı şarttır.¹¹⁷⁵ Kurumsal ve işlevsel bağımsızlığın sağlanması içindir ki anayasa mahkemeleri kendi çalışma yöntemlerini belirleyen; ayrı bir bütçesi olan ve nihayet hiyerarşik ilişkileri kendi “özerk” yapıları içinde belirlenen birer “anayasal organ”dır.¹¹⁷⁶ Aynı şekilde anayasa mahkemesi hâkimleri de ister belli bir süre için göreve atansınlar, ister ömür

değil fakat anayasa mahkemesini nitelendirmek amacıyla kullanılmaktadır. SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, içinde: Anayasa Yargısı İncelemeleri, C. 1, Ed.: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2006, ss. 71-111, s. 74, dn. 3.

¹¹⁷⁴ GÖREN, “Türk...” s. 205-209. Başlar, Türk hukukunda mahkeme kavramının daha ziyade Anayasa Mahkemesi içtihatları ile belirginleştiğini ve doktrinin de Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu kriterlere karşı çıkmadığını ifade etmekte; bu açıdan Anayasa Mahkemesi’nin kendisini sadece Yüce Dîvan yargılaması ve parti kapatma davaları bakımından “mahkeme” olarak nitelendirdiğini ifade etmekte bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin aslında bir “court” olmaktan ziyade bir “tribunal” olduğunu belirtmektedir. BAŞLAR Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yay., Ankara 2005, s. 1-16, 44-49. Bu ayırım dikkate alınmak kaydıyla, anayasa mahkemesinin devletin yargı fonksiyonu içinde düşünülmesi gerektiği söylenebilir.

¹¹⁷⁵ ALİFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 441; DAVER Bülent, “Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)”, AYD, C. 3, 1986, ss. 9-27, s. 18-19; ERGÜL Ozan, “Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, ss. 245-257, s. 249-250; ÖDEN Merih, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, 1993, ss. 61-124, s. 65-116.

¹¹⁷⁶ Kanadoğlu, bir organın anayasal organ olarak nitelendirilebilmesi için varlığının, statüsünün ve önemli yetkilerinin anayasada düzenlenmiş olması gerektiğini ifade etmektedir. Anayasal organ olmanın doğal sonucu ise, diğer anayasal organlarla eşit düzeyde ve onlardan bağımsız olmaktır. Bu bağımsızlığın bir gereği olarak anayasa mahkemeleri kendi çalışma yöntemini belirler ve örgütlenişini düzenler. KANADOĞLU Korkut O., Anayasa Mahkemesi, Beta, İstanbul 2004, s. 3-7.

Bu çalışmada, doktrinde çoğunlukla kullanılmakta olan “anayasa organı” ifadesi yerine anayasal organ kavramının tercih edilmesinin sebebi, organlık sıfatının ancak bir kişiliğe –bu bağlamda ele alındığında bir tüzel kişiliğe- izafe edilebilmesidir. Halbuki anayasa bir tüzel kişilik değildir. Bu nedenle anayasalarda düzenlenen organlar için anayasal organ kavramının daha doğru olduğu söylenebilir.

boyu yahut belli bir yaşa kadar seçilmiş olsunlar bir kereliğine seçilirler.¹¹⁷⁷ Böylece mahkeme üyelerinin görevlerini “yeniden atanmak” kaygısından uzak biçimde yerine getirilmeleri de sağlanmış olur. Bundan başka mahkeme hâkimleri genellikle ülkedeki en yüksek baremden maaş alırlar. Böylece hayatlarını idâme ettirmek için belli bir güvenceye de sahip kılınmış olurlar. Ayrıca hâkimler anayasalarda hâkimlik teminatı olarak adlandırılan azledilememe, özlük haklarından yoksun bırakılmama gibi güvencelerden de yararlanırlar.¹¹⁷⁸ Bundan başka hukuk düzenlerinde anayasa mahkemesi hâkimleri için bir tarafsızlık aracı olarak “yemin” usûlü de öngörülmüştür.¹¹⁷⁹ Tarafsızlığın sağlanmasında moral bir faktör olarak yeminin yanında anayasa mahkemesi üyelerinin, çoğunlukla bilimsel faaliyetler ve bazen de yargısal görevler hariç olmak üzere, aynı zamanda başka bir görev üstlenmeleri de mümkün değildir. Böylece anayasa mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlık, önceden kanunla kurulma, bir güvenceye sahip olma gibi unsurlar açısından değerlendirildiğinde genel yargı örgütü içinde yer almayan anayasa mahkemelerinin de bir “mahkeme” ve üyelerinin de görev süreleri içinde “hâkim” olduklarından şüphe etmemek gerekir.¹¹⁸⁰

Anayasa mahkemesi üyelerinin tarafsızlık ve bağımsızlık sorunu, adli ve idari hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlık sorununa nazaran iki açıdan özellik taşır. Her şeyden önce anayasa mahkemelerinin önüne gelen davalar diğer yargı yerlerinin önüne gelen davalardan mahiyet itibarıyla farklılıklar arzeder. Anayasaya, siyasi partilere, federal devletlerde devlet organları arasındaki yetki çatışmalarına, temel hak ve özgürlüklere, siyasi iktidarın sınırlandırılmasına ilişkin sorunlar saf hukuk sorunları olarak belirmezler. Bu nedenle anayasa mahkemeleri hukuksal bir sorunu hukuksal yöntemlerle çözümleyen diğer yargı yerlerinden farklı olarak siyasal nitelikler taşıyan sorunlara hukuksal çözümler getirmeye çalışırlar.¹¹⁸¹ İkinci olarak

¹¹⁷⁷ Gözler’in incelediği 19 Devlet içinden üç tanesi; Azerbaycan, Güney Kore ve Macaristan’da anayasa mahkemesi üyelerinin yeniden seçilmesi mümkündür. **GÖZLER** Kemal, “Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, <http://www.anayasa.gen.tr/aym-uyesecimi.doc>, s. 3, Tablo 4.1, E. T, 28.04.2010.

¹¹⁷⁸ **ÜNAL**, Anayasa Hukuku Açısından..., s. 29-44.

¹¹⁷⁹ Örnek olarak Fransa’da Anayasa Konseyi’ni düzenleyen Organik Kanun m. II/ f. 2 ve BVerfGG m. 11/1 gösterilebilir.

¹¹⁸⁰ **DURAN**, “Türkiye’de...”, s. 77-84.

¹¹⁸¹ **ÇAĞLAR**, “Anayasa’nın Hukuku...”, s. 19. Her ne kadar anayasa mahkemeleri bir hukukilik denetimi gerçekleştirmekte iseler de, mahkemeler yapmakta oldukları işin doğası gereği, sadece teknik-hukuki kararlar veren merciler olmayıp, işlevleri ve verdikleri kararların sonuçları itibarıyla siyasal etkilere yol açan mahkemelerdir. **NARİN** Serdar, “1982 Anayasası Düzeninde Anayasa

da anayasa mahkemesinin çözüme kavuşturduğu sorunlar, bir hukuk ya da ceza uyuşmazlığında bulunduğu gibi sadece davanın taraflarını değil fakat çoğunlukla ülkenin tamamını ya da önemli bir kısmını ilgilendirirler. Bu nedenle anayasa yargısına ilişkin davaların seyri, olayın kamuoyunda tartışılma yoğunluğu ve biçimi ve nihayet karara yönelik tepkiler de bilimsel çalışmalarla sınırlı kalmayarak toplumun her kesimince ortaya konulur. Anayasa yargısının bu iki özelliği anayasa hâkimini önüne gelen davada karar alma sürecinde diğer hâkimlere nazaran daha fazla etkileyebilir.¹¹⁸²

Bu ikinci özellik ile sıkı bağlantı içinde olan ve “Anayasa mahkemesi hâkiminin dünya görüşünün önündeki olaya ne derecede etkili olacağı”yla yani anayasa hâkiminin tarafsızlığıyla yakından alakalı “kimlerin hangi usullerle anayasa mahkemelerinde görev alabileceği” sorunu da mahkemenin yapılanmasına ilişkin temel bir noktadır.

Aşağıda önce, Kelsen modeli anayasa yargısı ve bu doğrultuda Avusturya, Almanya ve İtalya’da örnekleri ele alınacak daha sonra da konunun güncelliğine istinaden Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin Anayasa’da değişiklik öngören Kanun, anayasa mahkemesi üyelerinin nitelikleri ve atanma usulleri açısından incelenecektir. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yolları ise bir sonraki başlığın konusudur.

b. Kelsen Modeli Anayasa Yargısı

Yukarıda belirtildiği gibi, anayasa yargısı **Kelsen**’in normlar hiyerarşisi düşüncesinin mantıksal bir sonucudur. **Tunç**’un aktardığına göre de anayasa mahkemesi içtihat birliğini sağlayarak anayasal doğruları ortaya çıkaran, anayasaya ayıkırı bir normun hukuki varlığını ortadan kaldıran; bu açıdan parlamenter sistem içinde partiler devletinin bir sonucu olarak ortaya çıkan iktidar yığılmasını dengeleyen ve gerektiğinde frenleyen; böylece azınlık grupları, marjinal bireyler ve görüşler, muhalefet için bir güvence teşkil eden hukuk devletinin belki de en hayati yargısal aracıdır.¹¹⁸³

Mahkemesi Yargıçlarında Aranılan Nitelikler, Görev Süreleri ve Yargıçları Belirleme Kuralları”, İzBD, Y. 73, S. 1, 2009, ss. 163-238, s. 173.

¹¹⁸² **BACHOF** Otto, “*Hukuk ve Siyaset Arasında Anayasa Mahkemesi Hâkimi*”, Çev.: Servet Armağan, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına ARMAĞAN, İÜHF Yay., İstanbul 1979, ss. 121-137, s. 123-124.

¹¹⁸³ **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 118.

Avrupa’da anayasa mahkemelerinin ilk örnekleri 1920’de Çekoslovakya ve Avusturya; 1931’de İspanya; 1937’de İrlanda’da ortaya çıkmıştır. Anayasa yargısı Avrupa’da II. Dünya Savaşı sonrasında yaygınlaşmış, 12 Ekim 1945 tarihli Anayasal Kanun ile Avusturya Anayasa Mahkemesi yeniden kurulmuş; İtalya 1948’de, Federal Almanya 1949’da anayasa mahkemelerini kurmuştur. 1960’lı yıllar ve sonrası bazı anayasa mahkemeleri için kuruluş tarihleridir: Türkiye anayasa yargısını uzun tartışmalar sonucunda 1961’de ve İspanya da 1978’de kurmuştur. Fransa’da Anayasa Konseyi 1958 yılında kurulmuştur. Bu dönem ayrıca, daha önce kurulan anayasa mahkemelerinin de yetkilerinin genişletilmiş olduğu bir dönemdir: Federal Almanya’da 1969 ve 1971, Avusturya’da 1975, İsveç’te 1979 yılları anayasa yargısının etkisinin arttığı yıllar olmuştur. Fransa Anayasa Konseyi 1971 yılından beri Anayasa’nın bağlı kalacağını deklare ettiği 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesine ve 1946 tarihli Anayasanın başlangıç metnine dayanarak kararlar vermektedir.¹¹⁸⁴

ba. Avusturya

Avusturya’da Anayasa Mahkemesi hâlen yürürlükte olan 1920 Anayasası ile kurulmuştur. Mahkemenin kuruluşunda ve sonraki on yılında **Kelsen**’in etki ve izlerini görmek mümkündür.¹¹⁸⁵ **Kelsen** 1929 yılında, yapılan anayasa değişikliği ile bütün üyelerin yürütme tarafından atanmasına tepki göstererek mahkemeden istifa etmiş; 1938’de Alman işgaliyle son bulan yargısal denetim 1945’te yeniden canlandırılmış, Avusturya Anayasa Mahkemesi, Kelsen Modeli anayasa yargısı, bütün kıta Avrupası ülkeleri için Amerika modeli karşısında bir alternatif kaynak oluşturmuştur.¹¹⁸⁶

Anayasa Mahkemesinin Avusturya’da hukuk devleti için en temel güvence olduğu ifade edilmektedir. Bu nedendir ki Federal Anayasa’da anayasa yargısını ortadan kaldıracı nitelikte bir değişiklik yapmak siyasal iktidarın yetki alanı dışında bırakılmıştır. Anayasa yargısının kaldırılmasına ilişkin bir anayasa değişikliği

¹¹⁸⁴ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 17-19, 22, 23, 25; **SEZER DÜNDAR** Tijen, “Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, DEÜSBE Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, ss. 1-50, s. 22-23.

¹¹⁸⁵ **FEYZİOĞLU**, Kanunların..., s. 98; **OBERNDORFER** Peter, “Avusturya Raporu”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 1987, s. 12-13’ten aktaran **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 120.

¹¹⁸⁶ **CAPPELLETTI**, Judicial Review..., s. 71; **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 18-19; **SHAPIRO/SWEET STONE**, On Law..., s. 147.

Federal Anayasanın tümüyle değiştirilmesi anlamına gelmekte ve ancak halkoyuyla mümkün olabilmektedir. Halkoyu ile yapılması gerekli bir değişikliğin siyasal iktidar tarafından yapılması hâlinde Mahkemenin değişikliği iptal etmek yetkisi de vardır. Bu açıdan Avusturya Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi konusunda vekilleri değil fakat bizzat halkı yetkilendirdiği, bir başka ifadeyle anayasa mahkemesini kaldırmanın temsil yetkisinin dışında bırakılmış olduğu konusunda Avusturya'da bir ittifak olduğu söylenmektedir.¹¹⁸⁷

1 Ekim 1920 tarihli Avusturya Anayasası yalnızca anayasallık sorunları konusunda uzman ve merkezîleşmiş bir Anayasa Mahkemesi yaratmakla kalmamış aynı zamanda bu mahkemeye (bir başvuru üzerine işletilebilecek) bir denetim yetkisi de vermiştir. Bu şekilde Avusturya'da yargısal denetim, Amerikan sisteminin aksine, somut hukuki, cezai ya da idari nitelikteki davalardan bütünüyle ayrılmıştır. Böylece Avusturya'da anayasa yargısı, Amerika'daki gibi savunma yoluyla ya da itiraza bağlı (somut) bir denetim (*review incidenter*) olmaktan ziyade **Cappelletti**'nin ifadesiyle bir “asıl mesele”, bağımsız bir dava konusu teşkil eder (*review principaliter*, soyut denetim). Böylece yazara göre bir anayasallık sorununu ortaya çıkartan ve bu konuda uzmanlığı bulunmayan yargı yerinin, kendi ortaya koymuş olduğu sorunu, üstelik de bir yasama organının işleminin anayasaya aykırı olması gibi meşruluğu sürekli biçimde sorgulanmakta olan bir sorunu yine kendisinin çözümlemesinin önüne geçilmiş olmaktadır. 1920 Anayasasına göre anayasa mahkemesi hâkimleri dışında Avusturya'da hâkimlerin anayasaya aykırılık denetimi yapmak yetkileri bulunmadığı gibi, anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri bir kanunu ihmal etmek yetkisinden de yoksundurlar. Aynı yönde yargı organları, anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri bir kanunun anayasallığının denetimini Anayasa Mahkemesinden istemek yetkisini de haiz değildir. 1920 Anayasası sistemine göre Anayasa Mahkemesini harekete geçirmek, yargısal değil fakat siyasal nitelikteki organlar tarafından yapılacak bir başvuru ile mümkündür. Bu organlar **Cappelletti**'nin aktardığına göre Eyalet kanunlarının (*Landesgesetze*) yargısal denetimi için Federal Yürütme (*Bundesregierung*) ve Federal kanunlar için de Eyalet Hükümetleridir (*Landesregierungen*). Böylece Federal Devlet ile Federe devletler arasında karşılıklı bir denetim mekanizması da kurulmuş olmaktadır. **Cappelletti**, 1920 Anayasasında

¹¹⁸⁷ MACHACEK Rudolf, “Avusturya Anayasa Mahkemesi”, AYD, C. 4, 1987, ss. 17-25, s. 18.

öngörülen ve işletilmesi siyasal organların takdirine bağlı bulunan yargısal denetimin yetersiz olduğunu ifade etmektedir. Nitekim 1929'da Anayasa'da yapılan değişiklikle mahkemeyi harekete geçirmek yetkisi anılan siyasal organlar yanında Yüksek Hukuk ve Ceza Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*) ile Yüksek İdare Mahkemesine de (*Verwaltungsgerichtshof*) tanınmıştır. Yargı organlarının Anayasa Mahkemesine başvurusu, siyasal organlarındaki gibi bir iptal davası şeklinde, soyut norm denetimi değil fakat bir somut norm denetimi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bugün de yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisi, önlerine gelen somut olay ile sınırlıdır. 1929 sistemi sadece yüksek mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimine başvurabileceğini öngörmüş, yerel mahkemelerde görülmekte olan davalarda anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmesine izin vermemiştir. Bu nedenle mahkeme, anayasaya aykırı olduğu kanaatinde olsa da kanunu uygulamakla yükümlüdür. Bu açıdan kanunun anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi, ancak o uyuşmazlık hakkında kanun yollarının açık olması hâlinde mümkündür.¹¹⁸⁸ *Cappalletti*'nin meşhur eserinin yayınlandığı tarihten üç yıl sonra, 1974 yılında, Anayasa Mahkemesine başvuru yetkisi biraz daha genişletilmiş; Millî Meclis (*Nationalrat*) üyelerinin üçte birine, bütün ikinci derece mahkemelere ve kendine özgü bir biçimde bireylere de anayasa Mahkemesini harekete geçirmek yetkisi verilmiştir.¹¹⁸⁹ Nihayet Anayasa Mahkemesinin de görmekte olduğu davalara ilişkin olarak re'sen anayasaya uygunluk denetimi yapması mümkündür.¹¹⁹⁰

Avusturya'da bugün de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisi Anayasa Mahkemesinin tekindedir. (Avusturya AY m. 140¹¹⁹¹) Anayasa'nın 89. maddesinin 1. bendinde mahkemelerin usulüne uygun biçimde yürürlüğe giren kanunların geçerliliğini incelemek yetkisine sahip olmadıkları açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte mahkemelerin kanunların şekil açısından anayasaya uygunluğunu denetlemek konusunda yetkili olduğundan da şüphe duymamak gerekir.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, adli teşkilatlanmanın dışında, kendine özgü bir mahkemedir. Anayasa Mahkemesi üyeleri, hukuk ve siyasal bilimler eğitimi

¹¹⁸⁸ CAPPELLETTI, *Judicial Review...*, s. 69-74.

¹¹⁸⁹ MACHACEK, "Avusturya Anayasa Mahkemesi", s. 22.

¹¹⁹⁰ TUNÇ, *Karşılaştırmalı...*, s. 126.

¹¹⁹¹ Avusturya anayasasının İngilizce metni için http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html.

almış ve yalnızca hukuk ve siyasal bilimler eğitimi almış kişilerin çalışabilecekleri işlerde on yıllık mesleki tecrübesi bulunan kişiler arasından seçilmektedir. Federal hükümet, eyalet hükümetleri ve parlamento üyeleri Anayasa Mahkemesi üyeliğine kabul edilmezler. Anayasa Mahkemesi üyeliği başka herhangi bir “yargısal ya da eğitsel olmayan” işle de bağdaşmaz. Avusturya Anayasası Anayasa Mahkemesi üyelerinin asıl mesleklerini yapmaları konusunda, memurlar dışında bir yasak koymamıştır. Buna göre mahkeme üyeliğine seçilen memurlar, memurluk görevinden muaf tutulurlar. Zira bir hiyerarşiye tâbi olan memurluk görevinin Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığı ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir. Bunun dışında üyelerin profesörlük, hâkimlik, avukatlık gibi görevlerini sürdürmelerinde anayasaya göre bir sakınca yoktur. Bu durum Anayasa Mahkemesi üyelerinin yan görevli hâkimler olması şeklinde ifade edilir (*Nebenberufsrichter*) ve bu uygulamanın gerekçesi olarak anayasa mahkemesi hâkimlerinin pratik bilgilerinin korunması ve güncelleştirilmesinin görevi ifadaki yararları gösterilir. Mahkeme üyeleri 1920-1929 arasındaki dönemde meclisler tarafından seçilmiş, 1929’da anayasa mahkemesi üyelerinin meclisler tarafından seçilmesinde siyasi değerlendirmelerin rol oynadığı düşüncesi ile üyelerin atanması yetkisi devlet başkanına bırakılmıştır. Devlet başkanı bu yetkisini Federal Hükümet ve meclislerle birlikte kullanır. Anayasa Mahkemesi üyeleri, 70 yaşına kadar görev yaparlar.¹¹⁹²

Anayasa Mahkemesi bir kanunun anayasaya aykırılığına ve dolayısıyla da iptaline hükmedebilir. Kural olarak Mahkeme kararları geçmişe yürümez. Ancak, bir uyuşmazlık vesilesiyle verilen anayasaya aykırılık kararlarının somut olay bakımından uygulanması kabul edilmiştir. Kanunlar kural olarak iptal kararının Resmî Gazetede yayımlanması ile yürürlükten kalkarlar ancak Anayasa Mahkemesi bir yıldan fazla olmamak üzere, iptal edilen kanunun yürürlükte kalmasına hukuk sistemi içinde doğurabileceği sakıncalar göz önünde bulundurularak karar verebilir. Kanun tamamen yahut kısmen iptal edilebilir. Bir kanunun iptal edilmesiyle birlikte, bu kanunla ilga edilmiş olan kanunların tekrar yürürlüğe gireceğini Avusturya Anayasa Mahkemesi içtihat etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, önceki kanunun

¹¹⁹² **HALLER** Herbert, “*Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri*”, Çev.: Osman Can, AYD, C. 21, 2004, ss. 50-68, s. 50-51, 58; **MACHACEK**, “*Avusturya Anayasa Mahkemesi*”, s. 20; **PRAKKE** Lucas, “*The Republic of Austria*”, Çev.: Kath Starsmore, içinde: *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 3-75, s. 58.

kendiliğinden yürürlüğe girmesini de engelleyebilir. Mahkeme kararlarına karşı bir itiraz mümkün değildir ve kararlar bütün kişi ve kurumlar açısından bağlayıcıdır.¹¹⁹³

bb. Almanya

Alman hukukunda eskiden beri tartışılan bir konu olan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda atılan ilk somut adım Weimar Anayasası ile kurulan Yüksek Devlet Mahkemesi'dir (*Staatsgerichtshof*). Gerçi Mahkeme daha ziyade eyaletlerin kanunlarının Federe Devletin kanunlarına aykırılığını denetlemek suretiyle federasyonu korumak amacıyla kurulmuştur ancak Mahkemenin bir anayasaya uygunluk denetimi yapıp yapamayacağı yoğun biçimde tartışılmıştır. Bu tartışmaların sonucunda 1926'da hazırlanan tasarıda Yüksek Devlet Mahkemesine, *Reichstag*, *Reichsrat*, ve *Reich Hükümeti* tarafından harekete geçirilerek kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek yetkisi tanınmıştır. Tasarı ayrıca Mahkeme kararlarının kesin, herkes için bağlayıcı ve kanun hükmünde olduğunu da düzenlemiştir. Ne var ki Nasyonal Sosyalistlerin iktidarı ile Anayasa gibi Anayasa Mahkemesi ve buna ilişkin tartışmalar da anlamını kaybetmiş; hukuk devleti ve yargısal denetim kavramlarının yeniden doğuşu için savaşın sona ermesini beklemek gerekmiştir.¹¹⁹⁴

Doehring, Almanya'da anayasal denetim konusunda lehte görüşlerin **Kelsen** tarafından ve aleyhte görüşlerin de **Schmitt** tarafından ileri sürüldüğünü ifade etmektedir.¹¹⁹⁵ **Doehring**'in aktardığına göre **Schmitt** anayasa mahkemesine anayasanın esnekliğini yok ettiği için karşıdır. Düşünüre göre anayasalar genellikle farklı görüşlerin, çeşitli siyasal akımların ortak bir formülde uzlaşmaları ile ortaya çıkar. Bu formüller, her zaman açık değildir ve onu oluşturanların ileride iktidara gelmeleri hâlinde günün koşullarına göre anlamlandırılırlar. Bu açık olmayan

¹¹⁹³ **FEYZİOĞLU**, Kanunların..., s. 98-106; **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 129.

¹¹⁹⁴ **BURKENS** Martin, "The Federal Republic of Germany", Çev.: Kath Starsmore, içinde: Constitutional Law of 15 EU Member States, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 309-366, s. 311-312, 355; **FEYZİOĞLU**, Kanunların..., s. 111-119; **FRIEDRICH** Carl Joachim, "The Issue of Judicial Review in Germany", Political Science Quarterly, Vol. 43, No. 2, 1928, ss. 188-200; **KIRATLI**, Alman..., s. 10-16; **NAGEL**, "Judicial Review in Germany", s. 233-240.

¹¹⁹⁵ "Anayasa yargısında yargısal bir giysi içinde politik bir karar söz konusudur. Anayasa kurallarındaki yadsımalara ilişkin kararlar artık yargısal kararlar değildir. Buna karşın bir mahkemeye devredilmeleri 'politikanın hukukileşmesi' ve 'yargının politize' olmasına neden olur. Bu süreçte her iki süje de bir şey kazanamaz, ama her şeyi kaybedebilir. Anayasa Yargısı kendi içinde bir çelişkidir." **SCHMITT** Carl, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, s. 98, 100; Verfassungslehre, 4. Bası, Berlin, 1965, s. 119'dan aktaran: **GÖREN**, "Türk...", s. 205.

ifadeler aslında onu hazırlayanların “zihni kayıtlarını” (*reservatio mentalis*) ifade eder. Buna göre anayasa, “aktif anayasal organlar” eliyle işlenip geliştirilen bir metindir. Anayasa Mahkemesinin herkesi ve bütün devlet organlarını bağlayıcı bir şekilde anayasayı yorumlaması, onu donuklaştırır, katılaştırır. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarının değiştirilmesinin tek yolu mahkemeye bir başvurunun yapılmasıdır. Bu başvuru olmadıkça anayasal formüllerin tek bir anlamla sınırlandırılması kaçınılmaz olacak, anayasanın geliştirilmesinden bahsetmek güçleşecektir.¹¹⁹⁶

Bugün Federal Almanya’da yargısal denetim, 1949 tarihli Anayasa ve Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu hükümlerine göre, 1951’den beri, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, ülkedeki yargı örgütünün dışında, bağımsız bir yüksek mahkemedir. Mahkemenin kararları bütün devlet organları ve yurttaşlar için herhangi bir istisna gözetmeksizin bağlayıcı ve nihaidir; anayasaya aykırılık kararları söz konusu olduğunda kanun hükmündedir. Böylece anayasa mahkemesi hukuk devleti ilkesinin ve anayasanın en yüksek koruyucusu sayılır.¹¹⁹⁷

Federal Anayasa Mahkemesi, her birinde sekiz hâkimin görev yaptığı -Kızıl Daire ve Siyah Daire olarak da anılan¹¹⁹⁸ - iki daireden (Senat) oluşur. Başkan 1. Dairede görev yapıyor olmakla birlikte her iki daire de Anayasa Mahkemesidir. Daireler arasında hiyerarşik bir ilişki olmadığı gibi karşılıklı bir denetim yetkisi de söz konusu değildir. Pratikte sık rastlanan bir durum olmamakla birlikte eğer daireler arasında bir içtihat farklılığı ortaya çıkarsa konu 16 Üyeye toplanan Genel Kurulun önüne getirilir.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁶ **DOEHRING**, Genel..., s. 233.

¹¹⁹⁷ **COLE** Taylor, “*The West German Federal Constitutional Court: An Evaluation After Six Years*”, *The Journal of Politics*, Vol. 20, No. 2, 1958, ss. 278-307, s. 278; **KISKER** Gunter, “*The West German Federal Constitutional Court as Guardian of the Federal System*”, *Publius*, Vol. 19, No. 4, 1989, ss. 35-52; **MICHALOWSKI** Sabine/**WOODS** Lorna, *German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties*, Ashgate & Dartmouth, Aldershot 1999, s. 37; **ZEIDLER** Wolfgang, “*Federal Almanya Anayasa Mahkemesi*”, *AYD*, C. 4, 1987, ss. 37-43, s. 43. Fransız Anayasa Konseyi’nin “anayasanın koruyucusu” olarak nitelendirildiği bir kullanım için: **PROVINE/GARAPON**, “*The Selection...*”, s. 182.

¹¹⁹⁸ **McWHINNEY** Edward, “*Judicial Restraint and the West German Constitutional Court*”, *Harvard Law Review*, Vol. 75, No. 1, 1961, ss. 5-38, s. 8.

¹¹⁹⁹ **COLE**, “*The West German...*”, s. 283-285; **HASSEMER** Winfried, “*Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma: Almanya Raporu*”, Çev.: Fazıl Sağlam, *AYD*, C. 21, 2004, ss. 27-49, s. 27.

Her dairesinin üyelerinin yarısı Federal Meclis (*der Bundestag*, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, m. 38 vd.) ve diğer yarısı da Federal Konsey (*der Bundesrat*, AY m. 50 vd.) tarafından üçte iki çoğunlukla seçilir. Üyelerin belirlenmesinde meclislerin nitelikli çoğunluğunun aranmasının iki pratik sonucu olduğu söylenir: kanunların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren mahkemeye dolaylı yoldan bir “demokratik meşruluk” kazandırmak ve azınlıkların da mahkemenin yapısını belirlemede söz sahibi olmasını sağlamak. Bununla birlikte hâkimlerin meclisler tarafından seçilmesinin mahkemeyi siyasallaştıracağı konusunda bir kaygı da mevcuttur. Anayasa Mahkemesi hâkimleri 12 yıl için seçilir ve bağımsızlıklarını güvence altına almak için tekrar seçilmeleri yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmek için hâkimlik yapabilecek düzeyde hukuk formasyonuna sahip olmak, Federal Meclise seçilebilme şartlarını haiz olmak, Federal Parlamento ve Hükümet üyesi olmamak gibi şartlar aranmaktadır. Anayasa Mahkemesine üye seçilen kişinin bu organlarla ilişkisi varsa kesilir.¹²⁰⁰ Mahkemenin Berlin’de değil de Karlsruhe’de olmasının da bağımsızlığını korumak için olduğu söylenebilir.

Mahkeme, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini soyut norm denetimi ve somut norm denetimi şeklinde gerçekleştirir. Hukuk devleti, bütün devlet organlarının bu arada mahkemelerin de kanunlarla bağlı olmasını gerektirdiği gibi kanunların da anayasaya uygun olmasını gerektirir. Almanya’da hâkimlerin önlerindeki davalarda kanunları anayasaya aykırılık gerekçesiyle ihmal etmelerinin hukuk güvenliği ilkesine aykırı olduğu mülhazasıyla kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisi münhasıran Federal Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Bunun dışında yurttaşlar anayasa şikâyeti yolu ile de Mahkemeyi harekete geçirebilir.¹²⁰¹

Soyut norm denetiminde ise somut bir uyuşmazlık vesilesiyle değil fakat bir vakıa olarak kanunun anayasaya aykırılığı iddiasıyla mahkeme harekete

¹²⁰⁰ BURKENS, “*The Federal...*”, s. 357-358; KANADOĞLU Korkut, “*Alman Federal Anayasa Mahkemesi*”, içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 59-65, s. 59-63; LANDFRIED Christine, “*The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany*”, içinde: *Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World*, Ed. Kate Malleson/Peter H. Russell, University of Toronto Press, Toronto 2007, ss. 196-210, s. 200-207; YENİSEY Feridun, “*Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi*”, AYD, C. 25, 2008, ss. 135-154, s. 145-146.

¹²⁰¹ BURKENS, “*The Federal...*”, s. 355-356; DOEHRING, Genel..., s. 239.

geçirilmektedir. Soyut norm denetimine Federal Hükümet (*Bundesregierung*, AY m. 62 vd.), Eyalet Hükümetleri ve Federal Meclis üyelerinin üçte biri başvurabilir. Bu sayılanlar dışında hiçbir devlet organı ya da bireyin soyut norm denetimi yoluna başvurma yetkisi mevcut değildir. Soyut norm denetimi federal kanunlar için de federe devlet kanunları için de uygulanabilir. Ayrıca soyut norm denetimi yoluyla bir federe devlet kanununun federal devlet kanunlarına uygunluğu da denetlenebilir. Her hâlde soyut norm denetimi bir sonradan denetimdir. Soyut norm denetimi ile kanunların anayasaya uygunluğu hem şekil açısından hem de esas açısından ele alınır.¹²⁰²

Anayasal denetim sonucunda kanunun anayasaya uygun olup olmadığı konusunda bir çoğunluk kararı oluşmamışsa artık kanunun anayasaya uygun olduğu ilan edilir. Anayasaya aykırılık yönünde bir çoğunluk kararı oluşmuşsa farklı ihtimaller ortaya çıkabilir.¹²⁰³

1. Federal Anayasa Mahkemesi kanunu anayasaya aykırı olduğuna karar vererek iptal edebilir.

2. İkinci bir ihtimal de anayasaya aykırılık kararı vermeksizin kanunun anayasa ile bağdaşmazlığının belirlenmesidir. Bağdaşmazlık kararının iptal kararından farkı anayasa ile uyumlu olmadığı tespit edilen kanunun kendiliğinden geçersiz sayılmamasıdır. Bu hâlde yasama organına kanunu ilga etmek yahut anayasayla uyumlulaştırmak üzere değişiklik yapmak için bir fırsat verilir. Bu ihtimal genellikle yurttaşlar arasında temel haklar bakımından eşitsizlik yaratan bir düzenlemeye ilişkin olarak ortaya çıkar.

3. Üçüncü ihtimal yasama organına çağrı olarak da adlandırılan kararlardır. Burada normun hangi şekilde anayasal olabileceğine ilişkin yasama organına yönelik bir çağrı yapılmaktadır.

4. Nihayet, mahkeme normu anayasanın sözüne ve ruhuna uygun biçimde yorumlayarak ona yeni bir anlam kazandırmayı da tercih edebilir.

¹²⁰² COLE, “*The West German...*”, s. 287-288; MICHALOWSKI/ WOODS, *German Constitutional Law...*, s. 42.

¹²⁰³ BRÜNNECK RUPP v. Wiltraut, “*The Federal Constitutional Court*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 20, No. 3, 1972, ss. 387-403, s. 390-399; HASSEMER, “*Anayasa Mahkemelerinde...*”, s. 33-36; MICHALOWSKI/WOODS, *German Constitutional Law...*, s. 43-44; ZEIDLER, “*Federal Almanya...*”, s. 38-39.

Alman Anayasa Mahkemesinin, bir anayasal organ, sistem içinde bir dördüncü güç olarak sahip olduğu dengeleyici etkiden bahsedilmekte; sahip olduğu geniş denetim yetkisi ile mahkemenin salt siyasal sorunlar da dâhil olmak üzere önüne gelen bütün sorunları karara bağlamak zorunda olması bakımından yasama, yürütme ve yargı karşısında temel hak ve özgürlükler için tam bir güvence sağladığı ifade edilmektedir.¹²⁰⁴

bc. İtalya

İkinci Dünya Savaşından sonra Almanya’da ve İtalya’da, kanun merkezli bir “hukuk devleti” anlayışına tepki olarak “yasama erkinin denetlenmesi” odaklı bir anayasal denetim sistemi benimsenmiştir. Bu amaçla Kelsen modeli anayasa yargısını benimseyen bu iki devletin öngördüğü denetim mekanizması, kompozisyonu ve işlevleri bakımından bir mahkemeye benzeyen fakat yargı örgütünden ayrı ve özel bir yargısal yetkiye sahip tek bir organa dayanmaktadır.¹²⁰⁵

Bu organ da anayasa mahkemesidir. **Özay**, İtalya’da anayasa mahkemesinin faşist dönemin bütün sıkıntılılarına rağmen, savaş sonrasında hemen kayıtsız şartsız kabullenilememiş olduğuna işaret etmekte ancak yine de İtalya’da mahkemenin anayasal düzenin bekçisi ve güvencesi olarak algılanmış olduğunu belirtmektedir. Yazara göre anayasa mahkemesine yasama ve yargı organından yöneltilen tepkilerin temelinde mahkemenin ne bir yasama ne de bir yargı organı olmasına rağmen hem yasamaya hem de yargıya ilişkin yetkiler kullanıyor olması yatmaktadır. Bunun dışında Mahkeme, sorumluluğu olmayan ve seçimle de işbaşına gelmediği için de demokratik bir temeli olmayan bir organ olarak anayasa yargısına ilişkin geleneksel itirazların da muhatabı olmuştur.¹²⁰⁶

İtalyan Anayasa Mahkemesi 1947 tarihli Anayasanın, Anayasal Güvenceler başlığını taşıyan 2. Bölüm ve VI. Kısmında yargı teşkilatından ayrı biçimde

¹²⁰⁴ **AZRAK**, “Yasama ile İdarenin...”, s. 78; **COLE**, “The West German...”, s. 280; **DOEHRING**, Genel..., s. 240.

¹²⁰⁵ **EVANS** Malcolm, “The Italian Constitutional Court”, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, No. 3, 1968, ss. 602-633, s. 603; **FARRELLY** David G./**CHAN** Stanley H, “Italy’s Constitutional Court: Procedural Aspects”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 6, No. 2/3, 1957, ss. 314-327, s. 314; **SANTOLAYA** Pablo, “The Procedure At The Spanish Constitutional Court In Cases Concerning Conflict Between Certain Authorities of Autonomous Regions”, [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-JU\(2000\)029-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-JU(2000)029-e.asp), 10.04.2010.

¹²⁰⁶ **ÖZAY** İl Han, “Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmişi ve Geleceğiyle ‘İtalyan Anayasa Mahkemesi’”, AYD, C. 6, 1989, ss. 215-232, s. 215-216, 221-222. Aynı yönde **PASQUINO** Pasquale, “İtalyan Anayasa Mahkemesi”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 152-159, s. 152.

düzenlenmiş fakat ancak 1956 yılında faaliyete başlamıştır.¹²⁰⁷ Anayasanın 134. maddesinde Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasallığına ilişkin uyuşmazlıklar konusunda karar vermek yetkisini haiz olduğu açıkça düzenlenmiştir. 136. maddenin 1. bendine göre Mahkemenin anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği norm, kararın yayımlanmasını izleyen günden itibaren yürürlükten kalkar.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 15 hâkimden oluşur. Üyelerden 5'i devlet başkanı tarafından, 5'i Parlamento tarafından birleşik oturumda ve nitelikli çoğunlukla, 5'i de adli ve idari yüksek mahkemeler tarafından seçilir. Anayasa Mahkemesi Hâkimleri, meslekten hâkimler, emekli olanlar da dâhil olmak üzere yüksek mahkeme üyeleri, hukuk profesörleri ve en az yirmi yıllık mesleki tecrübeye sahip avukatlar arasından; dokuz yıl için ve bir kereliğine seçilir. Üyeler yemin ederek göreve başlarlar. (AY. m 135/2, 3) Anayasa Mahkemesi üyeliği, bölgesel ya da merkezî herhangi bir meclis üyeliği ile; hukuki başka bir görevin eş zamanlı icrası ile; veya kanunun öngördüğü başka bir görev ile bağdaşmaz. (m. 135/6)¹²⁰⁸

Özay, İtalya'da Anayasa Mahkemesi üyeliğinin diğer anayasal organlardaki görev süreleri ile kıyaslandığında en uzun görev süresine sahip olduğunu ifade etmektedir. Sürenin uzunluğu üyelerin bağımsızlıkları için bir güvencedir. Yazar ayrıca üyelik için belli bir yaş sınırı olmamasını ve emekli hâkimlerin de anayasa mahkemesine seçilebilmesini üstün hukuksal yeteneğe sahip olan kimselerden yararlanabilmek adına olumlu karşılamakta; üyelik süresi dolan üniversite hocalarının tekrar kürsülerine dönebilme imkânını da bilim adamlarının mahkemede görev üstlenmesi konusunda özendirici bulmaktadır. Nihayet anayasa mahkemesi üyelerinin görevlerini yerine getirirken ileri sürdükleri düşünceler ile verdikleri oy ve sözlerinden dolayı sorumlu tutulmamalarına ilişkin 1 Sayı ve 09.02.1948 t. Anayasal Kanunun 3. ve 5. maddelerindeki düzenlemelerin de Anayasa Mahkemesi hâkimleri için temel bir güvence olduğunu ifade etmektedir.¹²⁰⁹

¹²⁰⁷ **CASSANDRO** Giovanni, "The Constitutional Court of Italy", The American Journal of Comparative Law, Vol. 8, No. 1, 1959, ss. 1-14, s. 1-2; **VIGORITI** Vincenzo, "Italy: The Constitutional Court", The American Journal of Comparative Law, Vol. 20, No. 3, 1972, ss. 404-414, s. 404.

¹²⁰⁸ **CASSANDRO**, "The Constitutional Court...", s. 12-13; **DEL DUCA** Lois/**DEL DUCA** Patrick, "An Italian Federalism?: The State, Its Institutions and National Culture as Rule of Law Garantör", The American Journal of Comparative Law, Vol. 54, No. 4, 2006, ss. 799-841, s. 832; **PASQUALE**, "İtalyan...", s. 153-154.

¹²⁰⁹ **ÖZAY**, "Yargının...", s. 218.

Mahkeme, kanunların anayasaya uygunluğunu şekil ve esas açısından denetler. Buna karşılık Mahkeme 6 Mayıs 1985 ve 154 Sayılı kararında parlamento içtüzüğünü denetleyemeyeceğini içtihat etmiştir. Mahkemenin yargısal denetimi soyut (*in via principale*) ve somut (*in via incidentale*) norm denetimi şeklinde gerçekleşir.¹²¹⁰ Hemen belirtmek gerekir ki İtalya’da Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru söz konusu değildir. Bir kimsenin, bir normun anayasaya aykırılığı iddiasını Anayasa Mahkemesi önüne getirebilmesi için bu normun bir uyuşmazlığın çözümlenmesinde bir yargı yerince uygulanması gerekir.¹²¹¹ Mahkemenin denetimi bir sonradan denetimdir. Mahkeme iki türlü karar verebilir: kabul (*accoglimento*) ya da red (*rigetto*). Kabul kararı ile iptal davasında ya da itiraz yoluyla önüne gelen davada denetlenen normun anayasaya aykırılığı iddiası kabul edilmekte ve normun anayasaya aykırılığı ilan olunmaktadır. Karar *erga omnes* (herkes için bağlayıcı olacak şekilde) ve *ex tunc* (geçmişe etkili olarak) sonuç doğurur. Anayasaya aykırılık kararı sonucunda anayasaya aykırı olduğu ilan olunan norm, kararın yayımlanmasını izleyen günden itibaren hukuki geçerliliğini kaybeder. Mahkemenin anayasaya uygunluk denetimi yetkisi sadece önüne getirilen kanun hükmü ile sınırlı değildir. 1953 tarih ve 87 Sayılı Anayasal Kanun’un 27. maddesinde Anayasa Mahkemesinin ayrıca “*ittihaz eylediği kararın neticesi olarak anayasaya aykırı hale gelen diğer teşriî tasarrufları da*” bildireceği düzenlenmiştir.¹²¹² Bu türden denetime sonuç olarak aykırılık (*illegittimita consequenziale*) adı verilmektedir. Mahkemenin yapmakta olduğu bir incelemeye bağlı olarak da bir normun anayasallığını re’sen denetlemesi mümkündür.¹²¹³ Buna karşılık, red kararı normun anayasaya aykırı olmadığını tespitidir. Bu hâlde kararın yaygın bir etkisinden, herkes için bağlayıcılığandan, bahsedilemez. İtalyan hukukunda mahkemenin anayasaya aykırı olmadığına ilişkin bir karar verildiğinde gerekçe diğer yargı organları için bağlayıcı değildir ve konu tekrar Mahkeme önüne getirilebilir. Bununla birlikte ilk derece mahkemeleri, Anayasa Mahkemesinin kararına uygun davranmayı da tercih edebilirler.¹²¹⁴

¹²¹⁰ PRAKKE/KORTMANN, Constitutional Law of 15 EU Member States, s. 528-529.

¹²¹¹ FARRELLY/CHAN, “Italy’s...”, s. 318-319.

¹²¹² Çeviri için bkz. ALACAKAPTAN Uğur, “İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler”, AÜHFD, C. 18, S. 1-4, 1961, ss. 493-517, s. 501.

¹²¹³ ÖZAY, “Yargının...”, s. 221-222.

¹²¹⁴ CASSANDRO, “The Constitutional Court...”, s. 6; VIGORITI, “Italy...”, s. 405.

Bir normun anayasaya aykırılığının ilan edilmesiyle birlikte hukuk âleminde doğabilecek güçlüklerin ve sakıncaların bertaraf edilebilmesi ya da önlenbilmesi için mahkeme anayasaya aykırılık kararı dışında farklı türden kararlar da verebilmektedir:

Bu karar türlerinden ilki yorumlu kabul kararıdır. Bir kanunun aynı zamanda hem anayasaya uygun hem de anayasaya aykırı biçimde yorumlanmasının mümkün olduğu hâllerde mahkeme, sadece anayasaya aykırı yorumu yasaklamakla yetinebilir. Burada mahkeme, asgari düzeyde bir müdahale ile normun tahrif edilmesini engellemekte sadece anayasaya aykırı bir yorumun önüne geçmiştir. Bu karar sonucunda adli ve idari yargı yerleri, anayasayla uyumlu olan diğer bütün yorumları benimseyebilirler.

Mahkeme tarafından geliştirilen ikinci bir teknik de yorumlu red kararlarıdır. Bir düzenlemenin birden fazla yoruma izin vermesi hâlinde bu yorumlardan en az bir tanesi bile anayasaya uygunsuzsa mahkeme, adli ve idari yargı yerlerinin bu yorumlardan birisini benimsemesini sağlamak amacıyla, anayasa aykırılık itirazını reddedebilir. Yorumlu red kararında Anayasa Mahkemesi düzenlemenin ancak belli şartlar dâhilinde anayasaya uygun olduğunu ifade etmektedir. Yorumlu red kararlarında yargı organları Anayasa Mahkemesinin ileri sürdüğü şartlarla bağlı değildir.

Geliştirilen üçüncü bir teknik de belki “*yaratıcı kabul kararı*” ya da “*tamamlayıcı kabul kararı*” şeklinde Türkçe’ye tercüme edilebilecek olan “*creative judgement of acceptance*”tır. Burada Mahkeme, anayasaya aykırılığı iddia edilen hükmü anayasaya uygun hâle getirecek şekilde müdahale etmektedir. Bu türden kararlar genellikle yasamanın bir kavramı atlaması ya da anayasal bir yükümlülüğünü ihmal etmesi hâlinde ortaya çıkar ve Mahkeme, hakkında aykırılık iddiası olan düzenlemenin yerine ya yenisini ikame ederek ya da düzenlemede eksik bırakılan unsuru ikmal ederek kanunu muhafaza eder.¹²¹⁵

İtalyan anayasa mahkemesinin üç temel görevi -kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, ulusal hukukun ulusalüstü bir hukuk sistemi ile olan ilişkilerinin düzenlenmesi ve bölgesel yönetimler ile merkezî yönetim arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi- İtalya’da hukuk devletinin gerçekleştirilmesinin

¹²¹⁵ VIGORITI, “*Italy...*”, s. 405-406.

üç yolu olarak savaş sonrası dönemde kabul görmüştür. Bu bağlamda İtalyan Anayasa Mahkemesinin anayasaya riyeti yargısal bir bakış açısıyla güvence altına almak için kurulan bir anayasal denetim organı olduğu söylenebilir. Bundan başka Mahkeme Başkan ve bakanlar için de bir siyasal yargılama (*impeachment*) merciidir. İtalyan Anayasa Mahkemesinin kararları kesin ve bağlayıcıdır.¹²¹⁶

Cassandro'ya göre İtalyan Anayasa Mahkemesi, her birinin anayasa tarafından konulmuş olan sınırlar içinde kalmasını sağlayarak farklı devlet erkleri arasındaki dengeyi güvence altına alan; böylece toplumsal düzenin gelişmesini ve yurttaşların anayasal haklarının gözetilmesini temin eden “özerk” bir anayasal organdır.¹²¹⁷ Benzer nitelikte bir yargıyı *Özay* şu şekilde ifade etmektedir: “*İtalyan Cumhuriyet Anayasası, Mahkemeyi, Yasama Meclisi gibi tam bağımsız ve güvenceli, kendi işlevine ilişkin düzenlemelerle, bürolarının kuruluş ve işleyişini kendi belirleyebilen, yargıçların görev süreleri göz önünde bulundurulduğunda da diğer anayasal organlarda görev alanlara oranla daha uzun tutulmuş bir kurum olarak öngörmüş ve düzenlemiştir.*”¹²¹⁸

Görüldüğü gibi Kelsen modeli anayasa yargısını benimsemiş olan devletlerde *Kaboğlu*'nun ifade ettiği gibi şu ortak noktalardan bahsedilebilir: “*Özgül bir anayasa yargısınca icra edilen merkezileşmiş bir denetim; soyut ve somut denetimin birlikteliği; belli siyasal makamların harekete geçirilmesiyle gerçekleştirilen bir denetimin varlığı; verilen kararların kesin hüküm niteliği taşıması.*”¹²¹⁹

¹²¹⁶ **DEL DUCA /DEL DUCA**, “*An Italian Federalism?...*”, s. 799-802, 807-821, 825, 839; **EVANS**, “*The Italian...*”, s. 604-606, 608, 609-616. İtalyan Anayasasının 134. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, Devlet veya Bölge kanunu kuvvetini haiz kanun ve tasarrufların anayasaya uygunlukları hakkındaki uyuşmazlıkları, Devlet kuvvetleri, Devlet ile Bölgeler ve Bölgelerin kendi arasındaki görev uyuşmazlıklarını, Anayasa hükmünce, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar hakkında ileri sürülen ithamları yargılar. Bu son hâlde Mahkemeye, Mahkemenin aslı yargıçlarından başka, her yasama döneminin başında, Parlâmentonun, müşterek toplantısında, senatörlüğe seçilebilme ehliyetini haiz vatandaşlar arasından seçeceği onaltı üye daha katılır. (AY m. 135 / 7.) Çeviri için bkz. **ALACAKAPTAN**, “*İtalyan Anayasa Mahkemesi...*”, s. 493, 499; **FARRELLY/CHAN**, “*Italy's...*”, s. 316; **TESAURO** Alfonso/**CAPOCELLI** Ginevra, “*The Fundamentals of the New Italian Constitution*”, The Canadian Journal of Economics and Political Science, Vol. 20, No. 1, 1954, ss. 44-58, s. 57-58.

¹²¹⁷ Yazarın anayasa mahkemesini nitelendirirken kullanmış olduğu “sovereign” kavramını, “egemen” yerine maksada daha uygun olan “özerk” kavramı ile karşılamayı daha uygun bulduk. **CASSANDRO**, “*The Constitutional Court...*”, s. 12.

¹²¹⁸ **ÖZAY**, “*Yargının...*”, s. 217.

¹²¹⁹ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 29.

c. Türkiye

ca. Türk Anayasa Mahkemesinin Yapısı, Görev ve Yetkileri

Türk Anayasa Mahkemesi 24.04.1962 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 22.04.1962 tarih ve 44 sayılı Kanunla kurulmuştur. Bugün Anayasa Mahkemesini düzenleyen hukuki metinler 1982 Anayasasının 146 ila 153ncü maddeleri; 10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun; 03.12.1986 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'dür.

1982 Anayasasının 146. ve 2949 S. K'nun da 2. maddesine göre Anayasa Mahkemesi 11 asıl ve 4 yedek üyeden kurulur. Üyelerin tamamı Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Ancak Cumhurbaşkanı bu yetkisini kullanırken sınırsız bir takdir yetkisi kullanmaz. Cumhurbaşkanı, Yargıtay'ın iki asıl ve iki yedek üye için; Danıştay'ın iki asıl ve bir yedek üye için; Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay'ın birer asıl üye için; genel kurullarınca, gösterecekleri adaylar arasından seçim yapar. Bundan başka Cumhurbaşkanı bir asıl üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından ve üç asıl ve bir yedek üyeyi de üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer. (AY m. 146)

Seçilme yeterliliği, Anayasadaki düzenlemeyle uyumlu fakat daha açık olarak 2949 S. K.'nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyeliğine getirilebilmek için Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay'da başkan ve üye olmak gerekir. Hâkim sınıfından olmayan, üst kademe yöneticisi kişiler bakımından ise kırk yaşını bitirmiş, altmışbeş yaşını doldurmamış, yükseköğrenim görmüş ve kamu hizmetlerinde en az onbeş yıl fiilen çalışmış veya yükseköğretim kurumlarında en az onbeş yıl öğretim üyeliği yapmış olmak şartıyla yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat, siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi veya Yükseköğretim Kurulu başkan veya üyesi veya rektör veya dekan veya müsteşar veya müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali olarak görev yapmış olmak gerekir.

Nihayet Anayasa Mahkemesine seçilecek avukatların da meslekte fiilen onbeş yıl çalışmış olmaları şartı aranmaktadır.

Bütün adaylar için aranan bir ortak şart da hâkimlik mesleğine alınmamayı gerektiren bir suçtan hüküm giymemiş olmak veya bu gibi suçlardan dolayı ceza kovuşturması altında bulunmamak ve hâkimlik mesleğine alınmasına başka engel bir hâlin bulunmamasıdır.

Aliefendioğlu'nun ifade ettiği gibi, Mahkemenin yapacağı denetimin kalitesi, büyük oranda Mahkeme üyelerinin niteliğine ve çalışma yöntemine bağlıdır. “*Yasaların Anayasaya uygunluk denetimini yaparken Anayasayı yorumlamak, devletin hukuksal yapısına anayasa doğrultusunda yön vermek ve böylece anayasanın koruyuculuğunu yapmak durumunda Anayasa Mahkemesinin, gerçekten seçkin hukukçulardan oluşması gerekir.*”¹²²⁰

2949 sayılı Kanun da Anayasa Mahkemesi üyelerinin, göreve başlamadan önce yemin edeceklerini düzenlemektedir (m. 7). Diğer anayasa mahkemelerinde olduğu gibi yemin, anayasa mahkemesi üyesinin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin moral bir etkidir.

Anayasa Mahkemesi üyeliği, resmî veya özel başka bir görevle bağdaşmaz (AY m. 146/son; 2949 S. K. m. 11). Bu şekilde başka bir görev üstlenen kişinin üyelikten çekilmiş sayılacağı hususu, Kanundaki düzenlemeye göre, Mahkeme tarafından karara bağlanır (2949 S. K. m. 11). Bunun dışında Anayasa Mahkemesi üyeleri her zaman görevlerinden ayrılabilirler ancak 65 yaşın doldurulması hâlinde istekleri olmasa dahi emekliye ayrılırlar (AY m. 147). Anayasa'ya göre, Anayasa Mahkemesi üyeliği bu hâller dışında iki şekilde daha sona erer. Bunlardan birincisi hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı mahkûm olmaktır. Bu hâlde, hükmün kesinleşmesiyle birlikte üyelik de kendiliğinden sona erecektir. Anayasa görevin sağlık bakımından yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması hâlinde de üyeliğin sona ereceğini düzenlemiştir. Ancak bu durumda üyelik kendiliğinden sona ermez; Mahkeme bu konuda salt çoğunlukla karar alır. Mahkemenin kendi kararıyla üyeliğin sona erdirileceği diğer bir hâl de göreve izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak onbeş gün veya bir yılda toplam otuz gün süre ile devam edilmemesi hâlidir. 2949 sayılı kanunda düzenlenmiş olan bu sona erme sebebinin varlığı hâlinde de Mahkeme yine salt çoğunlukla alacağı bir karar ile üyeliğin sona ermesine karar verebilir (2949 S. K. m. 13/2).

¹²²⁰ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 214.

Anayasa Mahkemesinde, üyelere görevlerinde yardımcı olmak üzere, konularında uzman olan Raportörler görevlendirilebilir (2949 S. K. m. 16).

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri şunlardır (AY m. 148; 2949 S K. m. 18):

1. Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas açısından Anayasaya uygunluk denetimini yapmak.

2. Cumhurbaşkanı'nı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini; görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Dîvan sıfatıyla yargılamak.

3. Siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakmak.

4. Siyasi partilerin mali denetimini yapmak.

5. Milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine veya TBMM üyesi olmayan bakanların dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin ilişkin TBMM kararlarına karşı açılacak iptal davaları karara bağlamak.

6. Uyuşmazlık Mahkemesine başkanlık edecek üyeyi kendi üyeleri arasından görevlendirmek.

7. Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Anayasa'da bir değişiklik yapılmaksızın Mahkemenin görev ve yetkileri de değiştirilemez.¹²²¹ Böylece siyasi iktidarın Mahkeme'ye yönelik müdahalelerinin de önüne geçilmiş olmaktadır. Bunun dışında Anayasa Mahkemesine başvurabilecek kişiler, her bir başvuru yolu için ayrı olarak Anayasada ve Kuruluş Kanununda sınırlı sayım suretiyle gösterilmiştir. Buna göre Türk hukuk sistemi içinde bir halk davasına (*actio popularis*) yer verilmiş değildir.

Bundan başka son olarak belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin istişari mütalaa vermek yetkisi bulunmadığı gibi devlet organları arasında çıkabilecek bir görev uyuşmazlığı çözümlenmek yetkisi bulunmamaktadır. Zira

¹²²¹ SABUNCU, Anayasaya Giriş, s. 283.

anayasa mahkemelerinin bu ikinci türden yetkileri genellikle federal devlet ile federe devletler arasında çıkan uyuşmazlıklar için öngörülmüştür.¹²²²

cb. Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması

Türkiye’de Anayasa Mahkemesine yönelik eleştiriler temel olarak iki noktadan, “Mahkemenin yapısı ve üyelerinin belirlenmesi sisteminden” ve “Mahkemenin yargısal aktivizminden”, kaynaklanmaktadır.¹²²³ Aktivist bir tutuma sahip olmak, bir yönüyle yargı fonksiyonu ile bağlantılı olmakla birlikte son tahlilde Türkiye özelinde Mahkemenin yapısı ve üyelerin belirlenmesi ile de sıkı bir ilişki içindedir. Nitekim **Kaboğlu** da aşağıda ele alınacak olan 5982 sayılı Kanun’un bir sacayağı olarak Anayasa Mahkemesine ilişkin düzenlemeye işaret etmekte; bu bağlamda da üyelerin belirlenme sürecinin öne çıkan bir sorun haline geldiğini ifade etmektedir.¹²²⁴ Bu nedenle bu başlık altında daha ziyade, üyelerin belirlenmesi odaklı bir yaklaşım sergilenecektir.

Mahkemenin Anayasa Mahkemesi üyelerinin nitelikleri ve seçilme yöntemleri ülkemizde güncel bir konudur. 05.04.2010 t. ve 2/656 Esas sayılı “07.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi” ile Anayasa Mahkemesinin yapısına ilişkin bir dizi değişiklik teklif edilmiş bu vesileyle konu Türkiye için yeniden güncel hâle gelmiş; teklif 13.05.2010 tarihli ve 27580 sayılı Resmî Gazete’de “7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” başlığıyla yayınlanmıştır.

Kanunun 16. maddesinde Anayasa Mahkemesinin üye sayısının onyediye çıkartılması önerilmektedir. Bu sayı, 2004 t. Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanan taslak ile; 2007 t. TBB tarafından hazırlanan taslak ile ve Özbudun komisyonunun önerisi ile de uyumludur.¹²²⁵ Fransa’da Anayasa Konseyi’nin üye sayısı dokuzdur. Bunlara ayrıca ömür boyu üyelik hakkı bulunan eski devlet

¹²²² **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 235; **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 389.

¹²²³ **ATAR** Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması”, içinde: Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara 2010, ss. 5-24, s. 6. Çevrimiçi erişim için: <http://www.sde.org.tr/userfiles/file/yargirapor.pdf>, E.T.: 29.06.2010.

¹²²⁴ **KABOĞLU**, Değişiklikler Işığında..., s. 204.

¹²²⁵ **KILIÇ** Haşim, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri”, AYD, C. 21, 2004, ss. 80-94, s. 86; TBB, Anayasa Önerisi, s. 275; **ÖZBUDUN**, TC Anayasası Önerisi, m. 112/ (1).

başkanları da eklenmelidir.¹²²⁶ Almanya’da ise iki daire hâlinde görev yapan Mahkemenin her bir dairesinde sekizer üye bulunmaktadır.¹²²⁷

5982 sayılı Kanuna göre Anayasa Mahkemesi üyelerinden üçü TBMM tarafından ve ondördü de Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir. 2004 tarihli taslakta, üyelerin onbirinin diğer yüksek mahkemeler¹²²⁸ tarafından; ikisinin Cumhurbaşkanı tarafından; dördünün de TBMM tarafından belirleneceğini düzenlemiştir. **Özbudun** komisyonunda ise Yargıtay ve Danıştay’ın 4; Sayıştay’ın bir ve TBMM’nin de sekiz üye belirleyeceği öngörülmüştür.¹²²⁹ Buna göre 5982 sayılı Kanun, Cumhurbaşkanı’nın mahkemeye üye belirleme tekeline muhafaza etmektedir.¹²³⁰ Buna karşılık Fransa’da üç üyeyi Cumhurbaşkanı, üç üyeyi Ulusal Meclis başkanı ve üç üyeyi de Senato başkanı seçmektedir (AY m. 56/(1)). Almanya’da her bir dairenin üyeleri yarı yarıya Federal Meclis (Bundestag) ve Federal Konsey (Bundesrat) tarafından belirlenmektedir (BVerfGG m. 5/(1)).

Kanuna göre, Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için 45 yaşın doldurulmuş olması; öğretim üyeleri bakımından doçent ya da profesör ünvanının kazanılmış olması; avukatların en az yirmi yıllık fiilî mesleki tecrübesinin bulunması; üst düzey yöneticilerinin yüksek öğrenim görmüş ve en az yirmi yıllık fiilî kamu hizmetinde çalışmış olması; hâkim ve savcılarının da birinci sınıf olmaları ve en az yirmi yıllık mesleki tecrübelerinin bulunması gerekir. (m. 16)

Fransız Anayasa Konseyi’ni düzenleyen organik kanunun II. Maddesinin ilk fıkrasına göre Anayasa Konseyi üyeliği için herhangi bir yaş ya da mesleki tecrübe şartı öngörülmemiştir. Buna karşılık Federal Almanya’da en az 40 yaşında olmak ve hâkimlik yapabilecek niteliklere sahip olmak şartları aranmaktadır ki bu da Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukukçu olmasını gerektirmektedir.¹²³¹

Ülkemizde bu konu üzerinde yoğun bir tartışma yürütülmekte; bu konu üzerinde çalışanlar çoğunlukla anayasa mahkemesi üyelerinin hukukçu olması

¹²²⁶ Anayasa Konseyi’ne ilişkin 5 numaralı organik kanun m. I.

¹²²⁷ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu m. 2/ (2).

¹²²⁸ Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından; TBB taslağında AYM taslağından farklı olarak bir üyenin de AYM tarafından belirleneceği öngörülmüştür.

¹²²⁹ **KANADOĞLU**, “Yeni Anayasa...”, Tablo. 2, s. 67-68.

¹²³⁰ **KABOĞLU**, Değişiklikler Işığında..., s. 206-207.

¹²³¹ **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 97-98.

şartının gerekliliği üzerinde durmaktadırlar.¹²³² Bununla birlikte hukukçuluk şartını ileri sürenler hâkimlik şartına değil fakat daha ziyade hukuk alanındaki akademik birikime vurgu yapmaktadır.¹²³³ Buna karşılık, ülkemizde anayasa mahkemesine hukukçu akademisyenler arasından seçilen üyelerin sayısı son derece azdır.¹²³⁴

Anayasa mahkemesi üyeliği için Kanunda öngörülen süre 2004 ve 2007 tarihli tasarlara ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kanunundaki süreye paralel olarak 12 yıldır. Üyelerin yeniden seçilmeleri kabul edilmemiştir. Bu süre Fransa'da ve **Özbudun** Komisyonu'nun önerisinde dokuz yıldır.¹²³⁵

Kanun, anayasa mahkemesi üyelerinin asli görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamayacaklarını düzenlemektedir. (m. 16/son) Buna karşılık, üyelerin en azından üniversitelerde ders vermek ve bilimsel faaliyette bulunmak yönünde görev üstlenmelerine imkân vermenin daha yararlı olacağı söylenmektedir.¹²³⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunundaki düzenleme de bu yöndedir.(Madde 3/4)

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta da, Anayasa Mahkemesine parlamento tarafından üye seçimi usulüne ilişkindir. Bu konuda olumlu ve olumsuz yönde görüşlere rastlamak mümkündür. Anayasa Mahkemesine meclis tarafından üye seçilmesinin Mahkemenin demokratik meşruluğuna katkı yapacağı da söylenmektedir¹²³⁷; bu durumun Mahkemeyi siyasallaştıracağı da¹²³⁸. Hangi görüşün

¹²³² **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 42 vd.; **KANADOĞLU**, "Yeni Anayasa...", s. 71; **ÖZAY İL Han**, "Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Görev ve Yekileri ile Yargılama Usulü", AYD, C.12, 1995, ss. 45-49, s. 46; **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 165-166; **YENİSEY**, "Mukayeseli Hukukta...", s. 146. Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun bu konudaki görüşü için: <http://www.yargitay.gov.tr/dmdocuments/AnayasaDegisikligi.PDF>, E. T. 28.04.2010, s. 4-5. Anayasa Mahkemesi üyelerinin mutlak surette hukukçu sıfatına sahip olması gerekmediği yönündeki yaklaşımına rağmen Atar da Mahkeme'deki hukukçu olmayan üyelerin artmasının, organın yargısal fonksiyonunu olumsuz yönden etkileyebileceğini kabul etmektedir. **ATAR**, "Anayasa Mahkemesinin...", s. 12.

¹²³³ **AKSOY** Muammer, Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma ve Bunun Ortaya Çıkardığı Kamu Hukuku Meseleleri, AÜSBF Yay., Ankara 1962, s. 55; **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 441; **KILIÇ**, "Türk Anayasa Mahkemesinin...", s. 91; **NARİN**, "1982 Anayasası...", s. 181-182, 227; **ÖZAY**, "Yargının...", s. 228; **SAN**, "Toplumda...", s. 415-417.

¹²³⁴ **BAŞLAR** Kemal, "Anayasa Mahkemesi Üyeliği", http://www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc, E. T.: 28.04.2010, ss. 1-20, s. 6-13; **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 95.

¹²³⁵ **KILIÇ**, "Türk Anayasa Mahkemesinin...", s. 90; TBB, Anayasa Önerisi, s. 276, 280; BVerfGG, m. 4/(1); Fransa Anayasa Konseyi Kanunu, m. 1/2; **ÖZBUDUN**, TC Anayasası Önerisi, m. 113/(1).

¹²³⁶ **ÖZAY**, "Yargının...", s. 218, 220.

¹²³⁷ **ATAR**, "Anayasa Mahkemesinin...", s. 11; **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 35-36; **ÖZDEN** Güngör Yekta, "Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuksal Konumu", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara 1988, s. 377'den aktaran: **NARİN**, "1982 Anayasası...", s. 213; **ÜNAL**, Anayasa Hukuku Açısından..., s. 128; **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 162-163.

¹²³⁸ **GERÇEKER** Hasan, 2009-2010 Adli Yıl Açış Konuşması, Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2009, s. 12-13; **SERİM** Bülent, "Anayasa Değişikliğinin Gerçek Hedefi...", 27.01.2009, Cumhuriyet;

haklı olacağını ancak uygulama gösterebilir¹²³⁹ ancak şimdiden söylenebilecek olan bir şey şudur ki; Mahkeme'ye meclisin nitelikli çoğunluk dışında herhangi bir şekilde üye seçmesi ikinci görüşün kaygılarını haklılaştırmaktadır.¹²⁴⁰ **Kirathl**'nin belirttiğine göre Almanya'da meclis tarafından seçilen anayasa mahkemesi üyelerinin siyasallaşarak tarafsızlıklarını kaybedeceklerine ilişkin görüşler, üyelerin meclislerin nitelikli çoğunluğu tarafından seçilmesi ve parlamentoya nazaran daha uzun olan görev süreleri sebebiyle haksız çıkmış, Mahkeme, kararları ile siyasal etkilenme altında kalmadığını ortaya koymuştur.¹²⁴¹

Ülkemizde de anayasa mahkemesinin yapısı değiştirilirken, Mahkemenin iki temel işlevine; anayasal düzenin korunması ve temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi işlevlerinin birlikte göz önünde tutularak bir düzenleme yapılması hukuk devletinin yargısal denetim aracılığıyla gerçekleştirilmesi bakımından daha yararlı olabilirdi.

C. YARGISAL DENETİM YOLLARI

Anayasa Mahkemeleri'ni harekete geçirmek için genellikle üç yol kabul edilmiştir. Birinci durum, kanunun yayımlanmasından itibaren belli bir süre içinde kanunun belli bir uyuşmazlığa uygulanması şartına bağlı olmaksızın anayasada gösterilen organlar tarafından anayasaya aykırılığının ileri sürülmesidir. İkinci yol ise, bir normun görülmekte olan bir davada taraflardan biri tarafından yahut mahkemece re'sen anayasaya aykırı olduğu savıyla anayasa mahkemesine gönderilmesidir. Nihayet, giderek yaygınlaşmakta olan bir üçüncü yol da salt yasama

TÜRMEN Rıza, "Anayasa Paketinde Yargı Bağımsızlığı", 19.04.2010, Milliyet. Sağlam, Türk ve Alman Anayasa Mahkemelerini incelediği bir çalışmada, Türk Anayasa Mahkemesinin üyelerinin meclis tarafından seçilmemesi sebebiyle, Alman Mahkemesine nazaran daha bağımsız sayılabileceğini ifade etmektedir. **SAĞLAM** Fazıl, "Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları", Erdoğan TEZİÇ'e ARMAĞAN, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2007, ss. 137-152, s. 137.

¹²³⁹ Arslan'ın aktardığına göre ABD'de Yüksek Mahkeme yargıçlarının Senato'nun denetimi altında Başkan tarafından atanması yani atama sürecine yasamanın ve yürütmenin birlikte katılması hâkimlerin bağımsızlıklarını sağlamaya yönelik bir tedbir olarak yorumlanmaktadır. **ARSLAN**, Anayasa Teorisi, s. 177. Kelsen, uluslararası mahkemelerde görev yapan hâkimlere ilişkin -en azından ilke olarak- "Bir otorite tarafından atanmış olmanın o otoriteye tâbi olunacağı anlamına gelmediği"ni ifade etmektedir. **KELSEN** Hans, "The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", The Yale Law Journal, Vol. 53, No: 2, 1944, ss. 207-220, s. 213. Kelsen'in bu iddiasını Güran, ABD Yüksek Mahkemesi örneği üzerinden ve ancak yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin bir yerleşik kültürün varlığı kaydıyla, doğrulamaktadır. **GÜRAN** Sait, "Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi", içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 49-51.

¹²⁴⁰ Aynı yönde **KABOĞLU**, Değişiklikler Işığında..., s. 266-267.

¹²⁴¹ **KIRATLI**, Alman..., s. 18.

işlemleriyle sınırlı olmaksızın, bir devlet işleminin anayasada öngörülen bir temel hakkını ihlal ettiğini ileri süren bireyin son mercii olarak anayasa mahkemesine başvurmasıdır. Birinci yol, soyut norm denetimi; ikinci yol somut norm denetimi ve üçüncü yol da anayasa şikâyeti ya da bireysel başvuru olarak adlandırılmaktadır.

1. Soyut Norm Denetimi: Dava Yolu

a. Genel Olarak

“(S)oyut norm denetimi, Anayasada belirtilen bazı organların bir kanun aleyhinde Anayasa Mahkemesinde dâva açmalarıyla gerçekleştirilen denetimdir. Bu durumda, kanunun uygulandığı somut bir dâva veya olay yoktur. Anayasaya aykırılık iddiası ve denetimi, herhangi bir dâva ile ilgili olmaksızın, soyut olarak gerçekleştirildiği için buna soyut norm denetimi denmektedir.”¹²⁴²

Soyut norm denetimi, dava yolu ya da iptal davası olarak da adlandırılır.¹²⁴³ İptal edilecek olan, anayasaya aykırı görülen maddi ya da şeklî anlamdaki kanundur. İptal davası sonucunda verilen kararların bir hukuk düzeni içindeki önemi ve kararın herkesi bağlayıcı etkisi sebebiyle genellikle soyut norm denetimine başvurabilecekler sınırlı tutulmuş ve anayasada tüketici biçimde sayılmıştır. Bu açıdan soyut norm denetimine başvuru yetkisi olan kişilerin yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.¹²⁴⁴ Anayasanın iptal davası açmak konusunda yetkili olan kişileri saymasının bir yararı da mahkemenin iş yükünü arttırmamaktır. Gerçekten de bütün yurttaşlara iptal davası açmak yetkisinin tanındığı devletlerde bu düzenleme, mahkemenin iş yükünü aşırı derecede arttırdığı için eleştirilmektedir.

Aliefendioğlu, anayasalarda soyut norm denetimine başvurmakla yetkilendirilen kişileri şöylece sınıflandırmaktadır:¹²⁴⁵

* **Bütün yurttaşlar**: *Actio popularis* her bir yurttaşın, öznel bir hukuki yarar gözetmeksizin soyut denetim yoluyla anayasa mahkemesini harekete geçirebilmesi imkânını ifade eder. *Actio popularis* Macaristan Anayasası’nda yurttaş olmayan kişiler için dahi öngörülmüş olması bakımından **Sadurski**’nin **Solyom**’dan aktardığı nükteli ifade ile adeta bir doğrudan demokrasi aracı hâline gelmiş bulunmaktadır. Bundan başka yazar, Macaristan’da *actio popularis*’in hukuk devletinin inşasında bir

¹²⁴² ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 408.

¹²⁴³ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 562 vd.; TEZİÇ, Anayasa Hukuku..., s. 207 vd.

¹²⁴⁴ CUHRUK, “Türk...”, s. 13.

¹²⁴⁵ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 57.

araç olduğunu da aktarmaktadır.¹²⁴⁶ *Actio popularis* anayasa şikâyetinden farklıdır; burada kişisel bir hakkın ya da özgürlüğün ihlali şartı aranmaz. Davanın temelinde kamu yararı düşüncesi yatar. Buna karşılık bireysel başvurunun temelinde kişisel bir hakkın ihlaline bağlı olarak özel yararın korunması düşüncesi yatmaktadır.¹²⁴⁷ Bundan başka bireysel başvuru yolunda verilen kararlar *inter partes* (taraflar arasında) sonuç doğururken *actio popularis* neticesinde verilen iptal kararları herkes için bağlayıcı sonuç doğurmaktadır.

* **Bazı idare ve yargı yerleri:** Doktrinde “organ davası”¹²⁴⁸ olarak da anılan bu yöntemin bir örneği olarak 1961 t. Türk Anayasası gösterilebilir. Anayasanın 149. maddesinde ve 1962 t. ve 44 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında (Mülga) Kanununun 21. maddesinde iptal davası açmaya yetkili olanlar arasında Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Üniversiteler gösterilmiş; bu kurumların “*kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda*” aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine doğrudan başvurabilecekleri kabul edilmiştir. **Armağan**, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanların, anılan organların görev ve yetki alanlarında olumsuz etki yaratacak nitelikteki düzenlemeleri ifade ettiğini belirtmektedir.¹²⁴⁹

* **Cumhurbaşkanı ya da Hükümet:** Cumhurbaşkanı parlamenter sistem içinde tarafsız bir mercii olarak genellikle anayasal düzenin korunması konusunda işlevseldir. Anayasal düzenin korunması aynı zamanda anayasa mahkemesinin de temel işlevidir. Anayasa Mahkemesi, bir mahkeme olarak, kural olarak re’sen harekete geçen bir organ değildir. Cumhurbaşkanı bu anlamda Mahkemeyi etkisiz kılacak ölçüde bir iktidar yoğunlaşmasının yaşandığı hâllerde anayasanın üstünlüğünün sağlanması amacıyla yahut siyasal tikanlıkların aşılabilmesi gayesiyle Mahkemeyi harekete geçirebilmektedir.

Parlamenter sistemlerde hükümet genellikle meclis çoğunluğunu oluşturan siyasal partiler tarafından kurulduğu için, kanunlaştırılan bir metnin anayasaya aykırılığını ileri sürme ihtimali düşük bir organdır. Bununla birlikte hükümetin

¹²⁴⁶ **SADURSKI** Wojciech, *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer, Dordrecht 2005, s. 6.

¹²⁴⁷ **KILINÇ** Bahadır, “*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*”, AYD, C. 25, 2008, ss. 19-59, s. 25-26.

¹²⁴⁸ **HEKİMOĞLU**, *Alman Hukuku Işığında...*, s.

¹²⁴⁹ **ARMAĞAN**, *Anayasa Mahkememizde...*, s. 48-49.

anayasa mahkemesine başvurabilmesi erkler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmiştir. Bundan başka, Fransa’da olduğu gibi, meclisin hükümetin yetki alanına ilişkin bir düzenlemeye girişmesi hâlinde yahut federal devletlerde, federe devlet meclislerinin federal anayasaya aykırı kanunlaştırma faaliyetleri hâlinde de hükümetin anayasa mahkemesine başvurma hakkı etkin bir denetimin aracı olabilecektir.

* ***Siyasi Partiler ve Milletvekilleri:*** Siyasi partilere anayasa mahkemesine başvurma yetkisinin tanınması konusunda çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Bu yetki mecliste temsil edilen bütün siyasi partilere tanınabileceği gibi sadece mecliste grubu bulunan partilere yahut 1982 Anayasasında olduğu gibi sadece anamuhalefet partisine (m. 150) tanınabilir. 1961 Anayasası 149. maddesinde “...son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan siyasi partiler(e)” de iptal davası açmak yetkisi tanımıştır. Siyasi partilerin iptal davası açmak hakkına sahip olması da demokratik ilkenin ve azınlıkların korunması ilkesinin bir gereğidir.¹²⁵⁰ Genellikle bu yetki belli sayıdaki milletvekiline de tanınmaktadır.

* ***Sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ya da seçmenlerin belirli bir orandaki sayısı:*** Yukarıda da belirtildiği gibi, anayasa yargısının bir amacı da demokratik toplum düzenini korumak ve geliştirmektir. Bir üst başlık olarak “sivil toplum”a anayasa mahkemesine başvurmak yetkisinin tanınması bir yandan hukukun oluşumuna çoğulcu bir katkının sağlanması bakımından anlamlıdır; diğer yandan da çoğunluk otoritesinin mutlaklığını yumuşatmak ve azınlıkları korumak bakımından yararlıdır.¹²⁵¹ Sivil toplum örgütlerine, anayasa mahkemesine doğrudan başvurma hakkının tanınmasına yönelik tek itiraz noktası mahkemenin iş yükünün arttırılmasına ilişkin sakınca olabilir. Bu konuda özellikle Alman sisteminde, anayasa şikâyeti yolu ile açılan doğrudan başvuru yolunun ve Macaristan’da halk davasının mahkemelerin iş yükünü ciddi biçimde arttırdığı bir yakınma konusudur.¹²⁵²

b. 1982 Türk Anayasası’na Göre Soyut Norm Denetimi

Soyut norm denetimi 1982 Anayasasının 150. maddesinde iptal davası başlığı altında düzenlenmiştir. İptal davası açmak hakkı herkese tanınmış bir hak değildir.

¹²⁵⁰ ARMAĞAN, Anayasa Mahkememizde..., s. 40-48.

¹²⁵¹ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 55.

¹²⁵² KILINÇ, “Karşılaştırmalı...”, s. 41-42, ayrıca bkz. aynı eser, s. 26, dn 11.

Anayasaya göre sadece Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ve TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler iptal davası açabilir. İktidarda birden fazla siyasal parti bulunmaktaysa dava açmak hakkını da en fazla üyeye sahip iktidar partisi kullanacaktır.

Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunların şekil açısından denetlenmesi bakımından iptal davası açmak yetkisi daha da sınırlandırılmış ve bu yetki iktidar ve ana muhalefet partisi meclis gruplarına tanınmamıştır. Bu sınır kanun hükmünde kararname ve meclis içtüzüğü bakımından söz konusu değildir.

İptal davası açma süresi de Anayasa'ya göre iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya içtüzüğün Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren altmış gündür (m. 151). Ancak kanunların şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları için süre kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün olarak tespit edilmiştir (AY m. 148/II).

Kanunlar ile kanun hükmünde kararname ve meclis içtüzüğüne ilişkin düzenlemelerdeki bu farklılık *Soysal*'ın ifade ettiğine göre bilinçli bir tercih değil fakat bir hatanın sonucudur. Yazarın belirttiğine göre düzenlemeler arasındaki “Çelişki, yasaların biçim bakımından Anayasaya uygunluğunu denetleme konusunda Danışma Meclisince hazırlanan metnin Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunda geçirdiği değişiklikten kaynaklanmaktadır. Danışma Meclisi...biçim noksanlığına dayalı iptal davasının yasa yayımlanmadan incelenip tamamlanmasını, yani...bir...’öndenetim’e tâbi tutulmasını düşünmüştü. Bu çözüm Millî Güvenlik Konseyi aşamasında...doğru bulunmadı ve çıkarıldı. Fakat, Danışma Meclisinde de, Millî Güvenlik Konseyinde de öbür maddeleri bu hükümle uyumlu duruma getirmek için gerekli teknik çalışma yapılmadığı için Anayasa şimdiki çelişkili görüntüsüyle kaldı.”¹²⁵³

2. Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu

a. Genel Olarak

Soyut norm denetimi bazen bir önceden denetim yolu olarak fakat daha ziyade bir sonradan denetim yolu olarak ve merkezî denetim modelinde kullanılabilir.¹²⁵⁴ İptal davasında Mahkeme, hem şekil yönünden hem de esasa ilişkin

¹²⁵³ SOYSAL, 100 Soruda..., s. 239-240.

¹²⁵⁴ KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 77.

denetim yapabilir.¹²⁵⁵ **Tunç**'a göre soyut norm denetimi, “*siyasi yönü daha etkin*” olan bir yargısal denetimdir.¹²⁵⁶ Buna karşılık somut norm denetiminin hukukilik karakteri daha baskındır.

Somut norm denetimi, def’i yolu ya da itiraz yolu kavramları ile ifade edilen bu denetim¹²⁵⁷, “(Bir mahkeme önünde) *görülmekte olan bir dâva sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak hükmün, Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi suretiyle yaptığı itiraz üzerine yapılan denetimdir.*”¹²⁵⁸

İtiraz yolunu iptal davasından farklılaştıran temel nokta, bu yolun ancak somut bir olaya, mahkeme önüne getirilmiş bir davaya bağlı olarak işletilebilmesidir.¹²⁵⁹ Bu nedenle ancak sonradan denetime imkân veren somut norm denetimi, yaygın denetim ve merkezileşmiş denetim modelleri için ortaktır.

Somut norm denetimi için def’i ve itiraz kavramlarının kullanılması, özel hukukun esinlemesiyle kabul edilmiştir. Hâlbuki özel hukuk alanında ve hukuk yargılamasında def’i ve itiraz iki farklı anlama gelen; hukuki sonuçları birbirinden farklı iki kavramdır. Buna karşılık anayasa yargısında def’i yolu ve itiraz yolu bütünüyle aynı şeyi ifade etmektedir. İster def’i yolu şeklinde adlandırılınsın ister itiraz, somut norm denetimi mahkeme önüne gelmiş bir uyuşmazlığı çözümlenmekte kullanılacak normun anayasaya aykırı olma ihtimalinin tarafların ileri sürmesi üzerine ya da hâkim tarafından re’sen değerlendirilmesidir.¹²⁶⁰

İtiraz yoluna başvurulması üzerine anayasaya aykırılık incelemesini kimin yapacağı, benimsenen denetim modeline göre farklılık gösterebilir. Amerika modeli anayasa yargısının benimsenmiş olduğu devletlerde, yukarıda da işaret edildiği gibi mahkeme, görmekte olduğu davada bir anayasaya aykırılık iddiası ile karşılaşır yahut

¹²⁵⁵ **HEKİMOĞLU**, Alman Hukuku Işığında..., s. 178 vd.

¹²⁵⁶ **TUNÇ**, Karşılaştırmalı..., s. 86. Akbaş da Anayasa Mahkemesinin bir meclis dışı muhalefet aracı olarak nitelendirilebileceğini ifade ederken norm denetiminin siyasal mahiyetine işaret etmektedir. **AKBAŞ** Kasım, “*Muhalefet Aracı Olarak Anayasa Mahkemesi*”, http://www.toplumsal hukuk.org/yazi_oku.asp?sayfa_no=18&b=muhalefet_araci_olarak_anayasa_ma hkemesi_kasim_akbas, E. T.: 16.04.2010.

¹²⁵⁷ **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku..., s. 317 vd.; **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 410 vd.; **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku..., s. 210 vd.; **TUNÇ** Hasan, Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Atatürk Üniversitesi Yay., Erzincan 1992, s. 17-18.

¹²⁵⁸ **ALİEFENDİOĞLU** Yılmaz, “*Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*”, AYD C. 1, 1984, ss. 101-137, s. 115.

¹²⁵⁹ **KAYA** Meral, Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme, Seçkin, Ankara 2008, s. 33.

¹²⁶⁰ **ARMAĞAN**, Anayasa Mahkememizde..., s. 73-76.

bunu kendisi tespit ederse normu ihmal etmeyi tercih edebilir. Bu mahkeme bir ilk derece mahkemesi olabileceği gibi bir yüksek mahkeme dahi olabilir.¹²⁶¹

Kelsen modeli anayasa yargısında ise adli veya idari yargı yerleri görmekte oldukları bir uyuşmazlıkta ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını bekletici mesele yaparak anayasa mahkemesine sunar; bu organın kararı belli olduktan sonra davayı ona göre çözümler.¹²⁶²

Somut norm denetimi, hukuk devletinin temeli olan “anayasanın üstünlüğü” ilkesi ile yargı fonksiyonun “ihkâk-ı haktan istinkâf memnuiyeti” ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.¹²⁶³ Gerçekten de yargılama faaliyeti, hukuki uyuşmazlıkların hukuka uygun olarak çözümlenmesini gerektirir. Diğer bir ifadeyle yargılama, mahkemeye iki görev yükler: a. Uyuşmazlığı çözümlmek ve b. Uyuşmazlığı hukuka uygun olarak çözümlmek. Anayasa da bir hukuk sisteminin en üzerindeki norm olduğu içindir ki uyuşmazlığın hukuka uygun olarak çözümlenmesi onun kanunlar kadar anayasaya da uygun olması anlamına gelir.

Bir uyuşmazlığın hukuka uygun olarak çözümlenmesi aynı zamanda uyuşmazlığı çözümlmekte kullanılacak olan normun hangisi olduğunun tespit edilmesini de gerektirir. Bu açıdan bir hukuk sistemi içinde eski tarihli normlar ile yeni tarihli normlar çatışabilir; yahut genel norm ile özel norm arasında bir çatışma olabilir. Bazen de ulusal kanun ile bir başka devlet kanunu arasında çatışma yaşanabilir. Bu hâllerde, sonraki norm; özel norm ve devletler özel hukuku kurallarının işaret ettiği norm tercih edilecektir. İşte uyuşmazlığı çözümlmekte kullanılacak bu normun kimi zaman anayasa ile çatışması da mümkündür. Bu son durumda hâkimin önüne gelen olayda hangi kuralı uygulayacağını tespit etmek için giriştiği faaliyete somut norm denetimi denir.

Yaygın denetimin asıl amacı olaya uygulanacak hukuk kuralını tespit etmek iken, Kelsen modelinde anayasaya aykırı kuralların hukuk sisteminden ayıklanması da bir ek amaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ayıklamanın hukuk güvenliği ilkesine uygun biçimde yapılabilmesi için de anayasaya uygunluk denetiminin merkezî bir organ, bir anayasa mahkemesi tarafından yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

¹²⁶¹ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 58.

¹²⁶² FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 56-57.

¹²⁶³ FEYZİOĞLU, Kanunların..., s. 65-66.

b. 1982 Türk Anayasası'na Göre Somut Norm Denetimi

1982 AY m. 152/I'de bir davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir kanunun (veya kanun hükmünde kararnamenin) hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması hâlinde Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre somut norm denetiminin işletilebilmesi için gerekli şartlar şu şekilde ifade edilebilir:¹²⁶⁴

a. Somut norm denetiminin başlatılabilmesi için ortada bakılmakta olan bir dava¹²⁶⁵ bulunmalıdır.

b. Somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine ancak bir mahkeme¹²⁶⁶ başvurabilir.

c. Türk hukukunda somut norm denetimi ancak bir kanun yahut bir KHK hakkında işletilebilir ve somut norm denetimi yolu ile ancak kanunun anayasaya maddi açıdan aykırılığı ileri sürülebilir. Türkiye'de mahkemelerin kanunların şekil

¹²⁶⁴ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 566-567; **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku..., s. 319; **TUNÇ**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 21-45.

¹²⁶⁵ Kuru, "dava"yı "*Bir başkası (davalı) tarafından sübjektif hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan bir kimsenin (davacının) mahkemeden hukuki koruma (himaye) istemesidir.*" şeklinde tanımlamaktadır. **KURU** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, Demir Demir Yay., 6. Bası, İstanbul 2001, s. 871.

¹²⁶⁶ Başlar, AY m. 152 anlamında "davaya bakmakta olan mahkeme" üzerine yapmış olduğu çalışmasında "mahkeme" kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda 1961 ve 1982 Anayasalarının gerekçelerinde ya da metinlerinde bir açıklama olmadığını; Türk uygulamasında mahkeme kavramının Anayasa Mahkemesi içtihatları ile şekillendiğini ifade etmektedir. Ne var ki "mahkeme" kavramına ilişkin kriterleri tek bir formül içinde ifade etmek oldukça güç ve sıkıntılıdır. Bu nedenle mahkeme kavramına ilişkin genel kriterler ortaya koyarak her somut olayda bunun içini doldurmak daha yararlıdır. Başlar'ın ifade ettiğine göre Türk Anayasa Mahkemesi özellikle 1962-1972 yılları arasında mahkeme kavramını, organik ve şekli anlamda mahkemelerle sınırlı olarak algılamış fakat bu tutumu doktrinde eleştirilerek, mahkeme kavramının geniş anlamda yargı fonksiyonu icra eden bütün heyetleri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan Başlar'a göre somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurabilecek olan mahkeme; a) Uyuşmazlık konusu olaydan önce, kanunla kurulmuş olmalı; görev ve yetkileri ile yargılama usulü de yine kanunla tespit edilmiş bulunmalıdır. Bu, tabii hâkim ilkesinin bir gereğidir. b) Önüne gelmesi muhtemel uyuşmazlıkları salt hakkaniyete dayanarak değil fakat önceden tespit edilmiş olan maddi hukuk kurallarına göre çözümlenecek bir merci olmalıdır. Bu, hukuki öngörülebilirlik ilkesinin bir gereğidir. c) Verdiği kararlar tavsiye niteliğinde yahut daha sonra başka bir merci tarafından verilecek bir kararın ön aşaması niteliğinde olmamalı; mutlak ya da nisbi anlamda kesin hüküm teşkil etmelidir. d) Kararları kural olarak temyiz edilebilir nitelikte bulunmalıdır. Bu kuralı mutlak biçimde anlamamak ve yüksek mahkemeler ile disiplin mahkemeleri gibi kendine özgü kurumların istisna teşkil edebileceğini kabul etmek gerekir. e) Üyelerinin hâkimlik sıfatı kanuni bir düzenlemeye dayanmalıdır. Bununla birlikte yargı yetkisi kullanan bir merciin mahkeme sayılabilmesi için üyelerinin mutlaka meslekten hâkim olması şart değildir. Bununla birlikte üyelerin bağımsızlığının ve tarafsızlığının objektif biçimde güvence altına alınmış olması şarttır. f) Bir hukuk kuralına aykırılık yahut bir hakkın ihlali hallerini tespit etmeye yetkili bir organ olmalıdır. **BAŞLAR**, Anayasa Yargısında..., s. 17-20, 88-91, 143-145, 147-148.

açısından anayasaya uygunluğunu incelemek yetkisi kabul edilmemiş; bu inceleme Anayasa Mahkemesi için dahi son derece kısıtlı biçimde öngörülmüştür.

d. Somut norm denetiminin başlatılabilmesi için ya mahkeme davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini re'sen anayasaya aykırı görmeli ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu konusunda kanaate varmalıdır.

1982 Anayasasına göre davaya bakmakta olan bir mahkeme uygulamakta olduğu normun anayasaya aykırı olduğu konusunda bir kanaate varırsa “...*Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*” Bir başka ifadeyle mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını bekletici sorun (mesele-i müstehire) yapar. Buna karşılık yaygın denetimin kabul edildiği hukuk sistemlerinde anayasaya aykırılık iddiası bir bekletici mesele değil fakat bir önsorun teşkil eder.¹²⁶⁷ Bekletici sorun ile önsorun arasındaki fark şudur: Görülmekte olan bir davada, asıl mesele hakkında karar vermekle görevli olan mahkeme, asıl sorunu çözümleyebilmek için daha önce çözümlenmesi gereken başka bir sorunla karşılaşır ve sorunun çözümlenmesini bir başka mahkemeye bırakmak durumundaysa, bekletici meseleden; buna karşılık mahkeme, asıl meseleden önce ortaya çıkan sorunu kendisi çözümlmek yetkisine sahipse önsorundan bahsedilir.¹²⁶⁸

Anayasaya göre “*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.*” (m. 152/III)

3. Anayasa Şikâyeti

a. Genel Olarak

Göztepe'ye göre anayasa mahkemesinin sadece belli sayıdaki parlamenter tarafından yahut görülmekte olan davalar bakımından tesadüfi bir biçimde harekete geçirilmesini öngörmek anayasa yargısının temel hakları ve anayasal ilkeleri koruma ve gözetme işlevini tamamen etkisiz kılmaya çalışmakla eş anlamlıdır.¹²⁶⁹ Bu nedenle somut norm denetiminin, yargı yerleri önündeki somut uyuşmazlıklarda anayasaya

¹²⁶⁷ TEZİÇ, *Anayasa Hukuku...*, s. 202-203.

¹²⁶⁸ KURU, *Hukuk...*, C. III, s. 3207-3210; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 497.

¹²⁶⁹ GÖZTEPE, *Anayasa Şikâyeti*, s. 14.

uygun hukukun gözetilmesi işlevine uygun olarak çeşitli hukuk düzenlerinde bir yargısal denetim yolu daha öngörülmüştür. “*Hukukun tüm alanları için objektif bir değer düzeni oluşturan temel hakların içeriğinin açıklanması ve her türlü devlet gücünün denetimi amacına yönelik*” kendine özgü bu olağanüstü hukuki çarenin, bireye kazandıracığı bilinç ile de demokrasi ve hukuk devleti için bir güvence olacağı ifade edilmiştir.¹²⁷⁰ Birey ve temel hak kavramları ekseninde anayasacılık hareketlerini ve anayasa yargısını tamamlayan bu yol, anayasa mahkemesine kişisel başvuru yoludur.¹²⁷¹

Hans Kelsen'in bireyler için öngörmediği anayasa mahkemesine kişisel başvuru yolu, Kelsen modeli anayasa yargısını benimseyen devletler tarafından tanınmıştır. Anayasa mahkemesine bireylerin doğrudan başvurabilmesi için iki yol öngörülmüştür: *actio popularis* ve anayasa şikâyeti (bireysel başvuru).¹²⁷²

Anayasa şikâyeti, soyut norm ve somut norm denetimi gibi, anayasa yargısı içinde yer alan bir dava türü; anayasa mahkemesini harekete geçirmeye yönelik bir başvuru yoludur. Bireyler tarafından doğrudan anayasa mahkemesine yöneltilen anayasa şikâyeti, anayasa yargısının, hukuk devletinin bir unsuru olan temel hak ve özgürlüklerin korunması işlevini gerçekleştirmesi için etkili bir yoldur. Anayasa şikâyetinde amaç, idari yahut yargısal bir karar ile –bir kamu otoritesi tarafından-

¹²⁷⁰ **GÖREN** Zafer, “*Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru: Anayasa Şikâyeti*”, AYD, C. 11, 1994, ss. 97-134, s. 101-102.

¹²⁷¹ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 93.

¹²⁷² **PACZOLAY** Péter, “*Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar: Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor*”, AYD, C. 21, 2004, ss. 194-203, s. 194. “*Anayasa şikâyeti, yargısal bir yaptırım olmayan dilekçe hakkıyla karıştırılmamalıdır. On dokuzuncu yüzyıla kadar Almanya'da aynı anlama gelen dilekçe hakkı ve anayasa şikâyeti, ilk olarak 1919 Bavyera Anayasası'nda biçimsel bir hukuki çare olarak anayasa şikâyetinin tanınmasıyla, dilekçe hakkından farklı bir işlev kazanmıştır. Alman Anayasası'nın 17. maddesine göre, 'Herkes tek başına ya da topluca istek ya da şikâyetlerini yetkili makamlara ve meclise yazılı olarak bildirme hakkına sahiptir.' Bireylerin bu hakka dayanarak kamu gücünü uygulayanlardan bir şey talep etmeleri olanaklı olmadığı gibi, başvurularının hukuki bir bağlayıcılığı ya da yaptırımı bulunmamaktadır. Bu nedenle yargısal bir karar verilmesini sağlayan anayasa şikâyeti ile dilekçe hakkının tarihsel bağları dışında ortak bir yanları yoktur.*” **GÖZTEPE**, Anayasa Şikâyeti, s. 21. Bundan başka anayasa şikâyeti, olağanüstü ve özel bir yöntem ile kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yolu olması bakımından Amerika modeli yargısal denetimden ve salt temel hakların korunması işlevi bakımından da *amparo* usulünden ayrılır. *Amparo*, mevcut yargısal başvuru yollarına paralel bir yol olması bakımından ve *amparo* başvurularının kanunun iptal edilmesi ise sonuçlanmaması bakımından anayasa şikâyetinden ayrılır. **KARAKAMISHEVA** Tanja, “*Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice: Case Study- Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia, Republic of Macedonia*”, ss. 1-16, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf, E.T. 23.04.2010, s. 3; **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku..., s. 323. Nihayet, anayasa şikâyeti, mevcut bir hak ihlaline ilişkin olarak ve hakkı ihlal edilen bir kimse tarafından başvuru olan bir yol olması ve bir hukuki yarar şartına olması itibarıyla de *actio popularis*'ten farklıdır.

temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin korunmasıdır. Ayrıca anayasa şikâyeti yolu ile anayasal normların korunmasına, yorumlanmasına ve gelişmesine de katkı sağlanmış olur.¹²⁷³ Bu bakımdan örneğin Avusturya’da başvuru anayasa şikâyeti yoluyla sadece anayasa tarafından güvencelemiş bir temel hakkının ihlal edilmiş olduğunu değil fakat aynı zamanda bu aykırılığın kanuna aykırı bir düzenleyici işlemin yahut anayasaya aykırı bir kanunun yahut hukuka aykırı bir uluslararası sözleşmenin uygulanması sonucu meydana gelmiş olduğunu ileri sürmektedir. Bu ikinci durumda, Anayasa Mahkemesinde normun anayasaya aykırılığı konusunda bir kuşku doğmuşsa artık doğrudan işlemin anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirilir.¹²⁷⁴ Bundan başka anayasa şikâyetinin anayasanın üstünlüğünün ve etkinliğinin sağlanmasında etkili bir araç olarak özel hukuk ilişkilerinde de temel haklara riayetinin sağlanmasında olumlu bir etkisinden bahsedilebilir.¹²⁷⁵

Paczolay bugün dünyada anayasa şikâyeti ile ilgili iki ana eğilimin bulunduğunu ifade etmektedir. Hukuk düzenlerinde anayasa şikâyetine henüz yer vermeyen devletlerin bu şikâyeti benimseme eğilimi; anayasalarında anayasa şikâyetine yer veren devletlerin bu hakkı sınırlandırmak eğilimi.¹²⁷⁶ Anayasa şikâyetinin anayasalarda düzenlenmesi hareketlerini motive eden, temel hak ve özgürlüklerin ulusal düzeyde korunması alanını genişletmek düşüncesidir. Böylece örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi ulusalüstü organlara başvuruların da azaltılabileceği umulmaktadır.¹²⁷⁷ *Sabuncu ve Arnwine*’m belirttiğine göre AİHM de iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını incelerken ilgili devlette anayasa şikâyeti kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bu yolu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu olarak görmektedir.¹²⁷⁸ Bu

¹²⁷³ **GÖREN**, “Anayasa Mahkemesine...”, s. 98-100, 122-124; **GÖZTEPE**, Anayasa Şikâyeti, s. 15, dn. 35; **HASSEMER** Winfried, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar: Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor”, AYD, C. 21, 2004, ss. 164-178, s. 164; **KILINÇ**, “Karşılaştırmalı...”, s. 20-21, 23-24, 26-28; **SABUNCU** Yavuz M./**ARNWINE** ESEN Selin, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli: Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, AYD, C. 21, 2004, ss. 229-246, s. 229-230.

¹²⁷⁴ **HALLER** Herbert, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar: Avusturya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor”, AYD, C. 21, 2004, ss. 179-193, s. 179.

¹²⁷⁵ **KANADOĞLU**, “Yeni Anayasa...”, s. 81-83.

¹²⁷⁶ **PACZOLAY**, “Anayasa Şikâyeti...”, s. 195.

¹²⁷⁷ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 101; **ODYAKMAZ** Zehra, “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, AYD, C. 25, 2008, ss. 155-204, s. 194.

¹²⁷⁸ **SABUNCU/ARNWINE**, “Türkiye İçin...”, s. 230.

hakkın sınırlandırılması konusunda ise anayasa mahkemelerinin iş yükünü makul bir seviyeye indirmek kaygısı temel etkindir.¹²⁷⁹ Gerçekten de anayasa şikâyeti, kurumun kabul edildiği devletlerde mahkemenin iş yükünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır.¹²⁸⁰

Anayasa şikâyetinin klasik örneğinin Federal Alman Anayasasındaki *Verfassungsbeschwerde* olduğunu ifade edilmektedir.¹²⁸¹ Bunun yanında İspanya Anayasasındaki *recurso de amparo*¹²⁸² ve Meksika’da 1857’den beri uygulanmakta olan *amparo* da özgün örneklerdir.

Anayasa şikâyeti yoluyla anayasa mahkemesine başvuru şartları şu şekilde sıralanabilir:¹²⁸³

1. Başvuru yeteneği:

Federal Almanya¹²⁸⁴, Avusturya¹²⁸⁵, Meksika ve Güney Kore¹²⁸⁶’de temel hakları ihlal edilen herkesin anayasa şikâyetinde bulunabileceği kabul edilmektedir. Buna karşılık İspanya’da bu hak sadece vatandaşlar için öngörülmüştür (AY m. 53/II).

Buna göre, yurttaşlar, yabancılar, özel hukuk (ve şartları varsa kamu hukuku) tüzel kişileri anayasa şikâyeti yoluna başvurabilir.¹²⁸⁷

Yabancıların başvuru hakkı münhasıran yurttaşlar için öngörülen haklar bakımından sınırlandırılmıştır. Daha doğru bir ifadeyle yurttaş olmayanların başvuru hakkı ancak o devletin ülkesinde, devlet hukuk sisteminin yararlanmalarına izin vermiş olduğu haklarla sınırlıdır.¹²⁸⁸

Anayasa şikâyeti hakkı özel hukuk tüzel kişileri için *ultra vires* kabul edilmiştir. Buna göre bir özel hukuk tüzel kişisi mahiyetine uygun düşen ve faaliyet

¹²⁷⁹ KIM Yang-Kyun, “Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi”, AYD, C. 9, 1992, ss. 347-355, s. 350.

¹²⁸⁰ GÖREN, “Anayasa Mahkemesine...”, s. 106-107; HASSEMER, “Anayasa Şikâyeti...”, s. 164; KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 99; KILINÇ, “Karşılaştırmalı...”, s. 41-42, 55 vd.

¹²⁸¹ KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 95; SAĞLAM, “Anayasa Şikâyeti...”, s. 74; TUNÇ, Karşılaştırmalı..., s. 87.

¹²⁸² KARAKAMISHEVA, “Constitutional Complaint...”, s. 3.

¹²⁸³ GÖREN Zafer, “Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 293-337, s. 309-322; KILINÇ, “Karşılaştırmalı...”, s. 28-39; PEKCANITEZ Hakan, “Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, AYD C. 12, 1995, ss. 257-287, s. 265-268.

¹²⁸⁴ Federal Almanya Anayasası m. 93/ 4a; Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, m. 90/I.

¹²⁸⁵ Avusturya Anayasası m. 131a, 132, 144.

¹²⁸⁶ KIM, “Kore’de...”, s. 348.

¹²⁸⁷ KIRATLI, Alman..., s. 28; SABUNCU/ARNWINE, “Türkiye İçin...”, s. 230-231.

¹²⁸⁸ GÖREN, “Anayasa Mahkemesine...”, s. 114.

alanıyla ilgili olan temel hak ve özgürlükler bakımından anayasa mahkemesine başvurulabilir. Kamu hukuku tüzel kişileri ise istisnai olarak anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilirler.¹²⁸⁹ Bunun için temel hakkın koruduğu alanın “*hak sahibine doğrudan özgülenmesi*” gerekir. Almanya’da bu son durumun klasik bir örneği olarak bilim özgürlüğü hakkının ihlali sebebiyle üniversitelerin başvuru yetkisi gösterilmektedir.¹²⁹⁰ Bundan başka, Almanya’da belediyeler ve belediye birlikleri için de, federal bir kanun ya da bir eyalet kanunu aleyhine, özerk yönetim ilkesini ihlal sebebiyle ve bu konuda Eyalet Anayasa Mahkemesine başvurulmaması şartıyla anayasa şikâyetine başvurma hakkı kabul edilmiştir.¹²⁹¹

İspanya’da Başsavcılık ve halkın avukatı (*Defensor del Pueblo*) da anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilir. Bu durum *amparo başvurusuna* özgün bir yan katmaktadır.¹²⁹² **Göztepe**’nin aktardığına göre savcılığın anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilmesinin temelinde, savcılığın Roma hukuku geleneklerinden kaynaklanan görevleri bulunmaktadır. Bu görevler yargısal sürecin hukuka uygunluğunun denetlenmesi, yurttaşların haklarının korunması, mahkemelerin bağımsızlığının gözetilmesi gibi hususları da içermektedir (AY m. 124).¹²⁹³

Anayasa şikâyeti yoluna başvurabilecek kişilerin başvurularını kanuni temsilcileri aracılığıyla yapabilmeleri doğaldır.¹²⁹⁴

2. Şikâyet konusu:

Anayasa şikâyeti yoluna bir temel hak ve özgürlüğü ihlal eden kamu otoritelerinin işlemleri aleyhine başvurulabilir. Bir başka ifadeyle anayasa şikâyetinin konusunu bir temel hak ve özgürlüğü ihlal eden ve kamu kudretine dayanılarak gerçekleştirilen bir işlem teşkil eder.¹²⁹⁵

Federal Almanya’da ve Meksika’da kamu otoritesi kavramı geniş biçimde algılanmakta ve kanunlara, idarenin düzenleyici işlemlerine ve yargı kararlarına karşı anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilmektedir.¹²⁹⁶ Buna karşılık Avusturya’da

¹²⁸⁹ GÖREN, “*Anayasa Mahkemesine...*”, s. 111.

¹²⁹⁰ HASSEMER, “*Anayasa Şikâyeti...*”, s. 166.

¹²⁹¹ BVerfGG, m. 91.

¹²⁹² ÖZBUDUN, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde...*, s. 166.

¹²⁹³ GÖZTEPE, *Anayasa Şikâyeti*, s. 34-35.

¹²⁹⁴ KARAKAMISHEVA, “*Constitutional Complaint...*”, s. 8.

¹²⁹⁵ GÖREN, “*Anayasa Mahkemesine...*”, s. 100, 112-113; KIRATLI, *Alman...*, s. 28-30.

¹²⁹⁶ Hemen belirtmek gerekir ki, Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi kararları için anayasa şikâyeti yoluna başvurmak mümkün değildir. Aynı şekilde Almanya’da uluslararası sözleşme hükümleri aleyhine de anayasa şikâyeti yoluna başvurulamaz. Federal Anayasa Mahkemesine göre

anayasa şikâyeti mahkeme kararları için öngörülmemiştir. İspanya’da ise anayasa şikâyeti yoluyla kanunlar aleyhine bir denetim gerçekleştirilememektedir.

İhlal, kamu otoritelerinin bir hareketinden kaynaklanabileceği gibi hareketsizliğinden de kaynaklanabilir.¹²⁹⁷ Kural olarak anayasada öngörülen bütün temel hak ve özgürlükler için anayasa şikâyeti yoluna başvurulabilir. Ancak İspanya Anayasasında 14. – 29. maddeler arasında haklar ve özgürlükler sayılmış; 30 vd. maddelerde ise haklar ve yurttaşların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bunlar askerlik ve diğer zorunlu hizmetler, vergi, evlilik, mülkiyet, iş ve özgür teşebbüs konularına ilişkindir. Anayasa, *amparo*’yu sadece 14 vd. maddelerinde düzenlenen haklar ve özgürlükler için öngörmüş; **Göztepe**’nin aktardığına göre haklar ve yurttaşın yükümlülükleri başlıklı 2. Bölümden sadece vicdani redde ilişkin bir anayasa şikâyeti hakkı tanınmıştır. Bu açıdan yazar, İspanya’daki anayasa şikâyetini Almanya’ya nazaran daha “zayıf” görmektedir.¹²⁹⁸

Buna karşılık Meksika *amparo*’su daha geniş biçimde anlaşılmaktadır. **Göztepe**, *amparo*’nun temel işlevinin anayasallık denetimi ve genel ulusal hukuk düzenin federal devlet ve eyaletler düzeyinde korunması olduğunu belirtmekle birlikte bu sürecin başlıca beş işlevinin bulunduğunu aktarmaktadır:¹²⁹⁹

- a. Yaşam hakkı ve kişi özgürlüğünün korunması
- b. Anayasaya aykırı kanunların iptali
- c. Yargı kararlarının iptali
- d. Yürütmenin ve idarenin karar ve işlemlerinin iptali
- e. Toprak reformu nedeniyle çiftçilerin korunması.

Buna göre Meksika’da anayasa şikâyeti, *amparo*’nun bir unsurunu oluşturmaktadır.

Anayasa şikâyeti yoluyla gerçekleştirilen kanunların yargısal denetimi usulünde kanunun anayasaya aykırılığı bütün anayasa metni referans alınarak değil fakat anayasadaki temel hak ve özgürlükler bakımından incelenmektedir. Bir kimse, anayasa ile öngörülen temel haklarının ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla doğrudan anayasa mahkemesine başvurabilmektedir.

eğer bir uluslararası sözleşme Alman makamlarına bir takdir hakkı tanıdıysa, anayasa şikâyeti ancak bu marj ile sınırlı olarak mümkündür. Aktaran: **GÖZTEPE**, *Anayasa Şikâyeti*, s. 43-43.

¹²⁹⁷ **KIM**, “*Kore’de...*”, s. 352-353; **SABUNCU/ARNWINE**, “*Türkiye İçin...*”, s. 232-234.

¹²⁹⁸ **GÖZTEPE**, *Anayasa Şikâyeti*, s. 34.

¹²⁹⁹ **GÖZTEPE**, *Anayasa Şikâyeti*, s. 37-38.

Ancak bu ihlal, genel ve soyut nitelikte ve uzak geleceğe yönelik, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli olan bir hak olmamalıdır. Başvurucunun kişisel ve güncel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması sözkonusudur.¹³⁰⁰

Hakkın kişiselliği, ihlalden bireyin şahsen etkilenmiş olmasını ifade eder. Bu bağlamda örneğin sendika veya derneklerin üyelerinin hak ihlallerine ilişkin anayasa şikâyeti yoluna başvuramayacakları kabul edilmiştir. Buna karşılık, şikâyet yoluna başvurması gereken kişinin hukuksal ya da fiili bir engeli varsa artık onun adına kanuni temsilcilerinin anayasa şikâyeti davası açması da mümkündür. Örneğin bir kimse ölmüşse vasiyeti tenfiz memurunun; sınırdışı edilen bir kimsenin eşinin; çocuk adına ana-babanın başvurusu kabul edilebilir. İhlalin kişiselliğinin diğer bir sonucu ise, şikâyetçinin başvuruda bulunmak konusunda bir hukuki yararının bulunması gerekir.

Güncellik ise bir hak ihlalinin mevcut ve uygulanmış bir işlem aleyhine gerçekleştirilebilmesini ifade eder. Bir birey için hiç uygulanmamış olan bir kural aleyhine anayasa şikâyeti yoluna başvurulamaz. Aynı şekilde gelecekte de birey için uygulanması söz konusu olmayacak kurallar için anayasa şikâyeti yoluna başvurulması söz konusu değildir. Genel ve soyut bir hakkın muhtemel ihlali karşısında başvurulabilecek yol anayasa şikâyeti değil eğer kabul edilmişse *actio popularis*'tir.

Bununla birlikte Federal Alman Anayasa mahkemesinin güncellik şartını katı biçimde yorumlamadığı ve bu bağlamda örneğin, mühendislere uygulanacak bir kural aleyhine mühendislik fakültesi öğrencilerinin de dava açabileceğini kabul etmiştir.

Doğrudanlık şartı da başvurucunun hakkının ihlalinin, bir kamusal işlemin doğrudan sonucu olmasını ifade eder. Bu açıdan bir hak ihlali doğrudan doğruya kanunun değil de kanuna dayanılarak gerçekleştirilen bir idari eylem veya işlemin sonucu ise artık anayasa şikâyetinin konusunu ilgili kanun değil fakat hak ihlaline doğrudan sebep olan idari işlem veya eylem teşkil edecektir.

3. Son hukuksal çare olarak anayasa şikâyeti:

Anayasa şikâyeti, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin alelade bir kanun yolu, “*süper bir temyiz mahkemesi*” değil fakat kendine özgü bir nihaî

¹³⁰⁰ GÖREN, “*Anayasa Mahkemesine...*”, s. 115 vd.; GÖZTEPE, *Anayasa Şikayeti*, s. 58-67; KİM, “*Kore’de...*”, s. 348-350.

hukuksal çaredir.¹³⁰¹ Anayasa şikâyetine başvurmak için bütün iç hukuk yollarının tüketilmiş olması; ilgili işlem aleyhine gidilebilecek herhangi bir idari ya da yargısal imkânın kalmamış olması gerekir.¹³⁰²

Başvurucunun kendi ihmal ya da kusuru ile bir hukuk yoluna başvuru imkânı ortadan kalkmışsa artık anayasa şikâyetine de başvuramaz. Örneğin bir idari işlemin iptali için idare mahkemesine başvurması gereken kişinin süreyi kaçırmış olması sebebiyle başvurabileceği başka bir hukuki çare kalmamışsa artık anayasa şikâyetine de başvurması söz konusu olmaz. Ancak ihlal iddiasında bulunan kişi, idari organlar nezdinde itiraz yoluna ve yargısal organlar nezdinde de iptal yoluna başvurmuş, verilen kararlar kesinleşmişse ve birey hâlâ bir hakkının ihlal edildiği düşüncesinde ise doğrudan anayasa mahkemesine başvurabilir.¹³⁰³

Federal Alman uygulamasında anayasa şikâyetine başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasının üç istisnası vardır: a. Anayasa şikayeti genel bir öneme sahipse; b. Şikâyetçi açısından ağır ve giderilemez bir zarar doğma ihtimali varsa; c. Kanun yolları tüketilmiş olsa bile bir sonuç alınamayacağı biliniyorsa; artık iç hukuk yollarını tüketmek şartı aranmaksızın doğrudan anayasa mahkemesine başvurulabilir.¹³⁰⁴

Başvuru her anayasada farklı biçimde öngörülen bir süreye tabidir. Bu sürenin hızlı bir denetimin gerçekleştirilebilmesi amacıyla uzun tutulmaması gerektiği söylenmektedir. Sürenin uzun tutulmaması, ihlale ilişkin olguların sağlıklı biçimde ortaya konulabilmesi açısından da önem taşır.¹³⁰⁵ Süre, ihlalin kaynağını oluşturan işlemin başvuru hakkı sahibine bildirilmesi ile başlar.¹³⁰⁶ İhmal suretiyle ihlalde ise başvurunun ihmal devam ettiği sürece yapılması mümkündür.¹³⁰⁷

Anayasa şikâyetinden vazgeçmenin mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu soruya verilecek cevap başka şekilde formüle edilen iki soruya verilecek cevapla yakından bağlantılıdır. Sorun ilk olarak anayasa şikâyetinin

¹³⁰¹ PEKCANITEZ, “*Mukayeseli Hukukta...*”, s. 260-261. Mahkemenin, yargı kararları karşısında anayasa şikâyeti söz konusu olduğunda “*süper bir temyiz mahkemesi*” olarak çalıştığı yönünde Alman uygulaması bakımından bir eleştiri bulunmaktadır. Sağlam’ın ifade ettiğine göre bu mahkemenin varlığına değil fakat çalışma biçimine yönelik bir eleştiridir. SAĞLAM, “*Anayasa Şikayeti...*”, s. 75.

¹³⁰² GÖREN, “*Anayasa Mahkemesine...*”, s. 105, 118 vd.; HASSEMER, “*Anayasa Şikâyeti...*”, s. 166; KARAKAMISHEVA, “*Constitutional Complaint...*”, s. 4.

¹³⁰³ GÖZTEPE, Anayasa Şikayeti, s. 71.

¹³⁰⁴ GÖZTEPE, Anayasa Şikayeti, s. 78-81; SABUNCU/ARNWINE, “*Türkiye İçin...*”, s. 232.

¹³⁰⁵ STEINBERGER, “*Models of...*”, [http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU\(1991\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU(1991)001-e.asp).

¹³⁰⁶ KARAKAMISHEVA, “*Constitutional Complaint...*”, s. 8.

¹³⁰⁷ SABUNCU/ARNWINE, “*Türkiye İçin...*”, s. 238.

sübjektif bir hak teşkil edip etmediği şeklinde ortaya konulabilir. Sorunu ikinci bir şekilde de formüle etmek de mümkündür: anayasa şikâyetinin işlevinin sübjektif bir işlev mi yoksa objektif bir işlev mi olduğu şeklinde.

İlk olarak: Eğer anayasa şikâyetinin bireyler için bir hak olduğu kabul edilirse, artık anayasa mahkemelerinin –şeklî şartlar gerçekleştirilmiş olmak kaydıyla- esasa ilişkin karar vermek gibi bir yükümlülüğü de olmalıdır. Bu önerme tersten okunursa; hukuk düzenleri mahkemeler için şekil şartları yerine getirilmiş başvurular hakkında esastan karar vermek zorundadır şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ise anayasa şikâyetinin sübjektif bir hakkı ifade ettiğini söylemek de mümkündür denilebilir. Ki bu hâlde artık anayasa şikâyetinden vazgeçmenin de mümkün olması gerekir. Eğer anayasal düzenlerde bu yönde bir düzenleme yok ise anayasa şikâyetinin sübjektif bir hak teşkil etmediği de söylenebilir. Bu durumda mahkeme, davayı esastan ele almak konusunda kendisi bir değerlendirme yapacaktır ve bireyler için anayasa mahkemesinin önüne gelen bir davada şikâyetten vazgeçmek hakkı söz konusu olmayacaktır.¹³⁰⁸ Buna göre, anayasa şikâyetinden vazgeçmenin mümkün olup olmadığı sorusunun cevabı, pozitif hukuka ilişkin bir sorundur. Siyasi iradenin bir şikâyetten vazgeçme hakkı tanımak istemesi hâlinde yapacağı düzenlemeyi mahkemenin esasa ilişkin değerlendirme konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde gerçekleştirmesi gerekir. Bununla birlikte anayasa şikâyetinin Mahkemenin iş yükünü muazzam biçimde arttıracığı da dikkate alınır, vazgeçme yolunun açık tutulmasında yarar olabilir.

İkinci olarak: Anayasa şikâyetinin temel işlevinin, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek olduğu kabul edilirse (sübjektif işlev); anayasa şikâyetinden vazgeçmenin de mümkün olabileceği buna karşılık anayasa şikâyetinin temel işlevinin hukuk düzenini korumak ve anayasa hukukunu geliştirmek olduğu kabul edilirse (objektif işlev) artık anayasa şikâyetinden vazgeçmenin mümkün olamayacağı ifade edilmektedir. **Göztepe**, Alman doktrininde bu konuya ilişkin her iki yönde de görüş bulunduğunu, Mahkemenin de her iki işlevi öne çıkartacak kararlar verdiğini ifade etmekte ancak *Elfes Kararı* olarak anılan bir kararla objektif işlevin baskın hâle geldiğini ifade etmektedir.¹³⁰⁹ Son tahlilde, özellikle de kanunların

¹³⁰⁸ KARAKAMISHEVA, “Constitutional Complaint...”, s. 5.

¹³⁰⁹ GÖZTEPE, Anayasa Şikayeti, s. 17-19. Elfes Kararı’nın bir önemi de karar ile Alman Anayasa Mahkemesi’nin, kanuna aykırılık ile hak ihlali kavramlarını aynılaştırarak yetki alanını diğer yüksek

anayasaya uygunluğunun denetlenmesi hâlinde objektif işlevin ağır bastığını ve artık bireyin vazgeçmesinin mümkün olmadığı ya da en azından bireyin vazgeçmesinin normun anayasaya uygunluğunun denetimine engel olmadığı bir sistemin kabulü kurumun işlevine uygundur.

b. Türk Anayasal Düzeninde Anayasa Şikâyeti

Türkiye’de de anayasa şikâyetinin benimsenmesi konusunda bir eğilimin bulunduğu söylenebilir.¹³¹⁰ Ülkemizde anayasa şikâyeti kurumunun kabul edilebilmesi -Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinde bir değişiklik yapılmasını gerektirdiği ve Anayasanın 148. maddesinin son fıkrasında da Anayasa Mahkemesinin görevlerinin anayasa ile belirleneceği öngörüldüğü için- bir anayasa değişikliği ile mümkün olabilecektir.¹³¹¹

Bu doğrultuda ilk olarak TÜSİAD tarafından çeşitli akademisyenlere 1998 ve 2003 yıllarında hazırlatılan iki çalışmaya değinilmelidir. 1998 tarihli *Yargılama Düzeninde Kalite* ve 2003 tarihli *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu* başlıklı çalışmalarda, anayasa mahkemesinin üye sayısının artırılarak en az iki dairesi olacak şekilde yeniden örgütlenmesi ve bu örgütlenmeye paralel olarak da anayasa şikâyeti kurumunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹³¹² Bu bakış açısı ile paralel olarak **Odyakmaz** da anayasa şikâyetinin kabul edilmesinin temel şartı olarak mahkemenin örgütlenmesinde bir değişiklik teklif etmektedir. Yazara göre ayrıca

mahkemelerin üzerinde bir temyiz mercii hâline gelecek şekilde genişletmiş olmasıdır. Konunun Türkiye’yi ilgilendiren yanı ise Türkiye’de anayasa şikâyeti kurumuna yüksek yargı organları tarafından yöneltilen eleştirilerin alman Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı ekseninde ortaya konulmuş olmasıdır. SAĞLAM, “*Türk ve Alman Hukukları Açısından...*”, s. 143-144.

¹³¹⁰ ATAR, “*Anayasa Mahkemesinin...*”, s. 23; BATUM, 99 Soruda..., s. 449; GÖREN, “*Anayasa Mahkemesine...*”, s. 132-134; KABOĞLU, *Anayasa Yargısı...*, s. 99; KILIÇ Haşim, “*47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması*”, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=haber&id=1>, E. T.: 25.04.2010; KILINÇ, “*Karşılaştırmalı...*”, s. 43 vd.; ODYAKMAZ, “*Yeni Anayasa...*”, s. 193-194; SABUNCU/ARNWINE, “*Türkiye İçin...*”, ss. 229-246; SAĞLAM, “*Anayasa Şikâyeti...*”, s. 71 vd.; TURHAN Mehmet, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi*”, AYD, C. 8, 1991, ss. 401-420, s. 419-420. *Hukuk Devletinden Polis Devletine Doğru*, 03.06.2008, Radikal.

¹³¹¹ GÖREN, “*Anayasa Şikâyeti...*”, s. 295.

¹³¹² TEZİÇ Erdoğan/ YAYLA Yıldızhan/ BAYRAKTAR Köksal/ YURTCAN Erdener/ ÖZTEK Selçuk/ BATUM Süheyl/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD Yay., İstanbul 1998, s. 44-49; BATUM Süheyl/ YENİSEY Feridun/ ERKUT Celal/ İNCEOĞLU Sibel, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu*, TÜSİAD Yay., İstanbul 2003, s. 39, 132, 139.

mahkeme, önce elindeki iş yükünü hafifletmeli, anayasa şikâyetine ilişkin incelemelere daha sonra başlamalıdır.¹³¹³

Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda bir “yeniden yapılanma” şartıyla Mahkemenin görevleri arasına “anayasa şikâyeti”nin de dâhil edilmesini önermektedir. Mahkeme başvurunun kapsamının klasik haklarla sınırlı tutulması gerektiğini savunmaktadır.¹³¹⁴

Bu yönde bir başka somut bir öneri de Türkiye Barolar Birliği tarafından yapılmıştır. Birliğin 2001 yılında hazırlanmış olduğu bir Anayasa Taslağı’nın 2007 yılında yeniden gözden geçirilmiş hâlinde anayasa şikâyeti yoluna “herkes” in başvurabileceği öngörülmüş; şikâyet ile güvence altına alınan haklar ise Anayasa Mahkemesi taslağından farklı olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiş olan hakların Anayasadaki karşılıkları olarak kabul edilmiştir. Böylece bir yandan AİHS’de düzenlenen hiçbir hak açıkta bırakılmamış olmakta diğer yandan da anayasada öngörülen fakat anayasa şikâyetine konu olamayacak nitelikteki sosyal haklar arasından devletin olumlu bir edimine bağlı bulunmaması sebebiyle, klasik haklar gibi anayasa şikâyetinin konusunu teşkil edebilecek sendika, grev ve toplu sözleşme haklar da şikâyetin konusu kapsamına dâhil edilmiş olmaktadır. Taslakta ayrıca başvurunun gerekçeli olması koşulu da aranarak Mahkemenin iş yükünün artmasının da önüne geçilmeye çalışılmıştır.¹³¹⁵

Bu doğrultuda, 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun madde 16 ila 19 ile Anayasa Mahkemesinin yapısında değişiklik yapılmasının yanı sıra Mahkemenin görev ve yetkilerinin arasına “bireysel başvuruların incelenmesi” de dâhil edilmiştir.¹³¹⁶

Anayasa şikâyeti madde gerekçesinde anayasa şikâyetinin, uygar devletlerin çoğunda anayasa yargısının ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiği vurgulanarak; Türk hukukunda bireylerin AİHM gibi ulusalüstü bir mahkemeye başvuru hakkının kabul

¹³¹³ ODYAKMAZ, “Yeni Anayasa...”, s. 194.

¹³¹⁴ KILIÇ, “Türk Anayasa Mahkemesinin ...”, s. 92.

¹³¹⁵ AYBAY Rona/ SAĞLAM Fazıl/ BATUM Süheyl/ UYGUN Oktay/ KANADOĞLU Korkut/ GÖZTEPE Ece/ BİLİR Faruk/ ERGÜL Teoman, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, TBB Yay., 4. Bası, Ankara 2007, s. 289, 292.

¹³¹⁶ 5982 S. K. m. 18: “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

edilmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuramadıkları ifade edilmekte hâlbuki bu yöndeki bir başvurunun uluslararası alanda yapılacak başvuru sayısını azaltmakta etkili olabileceğine değinilmektedir. Gerekçe, Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 2004(6) sayılı tavsiye kararı ile anayasa şikâyetinin gerekliliğine değindiğine; Venedik Komisyonu'nun ise bu mekanizmayı teşvik ettiğine dikkat çekmektedir.¹³¹⁷

Kanun, herkesin başvuru hakkını tanınması bakımından genel eğilimi yansıtmakta, güvence altına aldığı haklar bakımından ise TBB taslağı ile benzetilmektedir. Buna karşılık, Kanunda başvurunun gerekçeli olması gerektiğine dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bakımdan Mahkemenin ağır bir iş yükü altında kalacağını söylemek bir kehanet olmayacaktır.¹³¹⁸

Kaboğlu, kanunun anayasa şikâyetine ilişkin kısmını olumlu bir gelişme olarak nitelendirmekle birlikte, bireysel başvuru hakkının AIHS ile sınırlandırılmış olmasını hakkın daha en başından daraltılması şeklinde yorumlamaktadır. Bundan başka bireysel başvurunun bir uzmanlık konusu teşkil etmesi sebebiyle Mahkeme üyelerinin belirlenmesi konusunda bu yönde bir düzenleme bulunmamasını, yazar bir eksiklik olarak değerlendirmektedir.¹³¹⁹

5982 sayılı Kanun, bireysel başvuruda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamayacağına dair Federal Alman Anayasasında bulunmayan bir hükme de yer vermektedir. Bu düzenlemenin metne alınış gerekçesinin, Yargıtay ve Danıştay tarafından, mahkeme kararlarının da anayasa şikâyetinin konusunu oluşturması sebebiyle “yüksek mahkemeler arasındaki eşitliği ortadan kaldıracığı” yönündeki itirazları karşılamak olabilir.¹³²⁰

¹³¹⁷ **Gerekçe**, madde 19, s. 13-14.

¹³¹⁸ **GÖREN**, “Anayasa Mahkemesine...”, s. 134.

¹³¹⁹ **KABOĞLU**, Değişiklikler Işığında..., s. 269.

¹³²⁰ **SAĞLAM**, “Anayasa Şikayeti...”, s. 73. 10 Mayıs 2005 tarihinde Danıştay Başkanı Ender Çetinkaya, Danıştay'ın kuruluşunun 137. yıldönümü vesilesiyle yaptığı konuşmasında kesinleşmiş yargı kararlarının “hangi amaç ve yöntem adı altında olursa olsun bir başka yüksek mahkeme tarafından inceleme konusu yapılması”nın kesinleşen yargı kararlarının uygulanmaması sonucunu doğuracağını ve yüksek mahkemelerin denklığı ilkesini de zedeleyici bir nitelik taşıdığını ifade etmekte bu bağlamda “Anayasa Mahkemesi'ne kişisel başvuru yoluna, duygusal ya da yeterli bilgi sahibi olunmaması gibi nedenlerle değil, anılan yolun yargı ayrılığını zedeleyici, kesinleşen yargı kararlarını bertaraf edici ve yüksek mahkemeler arasında var olan denklığı zedeleyici nitelik taşıması nedeniyle karşı çık”ıldığını ifade etmektedir. <http://www.danistay.gov.tr>, E. T.: 30.04.2010.

Yargıtay Birinci Başkanı Osman ARSLAN, 2005-2006 Adli Yıl Açılış Töreninde anayasa şikâyetine karşı Yargıtay'ın görüşlerini şu şekilde dile getirmektedir: “Ülkemizde yüksek mahkemelerin görevleri ve işlevleri Anayasa ile kuruluş kanunlarında belirtilmiştir. Hiçbir yüksek

IV. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ETKİLERİ

Anayasa mahkemelerinin kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sonucunda vermiş olduğu kararlar genellikle iki biçimde ortaya çıkar: ret ya da kabul. Aslında söz konusu olan, normun anayasaya aykırı olup olmadığının tespitidir. İtiraz ya da dava yoluyla olsun, anayasalar kanunların anayasaya uygunluğuna ilişkin gerçekleştirilen esas ya da şekil açısından denetim sonucunda verilen kararlar konusunda “çok çeşitli” düzenlemeler yapmamıştır. Bununla birlikte mahkemelerin yargısal denetim sonucunda verdikleri kararları, somut ihtiyaçlar

mahkeme diğerinin kararını ortadan kaldıramaz, değiştiremez ve kararı uygulanamaz hale getiremez. Yüksek mahkemelerin denkliliği esastır. Bu denkliğin bozulması yargıda kaos yaratır, yüksek mahkemelerin çatışması sonucunu doğurur. Yarar yerine zarar getirir.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru ile yüksek mahkeme kararlarını inceleyerek üstün statü kazanmak istemektedir. Mahkeme için özel yapı oluşturulması, emeklilik yaşının artırılmak istenmesi ve farklı ücret talep edilmesi bu düşüncenin açık göstergesidir.

Bazı ülkelerde yargı birliği gereği tek bir yüksek mahkeme, bizim ülkemizde ise birden ziyade yüksek mahkeme vardır. Anayasa Mahkemesi de yüksek mahkemelerden sadece bir tanesidir. Bazı basın mensupları ve siyasiler tarafından belirtildiği gibi en yüksek mahkeme değildir. Yüksek mahkemeler arasında üstünlük sıralaması bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi tarafından istenilen yetki ile yüksek mahkemelerden geçen kararların değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. İhlalin onarılması ve önlenmesinin başka türlü yapılması olanaksızdır.

Adı gizlenerek yapılmak istenen, yüksek mahkeme kararlarının denetlenmesi ve yeniden karar oluşturulmasıdır...Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru isteği ile yasaları uygulamayı, bunun doğal sonucu olarak da diğer yüksek mahkemeleri denetlemeyi istemektedir...Anayasa Mahkemesi'nin bu istemi, süper temyiz istemi niteliğindedir. Aynı konuda iki kez temyiz yolu kabul edilemez.

Kişisel başvuru hakkı ile yüksek mahkemelerden geçerek kesinleşen yargı kararlarının yeniden incelenmesi öngörülmektedir.

Kesinleşen bir yargı kararının hangi amaç ve gerekçe ile olursa olsun başka bir yüksek mahkeme tarafından incelenmesi kesinleşen kararlara karşı güven duygusunu ortadan kaldırır ve kararları tartışılabilir hale getirir.

Hukukun temel bir ilkesi olan “ kesin hüküm ” kavramı ile de hiçbir şekilde bağdaşmaz.

Temel insan hak ve özgürlüklerini korumak Anayasa Mahkemesi'nin tekeli altında değildir. Bütün yüksek mahkemeler ile yerel mahkemeler üstün norm olan Anayasa kuralları ile Anayasa'nın değişik 90. maddesi uyarınca uluslararası sözleşmeleri ve kanunları uygulayarak ve yorumlayarak, temel insan hak ve özgürlüklerini korumak durumundadırlar. Yetkinin münhasıran Anayasa Mahkemesi'ne aidiyeti onu süper temyiz mahkemesi haline dönüştürür.

Bireysel başvuru davaları öğretide “popüler dava” olarak kabul edilmektedir. Anayasa değiştirilerek bu hakkın kişilere tanınması ile bu yol yeni bir kanun yolu olarak algılanacak, gerek kesin olarak verilen, gerekse istinaf ve temyiz yoluyla kesinleşen davalarda, yoğun bir şekilde bu yola başvurulacaktır. Bu hakkın tanınması dava açılmasını özendirir ve teşvik edecektir. Davayı kaybeden herkes bir de bu yolu da deneyecektir.” http://www.yargitay.gov.tr/tarihce_aak/05_06.doc, E. T.: 30.04.2010.

karşısında şekillendirdikleri ve kendilerini “ret ya da iptal” seçenekleri ile sınırlandırmadıkları görülmektedir.¹³²¹

Buna karşılık kararların hukuki etkisi ve nitelikleri konusunda, nispeten bir çeşitlilikten, bahsetmek mümkündür. Bu bağlamda kararların geçmişe yürütülüp yürütülemeyeceği ve sonucun *erga omnes* ya da *inter partes* mi doğacağı tartışılabilir.¹³²²

A. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Ret Kararları

a. İlk İncelemeden Ret

Ret kararı sadece yargısal denetim sonucunda verilen bir karar değildir. Mahkeme, esastan incelemeye geçmeden, henüz ilk inceleme aşamasında da ret kararı verebilir.¹³²³ İlk incelemede verilen ret kararları, Mahkemenin kendi görev alanına girmeyen bir başvuru sebebiyle verilebilir. İtiraz yolunda, anayasa mahkemesinin önüne getirilen norm, dava mahkemesinin önündeki uyuşmazlıkta uygulayacağı bir norm değilse ya da itirazda bulunan mercii bir mahkeme niteliğinde değilse denetim talebinin ilk inceleme aşamasında reddine karar verilir. İptal davası açmanın belli bir süre ile sınırlandığı durumlarda da, süresi geçtikten sonra yapılan başvurular ilk incelemede reddedilir. İptal davası, belirtildiği üzere ancak anayasada gösterilen kişiler tarafından açılacak bir davadır. Bu açıdan anayasa mahkemelerine bir normun iptali için yapılan başvurularda başvuru sahibi, anayasada normun iptali için anayasa mahkemesine başvurabilecek kişi ya da kurumlardan birisi değilse başvuru ilk inceleme aşamasında reddedilir.¹³²⁴

b. Esastan Ret

İptal davası ya da itiraz yoluyla önüne gelen, esastan denetlediği normun anayasaya aykırı olmadığı kanaatine varan anayasa mahkemesi “esastan ret” kararı verir. **Köküsarı**, Mahkemenin esastan ret kararlarının, normun “anayasaya uygun olduğunu” mu yoksa “anayasaya aykırı olmadığını” mı ifade ettiğine ilişkin Türk

¹³²¹ KABOĞLU, Anayasa Hukuku..., s. 341-342; OCAKÇIOĞLU İsmet, “Anayasa Mahkemesi Kararları”, Prof. Dr. OSMAN F. BERKİ’ye ARMAĞAN, AÜHF Yay., Ankara 1977, ss. 567-586, s. 568-569.

¹³²² CAPPALLETTI, Judicial Review..., s. 85 vd., 88 vd.

¹³²³ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 910-913.

¹³²⁴ NARİN Serdar, Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Hukuksal Yaptırımı ve Etkisi, DEÜSBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001, s. 3-11.

doktrinindeki tartışmaya işaret etmektedir. Buna göre eğer Mahkemenin esastan ret kararı normun anayasaya uygunluğu şeklinde anlaşılacak olursa, artık bir daha o norm için yargısal denetim yolunun kapandığını kabul etmek gerekecektir. Eğer normun anayasaya aykırı olmadığı söylenirse normun daha sonra tekrar anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulması mümkün olabilecektir. Yazara göre hangi görüş benimsenirse benimsensin, mevcut anayasal düzenleme karşısında itiraz yolunda Mahkemenin esastan ret kararı vermiş olduğu düzenlemeler hakkında, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe yeniden Mahkemeye başvurmak mümkün değildir.¹³²⁵ Başka bir bakış açısıyla okunursa, Mahkemenin itiraz yoluyla gerçekleştirdiği denetim sonucunda verdiği esastan ret kararı, normun sürekli biçimde anayasaya uygun olduğu yönünde bir sonuca yol açmaz.

1982 Anayasasının 152. maddesinde “*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulama*(yacağı)” düzenlenmiştir. Türk Anayasa hukuku bakımından anayasanın, yeniden başvuru için öngörmüş olduğu on yıllık süre, doktrinde eleştirilmiştir.¹³²⁶ Gerçekten de sürenin daha az ya da daha fazla olmaksızın on yıl olarak belirlenmesinde objektif bir kıstas olamayacağı gibi, güncel gelişmelerin bir sonucu olarak bir normun anlamında yaşanabilecek radikal değişiklikler karşısında Mahkemenin atıl kılınması da yargısal denetimin kabul edildiği bir sistem içinde, hukuk devletinin etkinliği açısından, anlaşılır değildir.¹³²⁷

c. Şekil Açısından Ret

Şekil açısından ret kararı Mahkemenin, bir normun anayasada öngörülen usule aykırı olmayacak şekilde yaratılmış olmasını ifade eder. Bir hukuki işleme ilişkin şekil şartları genellikle kamusal yarar gözetilerek düzenlendiği için, genellikle şekle aykırılık da özel hukukta da kamu hukukunda da esaslı bir hukuka aykırılık teşkil edebilmektedir.¹³²⁸

¹³²⁵ **KÖKÜSARI** İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, XII Levha, İstanbul 2009, s. 62-63.

¹³²⁶ **ALİFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 166-167, 297-298; **DURAN**, “*Türkiye’de...*”, s. 68-69; **ÖDEN** Merih, “*Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı*”, AÜSBFD, C. 55, S. 4, 2000, ss. 47-81, s. 76-80; **YÜZBAŞIOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 197-198.

¹³²⁷ **OCAKÇIOĞLU**, “*Anayasa Mahkemesi...*”, s. 573.

¹³²⁸ **SEROZAN** Rona, Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 270; **GÖZLER**, İdare Hukuku, s. 727-728; **GÖZÜBÜYÜK/TAN**, İdare Hukuku, C. 1, s. 463-465.

Anayasa yargısı söz konusu olduğu zaman Şekil Şartları, kanun koyucunun yasama faaliyetine ilişkin olarak anayasanın çizdiği yntem çerçevesinde hareket etmesini gerektirir. Bu durum, tali kurucu iktidar olmanın doğal bir sonucudur. Buna göre anayasada öngörülen yntem de yasama yetkisinin sınırlılığını sağlamak için bir araç olmaktadır. Bundan başka “özel bir usule uygun olarak” çıkartılmış olmak, Şekli anlamda kanunun asli unsurudur. Diğer bir ifadeyle anayasa koyucunun kanun koyucu için öngördüğu Şekil Şartları, anayasaya uygunluğu denetlenecek normun tespiti için de elverişli bir kriter yaratmakta; toplumun genelini ilgilendiren düzenlemelerin keyfi biçimde düzenlenmesinin önüne geçmekte, hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde etkin bir rol oynamaktadır. Zira Şekil Şartları, özellikle kanunlar söz konusu olduğunda, kanunun konusu üzerinde yasama faaliyeti esnasında asgari bir tartışma ve düşünme ortamının sağlanması konusunda kanun koyucuyu zorlamakta, normun üzerinde asgari bir uzlaşmanın sağlanmasını zorunlu kılmakta ve onay ve benzeri safhalar sayesinde de birden fazla merciin norm üzerinde inceleme ve denetim yapmasını sağlamaktadır.

Anayasa mahkemeleri de kanunların ve anayasa değişikliklerinin yapılmasında kanun koyucunun ya da tali kurucu iktidarın anayasada öngörülen usuli sınırlar içinde hareket edip etmediğini denetleyebilmekte; böylece son tahlilde genel yarara yönelik olarak konulan yntemsel güvencelerin garantisi olmaktadır. Mahkeme, Şekil aÇısından anayasaya aykırılığı iddia edilen bir norma ilişkin başvuruyu reddettiğinde “*ilgili normun çıkarılıŐ usulünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş demektir.*”¹³²⁹

d. Anayasaya Uygun Yorum ya da Yorumlu Ret Kararı

Bir anayasaya aykırılık iddiası karşısında, derhâl iptal kararı vermek çağdaş demokratik bir anayasal düzen içinde öncelikli tercih değildir. Zira hukuk devleti, yasama organını da diğer devlet organları gibi eylem ve işlemlerinde anayasayı dikkate almakla yükümlü kılmiŐtır. Bu bağlamda kamusal otoritenin eylem ve işlemlerinin anayasaya/hukuka uygunluğunu varsaymak hukuk devleti ile daha bağdaŐan bir yaklaşımdır.¹³³⁰

Ancak günlük hayatın süratle değişen çehresi kimi zaman normların anlamlarında değişikliklerin doğmasına sebebiyet verebilmekte, bu bağlamda

¹³²⁹ KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi..., s. 87.

¹³³⁰ GÖZLER, İdare Hukuku, s 571 vd.

başlangıçta anayasaya uygun olan bir kanun daha sonraki yıllarda, kanunun ya da anayasanın, anlam değiştirmesine bağlı olarak anayasaya aykırı hâle gelebilmektedir. Yahut başlangıçta, kuralın ifade biçimi bir dizi tereddüte sebep olacak şekilde ortaya konulabilmektedir. Anayasa mahkemelerinin, norm denetimine ilişkin olarak sadece anayasaya uygunluk ya da anayasaya aykırılık kararı vermekle yetinmesi, normun değişen/değişken anlamı karşısında katı bir duruş sergilenmesine yol açabilir. Bu nedenle mahkemeler kanunların anayasal hükümler ışığında yeniden anlamlandırılmasını da tercih edebilirler.

Bir mahkemenin, bir hukuk kuralına izafe edilebilecek farklı anlamlar karşısında anayasa ile bağdaşır olanı tercih etmesine anayasaya uygun yorum adı verilir. Anayasaya uygun yorum yapmak da son tahlilde “ret” kararı vermek; kanunun geçerliliğini iptal karşısında tercih etmektir.¹³³¹

Metin, anayasaya uygun yorumun iki önemli sonucunun bulunduğundan bahsetmektedir. “İlk olarak kanun anayasa mahkemesinin yorumladığı şekliyle anayasaya uygundur. Kuşkusuz burada anayasa mahkemesi, yorum yoluyla bazı hususları kanunun kapsamına alırken, bazı hususları da kapsam dışında tutabilir. İkinci olarak ise, anayasa mahkemesinin kanunu yorumlarken diğer mahkemelerin, özellikle yüksek mahkemelerin yorumuyla bağlı olmamasıdır.”¹³³² Bu bağlamda anayasa mahkemesinin, normu anlamlandırmakta bir “otonom yorum yetkisine” sahip olduğu söylenebilir.

Kaboğlu, “yorum kaydı altında anayasaya uygun”luk kararlarının çeşitli amaçlarına işaret etmektedir. Buna göre anayasaya uygun yorumun amacı “(Y)asayı anayasaya aykırı kılan anlatımlardan arındırmak; belli yasama hükümlerini hukukî anlamından yoksun kılmak; yasa metnine anayasaya uygunluğu konusunda gerekli açıklıkları getirmek; yasayı uygulamakla görevli makamların anayasaya uygun uygulama koşullarını belirtmektir”.¹³³³

Türk doktrininde Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı verip vermeyeceği konusu tartışmalıdır.

¹³³¹ Bu nedenle “yorumlu ret” kararı farklı bakış açılarından hareketle kavramsallaştırılmıştır. **KÖKÜSARI**, Anayasa Mahkemesi..., s. 190.

¹³³² **METİN**, Anayasanın..., s. 73.

¹³³³ **KABOğLU**, Anayasa Hukuku..., s. 342.

Kaboğlu, Avrupa modeli anayasa yargısında yorumlu ret kararlarına yer verildiğini ifade ederek Türk hukukunda yorumlu ret kararlarının Mahkemenin içtihadıyla kabul edilmiş olduğuna işaret etmektedir. **Kaboğlu**'na göre yorumlu ret kararı kanunun anayasaya uygun biçimde yorumlanarak yeniden anlamlandırılması suretiyle anayasa mahkemesini iptal kararı vermekten kurtarır. Böylece bir yandan mahkeme, bir muhalefet aracı olmak ithamından kurtulmuş olur diğer yandan da bir kanunun iptalinden kaynaklanan sakıncaların önüne geçilmiş olur.¹³³⁴

Aliefendioğlu, 20.9.1984 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında Anayasa Mahkemesi üyesi sıfatıyla karara yazmış olduğu karşı oy yazısında uygulanacak kanun hükmünün anlamını belirlemek yetkisinin yerel mahkemeye ve temyiz mahkemesine ait olduğunu; Anayasa Mahkemesinin görevinin ise uygulanacak normun anlamını tespit etmekten ziyade anayasanın anlamlandırılması olduğunu ifade etmiştir. **Aliefendioğlu**'na göre “*Yerel mahkemenin uygulayacağı maddenin anlamının belirlenmesi Anayasal denetim dışında kalır.*”¹³³⁵

Buna karşılık **Aliefendioğlu**, akademik sıfatla konuya daha ılımlı bir yaklaşım sergileyerek yorumlu ret kararlarının hukuk güvenliği ve hukuki istikrar ilkeleri ile olan ilişkisine atıf yapmaktadır. Yine de yazara göre yorumlu ret, kanunun yeniden biçimlendirilmesidir.¹³³⁶ İşte bu nokta tam da “yargı fonksiyonunun anayasa yargısı ile hukuku yorumlamak suretiyle yeniden inşa etmesi” ile ilgilidir. Kanunun anlamlandırılarak norma dönüşmesi, normun yorumlanarak etkinleştirilmesi, **Dicey**'nin kavramsallaştırmasıyla “yargısal yasama”nın yöntemidir. Böylece anayasa mahkemesi, sadece anayasaları değil fakat kanunları da anlamlandırarak anayasal düzenin uyumunun korunması işlevini yerine getirmiş olmaktadır.

Almanya'da kanun metninin birden fazla yoruma izin verdiği hâllerde anayasaya uygun yorumun benimsenmesi, Avusturya'da kanunun “anayasaya aykırı ruhunun bertaraf edilmesi”, Fransa'da Anayasa Konseyi'nin kanunu anayasaya uygun biçimde yorumlaması, İtalya'da Mahkemenin uygulama ile geliştirdiği yorum kararları kurumun Kelsen modeli anayasa yargısı için ve hukuk devleti için işlevsel olduğunun işaretidir.¹³³⁷

¹³³⁴ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 146.

¹³³⁵ **AYMK**, E. 1984/8, K. 1984/10, K. T.: 20.9.1984.

¹³³⁶ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 311.

¹³³⁷ **ALİEFENDİOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 311; **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 143; **OCAKÇIOĞLU**, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 569.

Yorumlu ret kararlarında anayasa mahkemelerinin normu yeniden anlamlandırması noktasında kullandıkları yetkinin sınırsız ve keyfi bir yetki olamayacağı vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda *Metin*, kanun koyucunun iradesinin başka bir ihtimale imkân bırakmayacak derecede anayasaya aykırı olduğu hâllerde artık iptal kararı verilmesinin daha yerinde olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, kanunun bağlamı zorlanmamalıdır. Anayasa mahkemesini kanun koyucuya dönüştüren bir yorum tekniği *Metin*'e göre işlevsel değildir.¹³³⁸

Çağlar, Hobbes'a yaptığı atıfla her kanunun yorumlanmaya ihtiyacı olduğunu ve XIX. yüzyılın başlarındaki katı pozitivist yaklaşım bir yana bırakılacak olursa, hiçbir yasa koyucunun yargıyı, “kanunu söyleyen ağız” derecesine indirmeyi başaramamış olduğunu ifade etmektedir. Böylece *Çağlar*, anayasa mahkemelerinin, Avusturya dışında, anti-pozitivist bir eğilimle yorumun da ötesine geçerek hukuk yarattığını ve bu durumun da anayasa yargısına bugün rengini veren bir yetki olduğunu açıkça ifade etmektedir.¹³³⁹

Özbudun, anayasa mahkemesinin yorumlu red kararı vermek yetkisinin de mutlak biçimde kabulüne karşı çıkmaktadır. Yazara göre anayasaya uygun yorum ya da yorumlu ret kararı pozitif bir anayasal temele sahip olmadığı gibi Anayasa tam tersine olarak Mahkeme için bir “kanun koyucu gibi davranma yasağı” da öngörmüş bulunmaktadır. Hâlbuki mahkemenin yorumlu ret kararı vermesi onu, yasamanın hareket sebestisini olağanın üzerinde sınırlandırarak, adeta “*negatif kanun koyucu*’ durumundan çıkarıp ‘pozitif kanun koyucu’ durumuna” getirecektir.¹³⁴⁰

Gözler, yorum faaliyetinin, iptal ya da ret şeklinde ortaya çıkmış olsun, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu her türden kararı bakımından zorunlu bir faaliyet olduğunu ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin “yorumsuz iptal” ya da “yorumsuz ret” şeklinde bir karardan bahsetmek mümkün değildir. O halde yazara göre temel sorun Anayasa Mahkemesinin yorumlu ret kararı verip vermeyeceği değil; Mahkemenin vermiş olduğu ret kararı ile diğer mahkemelerin bağlı olup olmadığıdır. Yazar bu konuda olumsuz görüş bildirmekte ve diğer mahkemelerin, Anayasa Mahkemesinin “yorum”uyla bağlı olmadığını ifade etmektedir. Daha da doğru bir ifadeyle *Gözler*'e göre Anayasa Mahkemesinin

¹³³⁸ METİN, Anayasanın..., s. 196.

¹³³⁹ ÇAĞLAR, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi...”, s. 169 vd.

¹³⁴⁰ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 423-424.

yorumlu ret kararının diğer yargı organları için bağlayıcı olabilmesi, diğer mahkemelerin Anayasaya Mahkemesinin yorumlarını benimsemiş olmasına bağlıdır.¹³⁴¹

Döner de *Gözler*'e paralel olarak “*adı yorumlu olsun veya olmasın Anayasa Mahkemesi kararları(nın) bağlayıcılık bakımından aynı nitelik ve değerde*” olduğunu ifade etmekte ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin yorumunun diğer mahkemeler için de bağlayıcı olmasını kabul etmenin yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğunu savunmaktadır. *Döner*'e göre Anayasa Mahkemesinin bir norm hakkındaki yorumunun bağlayıcı olduğunu kabul etmek Mahkemeye maddi anlamda yasama yetkisi tanımak anlamına gelir.¹³⁴²

Hakyemez, Türk anayasa hukukunda anayasaya uygun yorum yetkisinin tereddütsüz kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar sorunu mahkeme kararlarının bağlayıcılığı bağlamında ele almakta ve eğer mahkemenin yorumlu ret kararı vermek yetkisi kabul edilirse karar gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre anayasa mahkemesi kararlarının gerekçesi bağlayıcı olmadığı içindir ki, mahkeme yorumlu ret kararı da veremez. Ayrıca anayasada mahkemeye yorumlu ret kararı vermek yetkisini tanıyan bir düzenleme de mevcut değildir.¹³⁴³

Ocakçioğlu, gerekçenin bağlayıcı olup olmadığı yönünde genel bir sonuca varmak yerine gerekçenin niteliği göz önünde tutularak bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre Mahkeme, kararında sonuca varırken zorunlu olarak belirli bir gerekçeye dayanmakta ise gerekçenin bağlayıcı olduğu söylenebilir. Ancak özellikle yorumlu ret kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığına ilişkin tereddütlerin giderilmesi için Mahkeme, yazara göre, hüküm kısmında geliştirdiği yoruma da yer vermelidir.¹³⁴⁴

Doktrindeki görüşlere rağmen anayasa mahkemesi uygulamasında yorumlu ret kararları vermektedir. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu eski tarihli bir

¹³⁴¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 955-960.

¹³⁴² DÖNER Ayhan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 215-233, s. 222-224.

¹³⁴³ HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 365-398, s. 393.

¹³⁴⁴ OCAKÇIOĞLU, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 574.

yorumlu ret kararı, Türkiye İşçi Partisi tarafından Eski TCK'nin "141. ve 142. maddelerin 1 numaralı bentlerinde yer alan deyimlerin anlam ve kapsamlarını belli etmenin kolay olmadığını, bunların suç olmayan eylemleri de suç saymayı mümkün kılan açıklıktan uzak ve şaşırtıcı nitelik taşıdığını, Hükümet Tasarısında var olan cebir unsurunun metinden çıkarılmasının, bu halleri daha da artırdığını ve bu bakımdan söz konusu bentlerin (kanunsuz suç olmaz) ilkesini zedelemek suretiyle Anayasa'nın 33. maddesine aykırı bulunduğu" iddiası üzerine verilmiştir. Mahkeme vermiş olduğu ret kararına yazdığı uzun gerekçede "komünizm, sosyalizm, faşizm, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümü, Marksizm" gibi kavramları ele alarak Kanundaki düzenlemelerin anlamını belirlemiş ve bu bağlamda normun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.¹³⁴⁵

Aynı yönde Anayasa Mahkemesinin 09.4.1991 tarihli kararı da anayasaya uygun yorumun sıkça atıf yapılan bir örneği olarak gösterilebilir.¹³⁴⁶ Karar, 25.10.1990 tarihli ve 3670 sayılı Kanunun 12. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa, "Ek Madde 17" olarak "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir." biçiminde bir hüküm eklenmesi üzerine Anamuhalefet Partisinin açmış olduğu iptal davasının sonucunda verilmiştir. Mahkeme, kararında iptali istenen kanunun anlam ve kapsamını detaylı biçimde ele almıştır. **Tanör**'e göre Mahkemenin kararındaki mantık örgüsü şu şekilde ifade edilebilir: "(i) 'Yürürlükteki kanun' deyimini Anayasayı da içerir (ii) Anayasa ise, önceki Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi 'türban'ı yasaklar (iii) Dolayısıyla, yasayla getirilen düzenleme türbanı serbest, mahkemenin eski kararını da geçersiz kılmaz."¹³⁴⁷

Böylece Mahkeme kanunun anayasaya aykırı olmadığını ancak "yürürlükteki kanunlar" ifadesinin salt kanunlardan ibaret olmayacak biçimde anayasayı da içerecek şekilde anlamak şartıyla söz konusu olduğunu vurgulayarak, iptal istemini ortaya koymuş olduğu yoruma bağlı kalınmak şartıyla reddetmiş; kanun koyucunun iradesi ile anayasayı bağdaştırmıştır.

Ocakçioğlu'nun aktardığına göre Almanya'da Mahkeme kararlarının gerekçelerinin de bağlayıcı olduğu görüşü egemendir. Federal Alman Anayasa

¹³⁴⁵ AYMK, E. 1963173, K. /1965/40, K.T. 26.5.1965.

¹³⁴⁶ AYMK, E. 1990/36, K. 1991/8, K. T.: 09.04.1991.

¹³⁴⁷ TANÖR, Türkiye'nin..., s. 57.

Mahkemesi de gerekçelerin bağlayıcı olduğunu içtihat etmiştir. Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu kabul etmek, bu yönde herhangi bir pozitif hukuk düzenlemesi bulunmasa bile hukuk devletinin bir gereği ve sonucudur.¹³⁴⁸ Gerçekten bir kere hukuk devleti, “anayasacılık felsefesine uygun bir anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” şeklinde tarif edildiğinde ve anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının en etkin ve etkili güvencesinin de yargısal denetim olduğu kabul edildiğinde anayasa mahkemesi kararlarının bütün gerçek ve tüzel kişiler ile devlet organları için bağlayıcı olduğunu kabul etmek kaçınılmazdır. Bu bağlayıcılık yasama organı için olduğu kadar yargı organları için de söz konusu olmalıdır. Aksi takdirde ne hukukun üstünlüğünün bir anlamı kalır ne de hukukun üstünlüğünün bir yargı yerine emanet edilmiş olmasının.¹³⁴⁹

2. Kabul Kararları

Anayasa mahkemesinin şekil ya da esas yönünden yapmış olduğu anayasaya uygunluk denetimi sonucunda, normun anayasaya aykırı olduğunu tespit etmesi hâlinde verdiği “kabul” kararı üç şekilde ortaya çıkar: iptal kararı, ihmal kararı, yokluk kararı.

a. İptal Kararları

İptal kararı, genellikle Avrupa tipi anayasa yargısının kabul edildiği hukuk sistemlerinde söz konusu olmaktadır. İptal kararı verilebilmesi ancak sonradan denetim hâlinde mümkündür. Önceden denetimin kabul edildiği bir hukuk düzeni içinde verilen karar bir “iptal kararı” olarak nitelense bile ortada henüz yürürlüğe girmiş olan bir norm bulunmadığı için hukuki nitelik itibarıyla verilen kararın iptal olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu açıdan örneğin Fransız Anayasa Konseyi’nin vermiş olduğu anayasaya aykırılık kararının metnin yürürlüğe girmesine engel olacağı ifade edilmektedir.¹³⁵⁰

¹³⁴⁸ Ocağcıoğlu, Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuki niteliği ve etkisi üzerine bir tartışmada 1961 Anayasasının 152. maddesinin yanında (1982 AY m. 153) hukuk devleti ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini isabetli bir şekilde işaret etmektedir. **OCAĞCIOĞLU**, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 567, 574.

¹³⁴⁹ **GÜRAN** Sait, “Anayasa Mahkemesi’nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması”, AYD, C. 12, 1995, ss. 193-197, s. 193-194; **SAĞLAM** Fazıl, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, AYD, C. 13, 1996, ss. 43-60, s. 51-59.

¹³⁵⁰ **KABOĞLU**, Anayasa Yargısı..., s. 140-141.

İptal kararı, anayasaya aykırılık hâlinin müeyyidesidir.¹³⁵¹ Diğer bir ifadeyle anayasa yargısının, anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sağlamaktaki en etkin aracı, anayasaya aykırı normların hukuk düzeninden ayıklanmasını sağlayan iptal kararıdır. İptal kararının sonucunda hukuk düzenin bir parçası ortadan kaldırılmış olmaktadır.

İptal kararı, bir kanunun bazı hükümlerine ilişkin olabileceği gibi bir kanunun bütününe ilişkin de olabilir. Bir kanunun bazı hükümlerine ilişkin olarak verilen iptal kararı o kanunun sistematığı içinde; bir kanunun bütününe ilişkin verilen iptal kararı ise o hukuk düzeninin sistematığı içinde bir “sıradışılık” yaratır. Gerçekten bir norm, ilke olarak, sürekli biçimde uygulanmak gayesiyle tespit edilir. Hukuk normunun sistem içindeki “sabit” yeri, bir hukuk düzenine tâbi bütün unsurların kendi plan ve eylemlerini de bu norma göre ayarlamaları sonucunu doğurur. Bir ölçüt olarak “norm” diğer bütün değişkenlerin kendilerini değerlendirdikleri “sâbite”yi ifade eder. İşte bu normun, etkinlik kazanmasından ve bir hukuk düzeni içinde bir dizi etki ve sonuç doğurmasından sonra ortadan kaldırılması, sistem içinde bir belirsizlik yaratabilir. Diğer bir ifade ile sâbite’nin değişirliği diğer değişkenleri de radikal biçimde etkileyebilir.

İptal kararına ilişkin ikinci bir husus da, iptal kararının demokratik sistemler içinde anti-demokratik bir yol olduğu yönündeki görüşlerdir. Böylece kabul etmek gerekir ki, iptal kararı, “hukuk güvenliği” ve “demokratik ilke” için olağanüstü ve tartışmalı bir durumu ifade eder. İptal kararı, hukuk devletinin ve onun en temel aracı olan anayasa yargısının en etkili “silahıdır” ve her silah gibi, bir son çaredir. Bu nedenle Mahkemeler, iptal kararını, “ilk önce ve tek yöntem” olarak algılamamış ve içtihatla farklı yöntemler geliştirmişlerdir. Buna göre anayasaya aykırı olduğu tespit edilen bir normun hukuk düzeninin dışına itilmesinin tek yolu onu iptal etmek değildir; Mahkemeler, anayasaya aykırı normun ihmeline de karar verebilir.

b. İhmal Kararları

Avrupa tipi Anayasa Mahkemeleri, anayasaya aykırı bir norm ile karşılaştıklarında, kural olarak ve diğer şartları da gerçekleşmişse, o normu iptal yoluna giderler. Ancak öyle bazı özel durumlar söz konusu olabilir ki bu durumlarda anayasa mahkemelerinin ilgili normu iptal etmek imkânı bulunmaz. Ne var ki

¹³⁵¹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 510.

anayasaya aykırılık teşkil eden bir normun hukuk sistemi içinde geçerli ve yürürlükte olması da hukuk devleti ilkesi ile anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle bağdaşmaz. İşte bu nedenle, böyle bir durumda anayasa mahkemelerinin ilgili norm yerine, doğrudan uygulanmaya elverişli olması şartıyla¹³⁵², anayasa kuralını uyguladıkları görülür. “*Anayasa Mahkemesinin bir davada uygulanması gereken kuralı iptal edemediği için olaya uygulamayarak ihmal etmesi ve Anayasanın ilgili hükümlerini doğrudan uygulaması(na)*” anayasa yargısında “ihmal” adı verilir.¹³⁵³ İhmal kararlarında söz konusu olan, anayasaya aykırı kuralın göz ardı edilerek yerine anayasa kuralının uygulanmasıdır.

Türkiye’de anayasa yargısında ihmal kararı verilip verilemeyeceği, konu Anayasa’da düzenlenmiş olmadığı için, tartışmalıdır. **Gözler**’e göre Anayasanın 152. maddesi kanun ile anayasa kuralı arasında bir çatışmanın bulunması halinde sorunun Anayasa Mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerektiğini dolayısıyla “davaya bakmakta olan bir mahkemenin” kendiliğinden anayasaya aykırılık mülahazasıyla kanunu ihmal edemeyeceğini; bilakis bu durumda “iptal” kararı için uygun hukuki sürecin başlatılması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre genel mahkemeler böyle bir durumda sorunu Anayasa Mahkemesine taşınmalı ve Mahkemenin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakmalıdır. Eğer kanunun anayasaya aykırılığı bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmiş ise ve olayda Anayasa Mahkemesi “davaya bakmakta olan mahkeme” ise, yazarın ifadesiyle Mahkeme durumu bir “*bekletici sorun*” olarak ele alarak anayasaya aykırılık hakkında karar vermelidir. Anayasa Mahkemesinin davaya bakmakta olan mahkeme sıfatı yok ise, Anayasanın 152. maddesi sebebiyle kanun hükmünü ihmal ederek doğrudan anayasa hükmünün uygulanması da mümkün değildir.¹³⁵⁴

Buna karşılık **Özbudun**, herhangi bir pozitif temeli bulunmasa dahi bir hukuk devletinde “*aslolan, kanunların anayasaya uygunluğu ve bunun yargı organlarınca denetlenebilmesi olduğuna göre*” ihmal yolu işletilerek konuyla doğrudan doğruya ilgili Anayasa hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁵⁵

¹³⁵² Özbudun’un göndermesiyle: **AYMK**, E. 1984/1, K. 1984/1, K.T.: 28.09.1984, Semih Özmert’in Karşılıy Yazısı, **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 437.

¹³⁵³ **KÖKÜSARI**, Anayasa Mahkemesi..., s. 198.

¹³⁵⁴ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 579.

¹³⁵⁵ **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 437.

Aliefendioğlu, ihmal tekniğini hukuk devleti ile anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını sağlamakta çağdaş bir yöntem ve uygulama olarak nitelendirerek savunmaktadır.¹³⁵⁶ *Hekimoğlu* da aynı yönde görüş beyan ederek ihmal yoluyla bir kuralın uygulanmasından kaçınılabilmesi için ortada aynı konuya ilişkin ama birbiriyle açıkça çelişen bir anayasa ve kanun normunun bulunması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁵⁷

Türk anayasa hukukunda ihmal kararının tartışılabileceği iki durum vardır; daha doğru bir ifadeyle ihmal kararları iki farklı sebepten kaynaklanabilir: Birincisi, “mahkemenin sıfatından kaynaklanan sebepler”; ikincisi ise denetime konu olan “normun niteliğinden kaynaklanan sebepler”dir.

Mahkemenin sıfatından kaynaklanan sebepler, Anayasa Mahkemesinin bir dava mahkemesi sıfatıyla ele almadığı davalar açısından ortaya çıkar.¹³⁵⁸ Anayasa Mahkemesinin bir dava mahkemesi sıfatının bulunmadığı davalar; kanunların veya TBMM İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlediği davalar ile yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin bulunan kararların denetlenmesi görevini yerine getirdiği durumlardır.¹³⁵⁹

Anayasa Mahkemesi, bu işlerde “davaya bakmakta olan mahkeme” sıfatını taşımadığı için, Mahkemenin karşılaşmış olduğu normun anayasaya aykırı olduğunu tespit etmesi hâlinde dahi, bunu “önsorum” haline getirerek iptal yoluna gitmesi teknik olarak mümkün değildir.¹³⁶⁰ İşte böyle bir durumda Anayasa Mahkemesine düşen, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin bir gereği olarak Anayasa’ya aykırı kanunu bir yana bırakıp, doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulamaktır.¹³⁶¹

Nitekim Anayasa Mahkemesi 1971 tarihli bir kararında “*Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 151. maddesinde sözü edilen ‘mahkeme’ niteliği ile bir dâvaya bakmakta iken uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına*

¹³⁵⁶ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 323.

¹³⁵⁷ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 317.

¹³⁵⁸ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, 1982..., s. 513-514.

¹³⁵⁹ Gerçekten de 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun m. 18/2’de Anayasa Mahkemesinin sadece “...*Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri*” karara bağlayabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenlemeden Anayasa Mahkemesinin yüce Divan sıfatıyla ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda “davaya bakan mahkeme” olduğu; diğer görevlerini yerine getirirken ise “davaya bakan mahkeme sıfatı taşımadığı” sonucu çıkartılabilir.

¹³⁶⁰ TEZİÇ, Anayasa Hukuku..., s. 205-206.

¹³⁶¹ AYMK, E. 1964/22, K. 1964/54, K.T.: 03.07.1964.

varırsa bunu bekletici sorun olarak ortaya koyabilir ve sonra kanunların ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyen yüksek mahkeme sıfatıyla sorunu çözüme bağlar. 44 sayılı Kanununun 20. maddesinin 2 sayılı bendinde de açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi ancak Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığı yahut siyasî partilerin kapatılması dâvalarına baktığı sıralarda Anayasa'nın 151. maddesinde sözü edilen mahkeme durumuna geçer.

Anayasa Mahkemesinin, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düştüğüne ilişkin bulunan kararların Anayasanın 81. maddesinde yazılı olduğu üzere denetlenmesi görevini yaparken Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için, bir hükmün Anayasaya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir kanun veya Yasama Meclisi İçtüzüğü hükmünü Anayasaya aykırı görürse Anayasa Mahkemesinin başvurabileceği tek yol o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır.” ifadeleriyle aynı yöndeki görüşünü tekrarlamıştır.¹³⁶²

Nihayet Mahkeme 1982 tarihli bir kararında da kanun koyucunun hareketsizliği nedeni ile ortaya çıkan bir anayasaya aykırılık hâlinde -ilgili aykırılığın iptal edilememesi sebebiyle- sorunu doğrudan doğruya anayasayı uygulayarak çözümlenmiştir.¹³⁶³

Anayasa Mahkemesinin “ihmal kararı” verip vermeyeceğinin tartışılabileceği ikinci durum ise Mahkemenin davaya bakmakta olan mahkeme sıfatına sahip olmasına rağmen, “normun niteliğinden kaynaklanan sebeplerle” anayasaya uygunluk denetimi yapamaması hâlidir. Bu durumda Mahkeme, aslında dava mahkemesi sıfatıyla anayasaya aykırılık konusunu bir önsorun olarak ele alıp karara bağlayabilir ise de; bizzat anayasadaki bir kural sebebi ile anayasaya uygunluk denetimi yapamamaktadır.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarla parti kapatma davalarında “davaya bakmakta olan mahkeme” sıfatını taşır ve karşılaştığı bir anayasaya aykırı normu “önsorun” olarak ele alarak iptal edebilir. Ancak 1982 Anayasası, bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan ilki Geçici 15.

¹³⁶² AYMK, E. 1971/41, K. 1971/67, K.T.: 17.08.1971 ve 19.08.1978.

¹³⁶³ AYMK, E. 1981/8, K. 1982/3, K.T.: 06.05.1982.

maddenin ilga edilen son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM'nin Başkanlık Dîvanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde¹³⁶⁴ çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığının iddia edilemez. Belirtildiği gibi bu düzenleme 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanununun 34. maddesi ile ilga edilmiştir. Bu açıdan artık Geçici 15. madde üzerinden ihmal kararı tartışması yapmanın da bir anlamı yoktur. Anılan dönem itibarıyla çıkartılan kanunların ve kanun hükmünde kararnamelerin, diğer şartların da gerçekleşmesiyle, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirmek artık mümkündür.¹³⁶⁵

Anayasa Mahkemesinin davaya bakmakta olan mahkeme sıfatına sahip olmasına rağmen, anayasaya uygunluğunu denetleyemeyeceği ikinci kanun grubu AY m. 174'te düzenlenen İnkılap Kanunlarıdır. Düzenlemeye göre “*Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden...inkılap kanunlarının...Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.*”

Tanör ve Yüzbaşıoğlu, metinde açıkça inkılap kanunlarının anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği düzenlenmemiş ise de bu yasağın hükümün doğal sonucu olduğunu ifade etmektedir. Yazarlara göre inkılap kanunları, m. 174'ten başka Anayasanın Başlangıç ve m. 2 hükümleri çerçevesinde de güvence altına alınmıştır ve aynı zamanda da anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm değerine sahiptir.¹³⁶⁶ Bu açıdan son tahlilde anayasallık blokunun bir parçası olan İnkılap Kanunları söz konusu olduğunda da kanunun ihmal edilip anayasanın uygulanmasından bahsetmek mantıksızdır. Dolayısıyla bu durumda da ihmal kararı tartışmasına girmek gereksizdir.

Son olarak, Anayasa m. 148/I, son cümleye göre “...*olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve*

¹³⁶⁴ 07.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın halkoyu ile kabulünden sonra yapılan ilk seçimler sonucu oluşan TBMM'nin Başkanlık Dîvanı 06.12.1983'te toplanmıştır.

¹³⁶⁵ Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin ihmal kararı verip vermeyeceği konusu Geçici 15. maddenin son fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu Demokratik Barış Hareketi Partisi kararına yazılan karşı oy yazılarında detaylı biçimde tartışılmıştır. Karar metni ve karşı oy yazıları için bkz. **AYMK**, E. 1996/3, K. 1997/3, K.T.: 22.05.1997.

¹³⁶⁶ **TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU**, 1982..., S. 463.

esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”

Tanör, olağanüstü dönemlerde çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetimden bağışık kılınmasını hukukun üstünlüğü ilkesinin askıya alınması olarak nitelendirmekte ve eleştirmektedir. Yazara göre olağanüstü dönemlerde yürütmenin yetkilerinin genişletilmesi doğal olmakla birlikte, söz konusu işlemler üzerindeki anayasa yargısı denetiminin kalkması ancak “keyfilik” ile açıklanabilir.¹³⁶⁷

Gözler, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri hakkındaki yargısal denetim yasağının Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen aşılmış olduğuna işaret etmektedir.¹³⁶⁸ Mahkeme, 10.01.1991 tarihinde vermiş olduğu bir kararında Anayasanın olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluk denetimine izin vermediğini ifade etmekle birlikte Mahkemenin de Anayasa’ya uygunluk denetimi için önüne getirilen işlemin hukuksal nitelendirmesini yapmak konusunda özgür olduğunu ifade etmiştir. “*Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi ‘olağanüstü hal KHK’si’ adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa’nın öngördüğü ve Anayasa’ya uygunluk denetimine bağı tutmadığı gerçekten bir ‘olağanüstü hal KHK’si’ niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır.*” Buna karşılık Mahkeme, “*KHK ile yürürlüğe konulan kural, olağanüstü halin gerekli kıldığı konuya ilişkin olsa bile başka bir zamanda veya başka bir yerde olağanüstü hal ilân edilmesi durumunda yürürlüğe girebiliyorsa, başka bir anlatımla, kural konulmasına neden olan olağanüstü halin sona ermesine karşın geçerliliğini yitirmeyip yürürlüğünü sürdürüyorsa olağanüstü hal KHK kuralı sayılamazlar. Olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde görülmeyen kurallar ise Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamına girerler.*” diyerek olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamelerinin belli şartlar altında anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin mümkün ve hukuk devletinin bir gereğı olduğuna işaret etmiştir.¹³⁶⁹ Buna göre Anayasa Mahkemesinin, gerçekten olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamesi niteliğı taşımayan işlemleri iptali mümkündür. Buna karşılık iptali söz konusu olmayan olağanüstü dönem kanun

¹³⁶⁷ **TANÖR**, Türkiye’nin..., s. 191.

¹³⁶⁸ **GÖZLER**, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 490.

¹³⁶⁹ **AYMK**, E. 1990/25, 1991/1, K.T.: 10.01.1991.

hükmünde kararnameleleri ile karşılaşan Anayasa Mahkemesinin, gerektiğinde bu kuralları ihmal ederek Anayasayı uygulaması da mümkün olmalıdır.

Bu çerçevede Türk anayasa hukukunda Anayasa Mahkemesinin, dava mahkemesi sıfatına sahip olmaması hâlinde -yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve meclis üyeliğın düşmesi durumlarında- ve dava mahkemesi olarak ele aldığı işlerde de olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleleri ile karşılaşması durumunda ihmal sorununu tartışabileceği¹³⁷⁰ ve hukuk devletinin ve anayasanın bağlayıcılığı ilkesinin gerektirdiği durumlarda da bu yönde karar verebileceği söylenebilir.

3. Yokluk Kararı

Yokluk, özel hukuka ilişkin bir yaptırım olarak doğmuş olmakla birlikte idare hukuku teorisinde de kabul edilmiştir. Özel hukuktaki anlamıyla yokluk, hukuki işlemin kurucu öğelerindeki bir eksikliği ifade eder. İdare hukukunda ise yokluk bir işlemin hukuk düzeninde ya hiç var olmamasını ya da var olmakla birlikte, maruz kaldığı ağır ve açık hukuka aykırılık sebebiyle etki ve sonuç doğurmamasını ifade eder.¹³⁷¹

Her hâlde “yokluk” mutlak butlandan ya da iptalden farklı bir yaptırımdır.¹³⁷² Zira mutlak butlan maddi ve hukuki anlamda “var” olan bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıyamaması sebebiyle ortadan kaldırılabilmesini ve iptal de geçerlilik şartları mevcut olmayan işlemin ortadan kaldırılması “yöntemini” ifade eder. Bu açıdan mutlak butlan ve iptal özel hukukta da kamu hukukunda da kullanılan hukuki araçlardır ve son tahlilde temel bir karakteristiğe dayanırlar: Hukuka aykırılık teşkil eden bir işlemin daha fazla sonuç doğurmasını önlemek sebebiyle hukuk âleminde silinmesi.

Buna karşılık yokluk, o derece ağır ve açık bir hukuka aykırılıktır ki bir eylem ya da işlem ya maddi âlemde ya da hukuk âleminde en başından beri hiç var olmamış sayılır. Bu nedenle yoklukla sakat bir işlemin ortadan kaldırılması da söz konusu ve gerekli değildir çünkü işlem zaten herhangi bir “varlık” değerine sahip değildir. Bu bağlamda örneğin idari yargıda yokluk sebebiyle açılan bir iptal

¹³⁷⁰ KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi..., s. 205.

¹³⁷¹ ATAY, İdare Hukuku, s. 410 vd.; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 879 vd.; SEROZAN, Medeni Hukuk, s. 16, 276.

¹³⁷² ULUŞAHİN Nur, “Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 675-737, s. 681-694.

davasında mahkeme, yokluğu tespit etmekle yetinir ve iptal istemini reddeder. Yokluk, işlemin en başından beri hüküm ve sonuç doğurmasını engelleyeceği için yoklukla sakat bir işleme dayanılarak yapılan diğer işlemlerin de yok sayılması gerekir.¹³⁷³

Türk anayasa hukukunda yokluk yaptırımına ilişkin tartışmanın esası yasama yetkisinin kapsamı tartışması ile sıkı biçimde ilgilidir. **Şahbaz**'ın özetlediğine göre tartışmanın kaynağını oluşturan olay “*Yasama organı üyeleri ile dışarıdan atanan bakanların T.C. Emekli Sandığı ile ilgilendirilmelerine ilişkin 7.5.1986 günlü 3284 sayılı Yasa'nın Ek 1. maddesi ile Ek 4. maddesi Anayasa Mahkemesinin 2.12.1986 gün ve 1986/22-28 sayılı kararıyla, bu emeklilik hakkının 'imtiyaz' niteliğinde görülerek iptali üzerine*” TBMM'nin benzer nitelikte bir başka kanun daha çıkartması, bunun üzerine kanunun AYM tarafından iptal edilmesi¹³⁷⁴; Meclis'in yeniden aynı konuda kanun yapması ve Mahkemenin yeniden iptal etmesi¹³⁷⁵ ve nihayet benzer mahiyetteki diğer bir kanunun da iptal edilmesidir.¹³⁷⁶ **Şahbaz**, benzer bir durumun yabancılara taşınmaz satışına ilişkin olarak da ortaya çıktığını belirtmektedir.¹³⁷⁷ Bundan başka anayasa değişikliklerine ilişkin olarak da Mahkemeye yöneltilen “yokluk ya da iptal talepleri” de konuyu güncel tutmaktadır. Sorun 1961 Anayasası döneminde de benzer şekilde doğmuştur.¹³⁷⁸

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı veremeyeceğine ilişkin temel görüşler şu şekilde özetlenebilir:

1. Bir hukuki işlemin, yoklukla malûl olması genel hukuk teorisine uygun olmakla birlikte Türk Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı vermek yetkisi, bu türden bir yetki Anayasa'da düzenlenmediği için, mevcut değildir.¹³⁷⁹

2. Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin “verili” yetkiler olarak istisnai niteliktedir ve dar yorumlanması gerekir. Bundan başka yokluk kararı, hukuki

¹³⁷³ GÜNDAY, İdare Hukuku, s. 151-152.

¹³⁷⁴ 21.04.1988 tarihli ve 3430 Sayılı Kanun – AYMK, E. 1988/11, K. 1988/11, K.T. 24.5.1988.

¹³⁷⁵ 28.10.1990 tarihli ve 3671 Sayılı Kanun – AYMK, E. 1992/38, K. 1993/5, K. T.: 2.2.1993.

¹³⁷⁶ 4.4.1995 tarihli ve 4104 Sayılı Kanun – AYMK, E. 1996/51, K. 1998/17, K. T.: 13.05.1998. Bu iptal kararından sonra Meclis'in çıkardığı 3.4.1997 tarihli ve 4234 Sayılı Kanun da Anayasa Mahkemesinin 27.5.1999 tarihli, E. 1998/58, K. 1999/19 Sayılı kararı ile iptal etmiştir.

¹³⁷⁷ ŞAHBAZ İbrahim, “Anayasa Yargısında Yokluk”, A.B.D., Y. 56, S. 4, 1999, ss. 23-48, s. 33 ve dn. 60. Ayrıca bkz. AYMK, E. 1984/14, K. 1985/7, K.T.: 13.06.1985 ve AYMK, E. 1986/18, K. 1986/24, K.T.: 09.10.1986.

¹³⁷⁸ AYMK, E. 1970/40, K. 1971/73, K.T. 19.10.1971.

¹³⁷⁹ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 421-422.

güvenlik ilkesine de aykırı olabileceği gibi, Anayasa Mahkemesini bir “pozitif yasa koyucu”ya dönüştürecektir.¹³⁸⁰

3. Türkiye’de “sınırlı yetkili” Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceğini kabul etmek, Türk hukuk düzeni içinde çözülmesi imkânsız sorunlar ortaya çıkarır.¹³⁸¹

4. Anayasaya aykırılığın normu baştan itibaren geçersiz kılan bir uygulaması olarak tek örnek olan Almanya’da uygulama, bir anayasal düzenlemeye dayanmaktan başka, anayasaya aykırılığın genel bir yaptırımını olarak kabul görmektedir. Bunun dışında Avrupa modeli için anayasaya aykırı normlar bakımından esas olan “iptal kararı”dır.¹³⁸²

5. Yokluk yaptırımını lehinde ileri sürülen argümanlar ya gerçek hayatta gerçekleşme imkânı bulunmayan uç örneklerdir ya da idare hukukuna ilişkin ihtimallerin varyasyonlarıdır. Bir kamu ajanının işlemlerini yasamanın işlemleri ile mukayese etmek kapsam ve süreç bakımından yanıltıcı olduğu kadar anayasaya aykırılığın baştan beri bir yokluk yaptırımına tâbi olduğu söylenirse, anayasa mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek bir anayasaya uygunluk denetimi de anlamını kaybeder.¹³⁸³

6. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçerinin de bağlayıcı olacağına ilişkin görüş de bir Mahkeme gerekçesinde ifade edilmiş olması bakımından geçerli bağlayıcı değildir.¹³⁸⁴

Buna karşılık anayasa yargısında yokluk kararı verilebilmesinin mümkün olduğunu savunan görüşleri de şu şekilde özetlemek mümkündür:

1. Belli şartlara bağlı olarak; kanunun kurucu unsurlarında bir anayasaya aykırılık söz konusu ise, bir fonksiyon gaspı yahut açık ve ağır bir yetki gaspı mevcut ise, ağır bir şekil eksikliği var ise ve nihayet Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir hükümle özdeş bir kuralın kanunlaştırılarak, Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz kılınması söz konusu ise, yokluk kararı verilebilmelidir.¹³⁸⁵

¹³⁸⁰ ULUŞAHİN, “Yokluk Teorisinin...”, s. 730-731.

¹³⁸¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 949-955.

¹³⁸² CAN Osman, “Anayasa Yargısında Yokluk”, içinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 175-213, s. 175-185, 190 vd.

¹³⁸³ AZRAK Ülkü, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, AYD, C. 1, 1984, ss. 151-168, s. 155-157.

¹³⁸⁴ HAKYEMEZ, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 372-381.

¹³⁸⁵ ALİFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 339-340.

2. Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama organları karşısındaki bağlayıcılığı bizzat Anayasa'nın düzenlemesinden (AY m. 153) kaynaklanmakta ve Anayasa Mahkemesi kararları normlar hiyerarşisinin en tepesinde yer almaktadır. Buna göre bir üst norma aykırı bir kuralı geçerli bir kural olarak ortaya çıkması kabul edilemez.¹³⁸⁶

3. Bir anayasa kuralı olarak anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi yasama organının riayet etmesi gereken bir kuraldır. Bu açıdan bir yasama faaliyetinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının göz ardı edilmesi anayasaya “açık bir aykırılık” teşkil eder ve düzenleme başlangıçtan itibaren geçerli olmamak gerekir.¹³⁸⁷

4. Normlar hiyerarşisinin kabul edildiği bir hukuk sisteminde kanunların geçerliliğinin ve bağlayıcılığının, “anayasanın koruyucusu” rolünü üstlenmiş bir Mahkemenin “iptal etmemesi” olumsuz şartına bağlı kılındığı bir durumda; Mahkemenin bir kanunkoyucu niteliği taşıdığını söylemek yadırgatıcı olmamalıdır.¹³⁸⁸

5. Anayasa mahkemeleri, sistem içinde diğer anayasal organlara ve diğer devlet organlarına nazaran “kendine özgü” bir yeri haizdir. Gerçekten Mahkeme, bir yandan anayasal devlet içinde diğer devlet organlarının anayasaya uygun yetki kullanıp kullanmadığını tespit ederken diğer yandan da anayasanın ne olduğunu tespit etmektedir. Bu açıdan mahkeme, bir içtihadi hukuk kaynağıdır. Anayasa mahkemesini, verili bir düzenin sınırlı yetkili ögesi olarak ele almak, anayasa yargısının varlık sebebi ile çelişir. Mahkeme kararlarına riayet konusunda, içtihat dışı bir zorunluluk aramak, anayasaya saygı ile bağdaşmaz. Bundan başka anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının “zayıflatılması”, Mahkemenin iptal kararı vermek yönündeki eğilimini de güçlendirebilir.¹³⁸⁹

Anayasa Mahkemesi 1961 ve 1982 döneminde bir yokluk kararı vermiş değil ise de koşulları oluştuğunda yokluk kararı verebileceğini açıkça ifade etmiştir. Buna göre “*Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece ‘var’lıktan söz etmek*

¹³⁸⁶ TEZİÇ, Anayasa Hukuku..., s. 79, 84; YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında..., s. 195-200.

¹³⁸⁷ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 268 vd.

¹³⁸⁸ AZRAK, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 152-154.

¹³⁸⁹ SAĞLAM, “Yetki ve İşlev Bağlamında...”, s. 59-60.

*olanaksızdır.*¹³⁹⁰ Yine mahkemeye göre yokluk, ağır bir hukuka aykırılık hâli gerektirir.¹³⁹¹

Mahkemeye göre bir norm “var” olduğu sürece sorgulanması gereken onun hukuki geçerliliğidir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi, ilke olarak “yokluk” kararı verebileceğini kabul etmekte ancak mevcut bir hukuki işlemin iptalini tercih etmektedir.¹³⁹²

Anayasa Mahkemesi kararlarında yokluk, mahkemenin kararlarında değil fakat daha ziyade karşı oy yazılarında olgunlaşmıştır. Bu yöndeki ilk görüş 1986 tarihli dir. Üye **Muammer Turan**, değişik gerekçesinde Mahkeme tarafından daha önceden iptal edilen bir kuralın “*yasama organının biçim, deyim ve terim değişiklikleriyle esas, kavram ve anlam bakımından aynen tekrar yasalaştırabileceğini kabul etme(nin), yargı kararının değerini ve etkinliğini çok düşüreceği gibi, Anayasa Mahkemesinin ‘iptal kararları geriye yürüme’diğinden yasama organına Anayasaya aykırı kanunları tekrar tekrar yürürlüğe koymak yetki ve imkânı tanınmış*” olacağını ifade etmektedir. **Turan**, bu nedenle, yasama organının Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan iptal kararları ve bu kararların da gerekçeleri ile bağlı olduğunu ifade ederek, daha önce verilen bir iptal kararıyla anayasaya aykırılığı tespit edilen normun benzer biçimde tekrar kabul edilmesinin en başından itibaren hüküm ve sonuç doğurmayacak biçimde ortadan kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedir.¹³⁹³

Mahkemenin yokluk yaptırımını ele aldığı ilk kararı 1992 tarihli dir. Mahkeme, yokluğa idare hukuku açısından yaklaşarak, yokluk yaptırımının “*...bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk âlemine hiç çıkmamış sayılması sonucunu doğur(acağı)*”nı ifade etmiştir. Mahkemeye göre anayasa yargısında yasama işleminin yok sayılabilmesi “*ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir.*”¹³⁹⁴

¹³⁹⁰ **AYMK**, E. 2007/72, K. 2007/68, K. T.: 05.7.2007; **AYMK**, E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.6.2008.

¹³⁹¹ **AYMK**, E. 2007/99, K. 2007/86, K.T. 27.11.2007.

¹³⁹² **AYMK**, E. 1970/39, K. 1971/44, K. T.: 20.4.1971.

¹³⁹³ **AYMK**, E. 1988/11, K. 1988/11, K.T. 24.5.1988.

¹³⁹⁴ **AYMK**, E. 1992/26, K. 1992/48, K.T. 17.9.1992.

Uluşahin'e göre Anayasa Mahkemesinin açıkça anayasada tanınmamış olan yokluk yaptırımını uygulayabileceğini kabul etmesi açısından kararın önemli bir yeri vardır.¹³⁹⁵

1996 tarihinde, “TC. Emekli Sandığı iştirakçisi olan davacının, TC. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne başvurarak, TBMM üyeleri ile dışarıdan atanan Bakanlara 4094 sayılı Yasa'ya göre emekli aylığı ödenmesinin ayrıcalık oluşturduğunu ileri sürerek Kurum'a yaptığı başvurunun reddine karşı açtığı davada mahkeme aykırılık savını ciddi bularak Anayasa Mahkemesi'ne başvurması)” üzerine Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına atıfla yasama organının yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurması gerektiğini; bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasama işlemine girişilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira Mahkemeye göre Anayasa Mahkemesi kararları yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlayıcıdır. “Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler...İptal edilen yasalarla sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olur....Bu nedenlerle itiraz konusu Yasa kurallarının, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararı gözönüne alınmadan ve Anayasa'nın 153. maddesinin öngördüğü Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine uyulmadan yasalaştırılması karşısında Anayasa'nın öteki maddelerine aykırılık yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmeden iptali gerekir.”¹³⁹⁶

17.10.1996 tarihli karara gerekçe yönünden katılmayan **Mustafa Bumin**'e göre verilmesi gereken karar iptal kararı değil, yokluk kararıdır. Zira yasama işlemleri de idarenin işlemleri gibi kurucu ve tamamlayıcı unsurlardan oluşur.¹³⁹⁷ Yasama işlemleri bakımında kurucu unsurların hukuki dayanağı, “anayasanın temel kurallarıdır”. Tamamlayıcı unsurlar ise diğer anayasal kurallardan kaynaklanır. Buna göre, anayasanın temel kurallarına ilişkin bir aykırılık hâlinde “ağır ihlalden” ve “yokluk”tan; diğer anayasa kurallarına aykırılık hâlinde de “anayasaya aykırılık” ve

¹³⁹⁵ ULUŞAHİN, “Yokluk Teorisinin...”, s. 700.

¹³⁹⁶ AYMK, E. 1996/4, K. 1996/39, K.T. 17.10.1996.

¹³⁹⁷ Emredici ve Tamamlayıcı kuralların anlamına ilişkin: İZVEREN, Hukuk Felsefesi, s. 108-109; FENDOĞLU, Hukuka Giriş, s. 18-20.

“iptal”den bahsetmek gerekir. “Örneğin kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanılarak TBMM'ce Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu ve Yüksek Yargı Organları gibi Devletin temel kurumlarına son verilmesi anayasal yetki gasbının tipik bir örneği olarak gösterilebilir ve bu tür yasama tasarrufları "yok"lukla sakattır.” Aynı şekilde “Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen bir kuralın aynının yasalaştırılması halinde, Anayasa'ya ‘ağır aykırılık’ ve ‘açıklık’ koşulu birlikte gerçekleşmiş olacağından yasama işleminin ‘yok’luğu söz konudur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nce işlemin yokluğu saptanarak hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.”

Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceğine dair diğer bir gerekçe de Anayasa'nın 138. maddesidir. Anayasa Mahkemesinin 13.5.1998 tarihli kararına karşı oyu yazısı yazan **Yalçın Acargün, Mustafa Yakupoğlu ve Fulya Kantarcıoğlu** yasama organının Anayasa Mahkemesi kararlarını geçersiz kılmasının erkler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiğini Anayasanın “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmüne işaret ederek belirtmişlerdir. “Öte yandan, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen kuralların kimi kişisel yararlar gözetilerek yeniden yasalaştırılması yasama yetkisinin kötüye kullanılması anlamına gelir.”

Acargün, Yakupoğlu ve Kantarcıoğlu'na göre anayasa hukuku alanında anayasayı ihlal iradesi ve fonksiyon gaspı bir yasama işleminin yetki ögesinde “ağır ve açık bir sakatlık hâli” yaratır. Bu türden bir sakatlığın yaptırımını ise iptal değil; “yokluk”tur.¹³⁹⁸

Karşı oy yazılarında ortaya konan son gerekçe, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı bularak iptal ettiği bir düzenlemenin yeniden yasalaştırılmasının hukuk devletine de aykırılık teşkil ettiğidir. Nitekim **Kantarcıoğlu**, 27.5.1999 tarihli karara yazdığı “değişik oy ve karşı oy gerekçesi”nde hukuk devletinin kanun devleti ya da anayasal devletten daha geniş kapsamlı değerler bütününe ifade ettiği ve “Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk değerlerinin bulunduğu bilincinde olan yargısal denetime açık, yargı kararlarına saygılı, bu kararların uygulanması için

¹³⁹⁸ AYMK, E. 1996/51, K. 1998/17, K.T. 13.5.1998.

çaba harcayan, devlet” olduğu vurgulanarak hukuk devleti için sadece kanunların anayasaya uygunluğunun yeterli olmayacağı fakat aynı zamanda anayasanın da insanlığın ortak değerleri hâline gelmiş ve bütün uygar ülkelerce benimsenmiş olan hukukun genel ilkelerine uygunluğunun sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. “Çünkü devletin temel yapısını oluşturan Anayasa üstün hukuk değerleriyle donatılıp adil bir hukuk düzeni kurulmasına elverişli hale getirilmedikçe bu çerçevede çıkarılan yasaların Anayasa'ya uygunluğu kabul edilse bile hukuka uygunlukları tartışılır. Bu nedenle, yasalarla, Anayasa ve hukukun temel değerleri arasında uyum sağlayamayan bir devlet gerçek anlamıyla hukuk devleti olamaz. Böyle algılandığında da bir hukuk devletinde, Anayasa'nın üstünlüğünü gerçekleştirmekle yükümlü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen bir yasanın aynı içerikle yeniden yasalaştırılması düşünülemez.”

Anayasa Mahkemesinin, kararında yokluğu incelediği ikinci durum 5678 Sayılı Anayasanın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Hakkında Kanun'un yokluğunun tespiti, tespit edilmezse de iptali başvurusudur. Mahkeme, kararında yokluğun bir normun var olmadığını ifadesi olduğunu; kanunlar söz konusu olduğunda ise “*parlamento iradesinin bulunmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları*”nın bulunmaması hâlinde yokluktan söz edilebileceğini fakat var olan bir normun, şartları da gerçekleşmişse ancak iptal edilebileceğini karara bağlamıştır.¹³⁹⁹

4. Parlamento Çığı Kararları

İptal kararı sonucunda ortaya çıkabilecek boşluğu önlemek için Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihat yolu ile farklı karar türleri geliştirmiştir. Buna göre Mahkeme, bir anayasaya aykırılık hâlinde iptal kararı vermek yerine anayasaya aykırılığı saptamakla yetinmekte; Parlamento anayasaya aykırılığın giderilmesi çağrısı yapmaktadır. Bazı hâllerde Anayasa Mahkemesi parlamento için bir süre de öngörebilmektedir. Bundan başka Federal Anayasa Mahkemesi denetlemenin yapıldığı tarihte henüz anayasaya aykırı bulunmayan bir kanunun gelecekte anayasaya aykırı hâle gelebileceğini belirleyerek bu yönde gerekli düzenlemelerin

¹³⁹⁹ **AYMK**, E. 2007/72, K. 2007/68, K.T. 5.7.2007; aynı yönde: **AYMK**, E. 2007/99, K. 2007/86, K.T. 27.11.2007.

yapılması için parlamentoya çağrıda bulunur. Bu şekilde kanunun ileride iptali ile ortaya çıkabilecek güçlükler de önlenmiş olur.¹⁴⁰⁰

Parlamentoya çağrı kararı, Anayasa Mahkemesinin Parlamento üzerindeki “yoğun bir baskısı” ve Parlamento’ya, anayasanın koruyucusu sıfatıyla vermiş olduğu bir “anayasayı dikkate almak” direktifidir. Böylece görülmektedir ki Mahkemenin, parlamento yanında, bir yasama işlevi de yerine getirmesi teorik olduğu kadar pratik boyutları da olan ve anayasa yargısının işlevinin doğal bir sonucu olarak beliren bir karardır.¹⁴⁰¹

Kaboğlu, kanun koyucuya yönelik bu türden bir çağrı yetkisinin anayasaya aykırılık kararlarında örtülü biçimde mevcut olduğunu ifade etmektedir. Yazar Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin parlamentoya çağrı kararı yapmak yetkisinin bulunmamasına rağmen AY m. 153/IV’te düzenlenen “*İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi iptal kararının ortaya çıkardığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.*” hükmünün doğrudan anayasadan kaynaklanan daha etkili bir buyruk olduğuna da ifade etmektedir.¹⁴⁰²

Yasama organının bu kararlar doğrultusunda harekete geçmesi bir anayasal gereklilik olmakla birlikte kimi zaman kanun koyucunun iptal karşısında hareketsiz kaldığı görülmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, kanun koyucunun hareketsizliğinden kaynaklanabilecek anayasaya aykırılıklar hukukumuzda Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin dışında bulunmakta ise de bu sebepten kaynaklanan hak ihlalleri hâlinde AİHM’ne başvuru yolu kapalı değildir.¹⁴⁰³

5. Yürürlüğün Durdurulması Kararı

Yürürlüğü durdurma kararı, yargısal denetimin sonucunda verilen bir karar değildir; bununla birlikte Mahkemenin hukuk devletinin güvencelenmesi işlevi bağlamında kararlarının etkinliğinin sağlanması için yaratılan bir yol; teknik olarak bir ara karardır.¹⁴⁰⁴

¹⁴⁰⁰ ALİEFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 312.

¹⁴⁰¹ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 283-284.

¹⁴⁰² KABOĞLU, Anayasa Hukuku..., s. 347-348.

¹⁴⁰³ KABOĞLU, Anayasa Hukuku..., s. 334.

¹⁴⁰⁴ GÜRAN, “Anayasa Mahkemesinin İşlevi...”, s. 195-196; KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi..., s. 151; RUHİ Emin, “Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, AÜEHFD, C. 5, S. 1-4, 2001, ss. 129-150, s. 142 vd.

Yürürlüğün durdurulması, hukuk sistemlerinde, bir hak ya da menfaate ilişkin uyuşmazlığın hukuk kurallarına göre çözümlenmesi faaliyeti anlamında yargılamanın temel kavramlarına -hakka ya da menfaate- ilişkin karar verilene kadar geçici bir güvence sağlar. Böylece yargılamanın sonuna kadar zarar görmesi ihtimali olan ve kararı anlamsız kılabilecek bir potansiyel ihlalin de önüne geçilmiş olur. Özel hukukta bu türden kararlar ihtiyati tedbir (veya ihtiyati haciz) kararları olarak adlandırılır. İdare hukukunda ise kullanılan kavram yürütmenin durdurulmasıdır. Anayasa yargısı alanında ise genellikle kabul edilen kavram yürürlüğün durdurulmasıdır. Her hâlde kuruma temel karakteristiğini veren, “telafisi güç veya imkânsız bir zararın doğmasını önlemek suretiyle davacının hak ve menfaatlerini korumak” kaygısıdır.¹⁴⁰⁵

Türk hukukunda Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması kararı verip veremeyeceği tartışılmış; bu konuda somut bir düzenleme bulunmaması, Anayasa Mahkemesinin ancak düzenlenmiş bir alan içinde faaliyet gösterebileceğine ilişkin egemen görüşün baskısı altında tartışmayı güncel tutmuştur. *Altay*'ın belirttiği gibi, tartışma, Türk anayasa yargısında yürürlüğün durdurulması kurumuna ihtiyaç olup olmadığı hususundan değil fakat Anayasa Mahkemesinin kendisine anayasa ve kanunla tanınmamış bir yetkiyi kullanıp kullanamayacağı noktasından kaynaklanmaktadır.¹⁴⁰⁶

Yürürlüğün durdurulması lehinde ve aleyhinde ileri sürülen gerekçeler şu şekilde sıralanabilir¹⁴⁰⁷:

1. Anayasada yürürlüğün durdurulmasını yasaklayan bir düzenleme mevcut değildir. Bir düzenlemenin bulunmaması ise Anayasa açısından bir boşluk olarak nitelendirilemez. Belki bu bağlamda Anayasa Mahkemesi Kanunu bakımından bir boşluktan bahsetmek mümkün olabilir ki bu hâlde de boşluk Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre doldurulacaktır.

Bu görüşe karşılık olarak, kamu hukukunda yetkisizliğin esas olduğu, açıkça ifade edilmeyen hususlar bakımından aslolanın yetkisizlik olduğu ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda anayasada yürürlüğün durdurulabileceğine ilişkin bir düzenleme de

¹⁴⁰⁵ **BİLGEN** Pertev, “*Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması*”, AYD, C. 12, ss. 171-191, s. 172.

¹⁴⁰⁶ **ALTAY** Evren, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Yürürlüğün Durdurulması’*”, Anayasa Yargısı İncelemeleri, C. I, Ed.: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Ankara 2006, ss. 359-400, s. 359.

¹⁴⁰⁷ **RUHİ**, “*Türk Anayasa Yargısında...*”, s. 134-142.

mevcut değildir. Kamu hukukunda boşluktan da söz edilmez, olsa olsa yetkisizlikten söz edilebilir. O hâlde Anayasa Mahkemesinin açıkça yetkilendirilmediği bir hususta karar vermesi mümkün olmadığı gibi bu konuda hâkimin hukuk yaratması da mümkün değildir.

2. Davanın esası hakkında karar vermeye yetkili olan mahkemenin bu türden kararlar vermesi de mümkün olmalıdır çünkü çoğa yetkili olanın aza da yetkili olduğu kabul edilebilir.

3. Yürürlüğün durdurulması, uygulanmakla hükmünü icra eden kanunlarda olduğu gibi, telafisi çok güç ya da imkânsız olan zararların doğmasını engelleyen; yargı yetkisinin özünde mevcut olan; hukuki bir çaredir.

4. Yürürlüğün durdurulması kararı, Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe etkili olmamasından kaynaklanabilecek sakıncaların en başından önünü kesebilir.

Bu sav karşısında da Anayasa Mahkemesinin en kısa sürede yargılama yaparak karar vermesi hâlinde söz konusu sakıncanın da doğmamış olacağı ileri sürülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993 tarih ve E. 1993/33, K. 1993/40-1 sayılı kararı ile ilk kez yürürlüğü durdurma kararı vermiş ve **Akyalçın**'a göre bu konu sorun olmaktan çıkarılmıştır.¹⁴⁰⁸ **Güran** ise yürürlüğün durdurulması kararının bir sorun olmaktan çıkartılması için bu konuda bir anayasal düzenleme yapılması gerekliliğini savunmaktadır.¹⁴⁰⁹

Mahkemeye yöneltilen ilk yürürlüğün durdurulması talebi, Cumhuriyet Halk Partisi tarafından açılan “Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair” 1576 sayılı Kanuna ilişkin iptal davasında Anayasa Mahkemesine sunulmuştur.¹⁴¹⁰

Mahkeme kararında 1576 sayılı Kanunu iptal etmiş olmakla birlikte yürürlüğün durdurulması talebini de reddetmiştir. **Bilgen**'e göre Mahkeme, bu kararı ile yürürlüğün durdurulması usulü yerine bir başka usulü ikame etmiştir: “*Bazı süreleri kısaltarak esas hakkında süratli karar vermek usulü.*” Gerçekten de karar iptal davasının açılmasından itibaren 11 gün içinde çıkartılmış ve 12. gün de sadece

¹⁴⁰⁸ AKYALÇIN Ahmet, “Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması”, AYD, C. 23, 2006, ss. 45-50.

¹⁴⁰⁹ GÜRAN, “Anayasa Mahkemesinin İşlevi...”, s. 196-197.

¹⁴¹⁰ ALTAY, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında...”, s. 361-364.

iptal hükmü yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Yazara göre bu şekilde, yürürlüğün durdurulması talebinin temel gerekçesi olan “özel işlemlere karşı Anayasa Mahkemesine başvurunun sonuçsuz kalacağı” itirazı da karşılanmış olmaktadır.¹⁴¹¹

Mahkeme yürürlüğün durdurulması talebini reddederken şu gerekçelere dayanmıştır:¹⁴¹²

- Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri anayasa ile; kuruluş ve yargılama usulleri de kanunla belirlenmiştir. Ancak ne anayasada ne de kanunda bu yönde bir düzenleme bulunduğu gibi kanun koyucunun bu yönde bir iradesi de mevcut değildir. Zira, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvuran bir mahkeme için görmekte olduğu davayı geri bırakma ödevi öngörmüş olan bir anayasanın, Anayasa Mahkemesine yürürlüğün durdurulması yetkisini vermekte ihmalkâr davrandığı düşünülemez. Anayasa Mahkemesinin kendisine verilmemiş bir yetkiyi kendisine tanınmasına da imkân yoktur.

- İncelenmekte olan bir kanun hükmünün uygulanmasına ilişkin karar vermek yetkisi, Anayasa Mahkemesine değil, o kararı uygulamakla görevli bulunan mercilere aittir.

- Mahkemelerce verilip kesinleşen bir ölüm cezasının yerine getirilmesi, kişinin en temel hakkına, yaşam hakkına ilişkin olduğundan; Anayasa Mahkemesi önüne itiraz yoluyla gönderilen bir davada davanın geri bırakılması yoluyla davanın taraflarına sağlanan güvence, hakkında ölüm cezası verilen kişiler için evleviyetle tanınmak gerekir. Ancak bunun yolu yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi değil fakat infaz ile görevli mercilerin infazı geri bırakması olmalıdır.

Karara yazılan karşıoylarda ileri sürülen gerekçeler, daha sonraki dönemlerde yürürlüğün durdurulması kararı verilmesini savunmak açısından da yol gösterici olmuştur. Buna göre:

- Kanun koyucunun anayasada yahut kanunda yürürlüğü durdurma müessesesini düzenlememiş olmasının sebebi; iptal davasına konu olabilecek kanunların soyut ve genel nitelik taşıması sebebiyle, sübjektif bir hak ya da menfaati etkiler nitelikte olmamasıdır. Sübjektif bir hak ya da menfaate ilişkin kanunlara karşı itiraz yoluna başvurmak her zaman olanaklıdır. Somut norm denetimine elverişli

¹⁴¹¹ BİLGEN, “Kanunların Uygulanmasının...”, s. 175-176.

¹⁴¹² AYMK, E. 1972/13, K. 1972/18, K.T. 6.4.1972.

olmamakla birlikte bir sübjektif hakkı ya da menfaati etkilemek gücüne sahip tek kanun türü, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin kanunlardır. Anayasa koyucunun bu türden çok istisnai bir durumu düzenlemeyerek, buna ilişkin olarak ortaya çıkabilecek bir sorunun çözümlenmesi işini Anayasa Mahkemesine bıraktığını düşünmek akla uygundur.

- Ölüm cezasının infazına dair kanunlar söz konusu olduğunda, iptal davasının sonucunu beklemek önem taşımaktadır. Zira eğer kanun yürütülür, infaz gerçekleşir; buna karşılık Mahkemedен daha sonra bir iptal kararı çıkarsa doğmuş olan sonuç bir daha asla telafi edilemez. Bu durum ise anayasanın ruhu ile, temel hak ve özgürlükler anlayışı ile ve hukukun üstünlüğü ile bağdaşmaz.

Var olan bir hukuk ve kanun yoluna başvurulmuş olması nedeni ile, kesinleşen bir ölüm cezasının yerine getirilmesini öngören kanunun uygulamasının durdurulması, demokratik hukuk devletinin ve yaşam hakkının olağan ve hatta zorunlu bir sonucudur.

- Yürürlüğün durdurulması, anayasada öngörülmemiş ise de yasaklanmış da değildir. Bu nedenle geri dönüşün mümkün olmadığı bir hâlde yürürlüğün durdurulması anayasal düzenin temel ilkelerinin bir gereğidir.

- Anayasa Mahkemesi kanunu iptal etmek gibi daha geniş bir yetki kullanabiliyorsa, daha azını, kanunun uygulanmasını ertelemek gibi daha hafif bir yetkiyi de kullanabilmelidir; zira çoğun içinde azı da vardır.

- Anayasanın sözü ile sustuğu fakat özü ile çözüme kavuşturduğu bir sorunu içtihat yolu ile çözümlenmek Anayasa Mahkemesinin görevidir.

- Yürürlüğün durdurulması son tahlilde bir usul sorunudur ve Anayasa Mahkemesi, yerine getirdiği yargısal faaliyetin niteliği itibariyle karşılaşacağı usul sorunlarını genel ve temel esaslar çerçevesinde içtihatla çözümlenebilir.

- İptal davası, Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilen bir yargısal faaliyettir. Bu nedenle Mahkeme, diğer bütün yargı yerleri gibi, yargı yetki ve görevi kapsamında gerekli gördüğü tedbirleri alabilir. *“Bu nedenle kendine açılan bir davada iptali istenen biçimsel bir yasa hükmünün, iptal davasının sonuçlandırılmasından önce uygulanması geriye getirilmesi olanaksız kişisel bir sonucun doğmasını gerektiriyorsa, böyle bir halde, durumun olduğu gibi korunması*

hukukça zorunlu olacağından, bir yargısal tedbir olarak uygulamanın durdurulmasına karar verilmesi gerektiğinin kabulü zorunlu olmaktadır.”

- “*Anayasa Mahkemesinin iptal dâvalarının görülmesi sırasında yaptığı görev bir yargılama çalışmasından ibaret bulunduğuna göre, sonunda yerine getirilebilir bir hüküm konulabilmesi, yani Anayasaca verilmiş bulunan Anayasaya uygunluk denetimi görevini yerine getirebilmesi için, dâva konusu yasa kuralı ile ilgili kişisel durumun olduğu gibi korunması zorunlu olabilir. Konumuzda görüldüğü üzere, iptali istenilen yasa hükümlerinin iptal dâvasının sonuçlanmasından önce ilgili yerlerce uygulanması halinde, Anayasa Mahkemesince verilecek bir iptal kararının artık sonuç doğurması olanağı ortadan kalkmış olacağından, burada kişisel durumun olduğu biçimde korunması için, uygulamanın geçici bir süre durdurulması tedbirinin alınmasında haklı bir neden var demektir.”*

Anayasa Mahkemesi bu tarihten sonra 24.5.1977 tarihinde E. 1077/60, K. 1977/81 sayılı Kararı ile ve 1.8.1985 tarihinde E. 1985/659, K. 1984/4 sayılı kararları ile de yürürlüğün durdurulması taleplerini reddetmiştir.¹⁴¹³

Yürürlüğün durdurulması konusunda Mahkemenin içtihadı E. 1993/26, K. 1993/28 ve 16.9.1993 tarihli kararla değişmiştir. **Hekimoğlu**'na göre Anayasa Mahkemesinin içtihadındaki bu değişikliğin sebebi kanun koyucunun anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü prensiplerini göz ardı ederek Mahkemenin iptal kararlarına uygun hareket etmeyi reddetmesi ve böylelikle gerekçeli iptal kararları yayınlanıncaya kadar anayasaya aykırı görülerek iptal edilen normları uygulamaya ısrarla devam etmesi ve iptalin hemen ardından da aynı yönde bir düzenlemeye yeniden girişmesine yönelik tepkidir. Yazar karardaki gerekçeleri şu şekilde özetlemektedir.¹⁴¹⁴

a. Yargısal denetimin özü kanunların anayasaya uygunluğunun etkili biçimde denetlenmesidir. Bu etkililiğin sağlanması ise Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisine bağlıdır.

b. Pozitif hukukun yürürlüğün durdurulması müessesesini düzenlememiş olmasından kaynaklanan eksikliğin içtihadı hukuk ile tamamlanması mümkündür.

c. Anayasa yürürlüğün durdurulmasını düzenlememiş olmakla birlikte bunu yasaklamış da değildir. Bu doğrultuda çoğa yetkili olanın aza da yetkili olması

¹⁴¹³ ALTAY, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında...*”, s. 364-367.

¹⁴¹⁴ HEKİMOĞLU, *Alman Hukuku Işığında...*, s. 351-356.

sebebiyle, iptale yetkili olan Mahkemenin uygulamayı durdurmak yetkisi *a fortiori* kabul edilmelidir.

d. İtiraz yolunda davayı geri bırakmakla görevli mahkemenin sahip olduğu bir yetkinin iptal davası yolunda Anayasa Mahkemesine tanınmaması makul değildir.

e. İptal kararının geriye yürümezliğinden kaynaklanan boşluğu gidermenin en elverişli yolu yürürlüğün durdurulması yetkisidir.

Altay'a göre bu kararın önemi, yürürlüğün durdurulması yönünde verilen ilk karar olmasından ziyade, Mahkemenin yürürlüğün durdurulması yetkisinin varlığını kabul ettiği ilk karar olmasından kaynaklanır. Yazar Türk hukukunda artık istikrar kazanmış olan yürürlüğün durdurulmasının şartlarını, Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle şu şekilde sıralamaktadır¹⁴¹⁵:

1. İptali istenen kural yürürlükte olmalıdır.
2. Yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulmuş olmalıdır.
3. İptali istenen kuralın anayasaya aykırılığı yönünde güçlü belirtiler bulunmalı yahut kuralın anayasaya aykırılığı saptanmış olmalıdır.
4. İptali istenen kuralın uygulanması, telafisi güç ya da imkânsız zarar doğurucu nitelikte olmalıdır.

6. Değerlendirme

“Kanun” münhasıran “bir dizi yazılı normu” değil; fakat aynı zamanda “jürisprüdansın tespit ettiği ‘hukukun genel ilkeleri’ gibi yazısız normları da” ifade eder.¹⁴¹⁶

Anayasa Mahkemesinin yokluk ve yürürlüğün durdurulması gibi anayasada düzenlenmemiş bulunan “atipik” kararlar vermesine karşı çıkan görüş sahipleri, anayasayı en dar anlamıyla, anayasa metninden ibaret olarak algıladıkları gibi, Anayasa Mahkemesini de idarenin alelade bir birimi olarak telakki etmektedirler.

Her şeyden önce ifade edilmelidir ki, Anayasa sadece şekli anlamda anayasadan ibaret değildir. Başta anayasa mahkemelerinin içtihatları olmak üzere, devletin uluslararası andlaşmalarla tâbi olduğu ulusalüstü yargı yerlerinin içtihatları; anayasa teamülleri ve hukukun evrensel ilkeleri de anayasa olgusunun içinde değerlendirilir. Ancak bu şekilde kapsamı ortaya konan bir anayasanın “anayasacılık” felsefesine ve hukuk devletine uygunluğundan bahsedilebilir. Buna

¹⁴¹⁵ ALTAY, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında...”, s. 367, 379-390.

¹⁴¹⁶ ÇAĞLAR, “Hukukla Kavranan...”, s. 256.

göre, anayasa mahkemelerinin görev ve yetkilerini belirleyen, şekli anlamda anayasa düzenlemeleri olduğu kadar bizzat anayasa mahkemelerinin kendi içtihadıdır da. Aksi yöndeki bir kabul, yargı fonksiyonunu bir idare fonksiyonu hâline getirir. Hâlbuki yargı fonksiyonu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekten başka, hukukun ne olduğunu söylemek konusunda da görevli ve yetkilidir. O hâlde, anayasa mahkemelerinin, diğer idare organlarının aksine, yetkisizliği değil yetkisi asıldır. Bu, egemenlikten kaynaklanan bir yetki olan yargı fonksiyonunun tabiatının bir gereği ve sonucudur.

Anayasacılık felsefesinin bir yansıması olarak hukuk devleti, tarihsel süreç içinde önce idarenin kanunlarla bağlanmasını; daha sonra parlamentonun anayasa ile bağlanmasını gerekli kılmış ve anayasa yargısı anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı için bir güvence olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda hukuk devleti ve anayasa yargısının, temelinde çoğunluğun baskısı karşısında “haklar ve özgürlükler” için ve “anayasal düzen” için bir güvence arayışı olan anayasacılık felsefesinin olduğunu söylemek de mümkündür.

Anayasacılık, salt “anti-demokratik” olmaya indirgenebilecek; “aristokratik” veya “otoriter” bir yaklaşım değildir. Bilakis, bireyci ve özgürlükçü liberal bir toplum içinde birarada yaşamaya yönelik bir yöntem arayışıdır. Bu arayış, bir yandan toplumda bireyleri başlıca değer olarak ele alır ve her bir bireyin haklarına ve özgürlüklerine ilişkin dokunulamaz bir alan varsayarken diğer yandan da statik kurumlarla bu alanı “dondurmak” amacı gütmeyiz. Liberal anayasacılığın *status quo*’ya yaklaşımı, asgari bir güvenlik alanını muhafaza etmekten ibarettir ve bu muhafazakârlık, bireysel alanın kamusal aleyhine genişletilmesine prensipte karşı değildir. Hiç şüphesiz, bir liberalizm eleştirisi bağlamında, anayasacılık ve hukuk devleti eleştirilebilir. Ancak “sistem” içinde düşünüldüğünde liberal hak ve özgürlükler düzeninin olmazsa olmazı “bağımsız yargı” ve “yargısal içtihat” ile şekillenen bir hukuk düzenidir. Diğer bir ifadeyle hukuk devletinin dinamizmini sağlayan, yargısal faaliyettir.¹⁴¹⁷

¹⁴¹⁷ Nitekim Yüzbaşıoğlu da Anayasa Mahkemelerinin “*Anayasa gibi, toplumun sürekli değişen ve gelişen şartlarına ayak uydurmak için esnek ve geniş yoruma elverişli, son derece genel, soyut kuralları yorumlayan Anayasa Mahkemesinin*” anayasal düzenin sürekliliğinin sağlanabilmesi ve hakkaniyetin ve istikrarın korunabilmesi için “*toplumsal koşullardaki değişiklikler eski içtihadını zorladığında*” anayasayı günün koşullarına göre yeniden yorumlamak suretiyle inşa etmesinin ve bu

1982 Anayasası özelinde Anayasa Mahkemesi ve Mahkemenin yetkileri düşünülürken, zihnimizi bu “liberal haklar ve özgürlükler felsefesi” ile çerçevelemek iç tutarlılık açısından şarttır. Bu çalışmanın geneline de egemen olan bu bakış açısı içinde kalınırsa “genel olarak yargı fonksiyonunun ve daha özel olarak da anayasa mahkemesi”nin ne yapmaya yetkili olduğu konusunda son sözü kanun koyucuya yahut anayasa koyucuya bırakmanın mümkün olduğu söylenemez. Zira XXI. yüzyılda hukuk devleti, bir anayasal devlet olmanın da bağlamını aşarak, “geçerliliği yazılı bir biçimde düzenlenmiş olmasına bağlı bulunmayan bir dizi ilke” ekseninde ele alınmaktadır. Bu türden bir yaklaşım görünürde “pozitivizmin” sınırlarını zorlamaktadır. Ancak *Dacey*'de “yargısal yasama” şeklinde ifadesini bulan, yargı organlarının yasama yanında hukukun üretimine katılmasındaki zorunluluk, hukukun artık sadece kanunlardan ibaret olmadığını ve yargı kararlarının da hukukun bir parçası olarak kabulünü –eğer hak ve özgürlüklerden hareketle bir anayasal düzenden bahsedilecekse- mecbur kılmaktadır.

Yargı fonksiyonundan kaynaklanan yetkiler, verili yetkiler değildir. Anayasa yargısının kapsamını tespit eden ilkeler, yasama ve yürütmede olduğu gibi, istisnai yetkiler olarak kabul edilirse, yargısal denetimin (anayasa yargısının) hukuk devletini gerçekleştirmek; çoğunluk iradesini sınırlandırmak ve hakları güvence altına almak; anayasal düzeni korumak işlevlerinden bahsetmenin imkânı kalmaz. Yargı fonksiyonu, hukuk toplumunu ve hukuk toplumunun sahip olduğu temel değerleri ve hukuk devletini korumak ve geliştirmek işlevi bağlamında, kaçınılmaz olarak, üstün bir fonksiyondur. Yargı bağımsızlığının bir anlamı da budur.

Yargısal işleve bir anayasal düzen içinde bu derece üstünlük tanımının yaratabileceği bütün olumsuzluklar, yargı işlevinin bir siyasal iktidar aracı hâline getirilmesini meşrulaştırmaz. Zira siyasal iktidar karşısında bağımlı bir alt iktidara dönüşmüş ve sınırlandırılmış bir yargı (ve anayasa yargısı) özgürlükçü anayasal düzeni korumak ve geliştirmek işlevinden yoksun olarak iktidarın ve çoğunlukların pekiştirilmesi aracı hâline gelmiş olur.

doğrultuda içtihadını yenilemesinin mümkün ve gerekli olduğunu ifade etmektedir. **YÜZBAŞIOĞLU**, Türk Anayasa Yargısında..., s. 196.

B. KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN YARGISAL DENETİMİ SONUCUNDA VERİLEN KARARLARIN HUKUKİ ETKİSİ

1. Kararların Kesinliği

Anayasa mahkemesi kararlarının kesinliğinden bahsedildiğinde Amerika modeli için de Avrupa modeli için de –hukuk sistemlerinin özgül şartları göz önünde bulundurulmak kaydıyla- aynı şeyden bahsedilmiş olur. Amerikan hukukundaki *stare decisis* ilkesi Kıta Avrupası'nın *kaziye-i muhkeme'si (res iudicata)* ile örtüşmesine de kanunun anayasaya aykırılık teşkil ettiğine ilişkin kararlar kesin kararlar olmak bakımından ortaktır.¹⁴¹⁸

Ocakçioğlu'na göre Anayasa Mahkemesi kararlarının kesinliği; bunlar aleyhine artık doğrudan doğruya ne Anayasa Mahkemesine ve ne de başka bir mercie hiçbir suretle başvurulamamasını, tavzih, yargılamanın iadesi, karar düzeltme istemlerinde bulunulamamasını ifade eder. Yazara göre kararın yürürlüğe girmiş olmasının ertelenmesi ya da kararın *inter partes* verilmiş olması kararın kesinliğini etkilemez.¹⁴¹⁹

Kararın kesinliği iki anlamda kullanılır: şekli anlamda kesinlik, maddi anlamda kesinlik. Şekli anlamda kesinlik, verilmiş olan karar aleyhine başkaca bir olağan hukuk yolunun kalmamış olmasını ifade eder. Buna göre, bir mahkeme tarafından verilen bir karar, bir üst mahkemenin incelemesine tabiyse artık kararın şekli kesinliğinden bahsedilemez. Buna karşılık, bir mahkeme kararı karşısında artık o hukuk sistemi içinde gidilecek başka bir hukuki yol kalmamışsa, kararın şekli kesinliğinden bahsedilebilir. Amerikan sistemi içinde kanunların anayasaya aykırılığını tespit eden yargısal merci, Federal Yüksek Mahkeme olduğu için ve Yüksek Mahkeme kararları aleyhine bir başka yargısal makama itiraz imkânı da bulunmadığı için kararlarının şekli anlamda kesin olduğundan bahsetmek mümkündür. Aynı şekilde Avrupa modeli anayasa mahkemeleri de faaliyette buldukları devletlerde, kararlarına karşı herhangi başka bir yola başvurulamayan

¹⁴¹⁸ **GÖZLER** Kemal, “*Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine*”, AÜHFD, C. 56, S. 2, 2007, ss. 45-61; **KILLIAN** Johnny H./ **COSTELLO** George A./ **THOMAS** Kenneth R. (Co-Editors), *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, Washington 2004, s. 748-750.

¹⁴¹⁹ **OCAKÇIOĞLU**, “*Anayasa Mahkemesi...*”, s. 571-572.

mahkemelerdir. Bu anlamda anayasa mahkemesi kararlarının da şekli açıdan kesin kararlar olduğunu söylemek mümkündür.¹⁴²⁰

Anayasaya uygunluk denetimi sonucunda verilen kararların maddi anlamda kesinliği söz konusu olduğunda bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, bir normun anayasaya aykırı olmadığına ilişkin kararlar maddi anlamda kesin karar değildir. Zira aynı norm aleyhine daha sonra tekrar anayasaya aykırılık iddiasıyla anayasa mahkemesine başvuru imkânı mevcuttur. Türk hukuku bakımından anayasaya aykırı olmadığı tespit edilen kurallar için geçerli olan on yıllık süre dahi, kararın kesin olduğunu söylemek için yeterli değildir.¹⁴²¹

Anayasa Mahkemesi de kararların kesinliği konusunda ret ve kabul kararları arasında bir ayırım yapmak gerektiğine, 1973 yılında vermiş olduğu bir kararında işaret etmektedir: “*Gerçekten de Anayasa'nın değişik 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Kesin yargı kararı, bilindiği gibi, kararı veren mahkemece veya başka bir yargı yerince yeniden incelenip değiştirilmesi olanağı bulunmayan karar demektir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırılık iddialarına ilişkin kararları Anayasa'nın değişik 149. veya değişik 151. maddelerine dayanılarak yapılmış belli istemler üzerine verilebileceğinden böyle bir kararın kesinliği de o kararın verilmesini gerektiren belli dava veya itiraz açısından söz konusu olabilir. Bu durumun sonucu olarak belirli bir dava veya itirazın karara bağlanması genellikle aynı konuda bir başka dâva veya itirazın Anayasa Mahkemesine getirilmesine veya bu mahkemede incelenmesine engellik edemez.*

Ancak Anayasa Mahkemesi kararının olumlu veya olumsuz oluşudur ki duruma bir değişik yön getirir. Çünkü iptal kararları ile dava veya itirazın reddine ilişkin kararlar arasında açık bir ayırım vardır. İptal kararları, Resmî Gazete'de yayımlandıkları günde ve ayrıca yürürlük günü belirtilmişse o günde iptal konusu kuralları yürürlükten kaldırır. İptal dolayısıyla artık yürürlükte bulunmayan bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre böylece çözülmüş konuların bir daha mahkemeye, gelmesi düşünülemez. Gelse de yeniden incelenmesinin gereği ve konusu olamaz ve iş karar verilmesine yer bulunmadığı yolunda bir sonuçla kapanır. Davanın veya itirazın reddi ile sonuçlanmış işlere konu olan kurallar ise yürürlükte kalmış ve kararlar belirli durumlara ve koşullara

¹⁴²⁰ HEKİMOĞLU, Alman Hukuku Işığında..., s. 267-268.

¹⁴²¹ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 920-921.

dayanmakta bulunmuştur. Kararın bağlayıcılığı da bu kapsam içinde, belirli bir dava ve itiraz bakımındadır. Durumların ve koşulların değişmesi halinde sonucun da değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunup bulunmadığı ise ancak yeni başvurunun incelenmesi sonunda anlaşılabilir.”¹⁴²²

Buna karşılık, bir yargısal merciin, denetlediği normun anayasaya aykırı olduğunu tespit etmesi hâlinde verdiği karar maddi anlamda kesin bir karardır.¹⁴²³ Kararın maddi anlamda kesinliği, artık herkes için hüküm ve sonuç doğurmasını; bağlayıcı olmasını ifade eder. Anayasa mahkemelerinin vermiş olduğu kararların bağlayıcılığı her zaman aynı şeyi ifade etmez.

2. Kararların Bağlayıcılığı

Armağan, anayasa mahkemesinin kararlarının bağlayıcı olmasından, “devletin yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarının; gerçek ve tüzel kişilerin” bu karara uygun olarak hareket etmesi zorunluluğunun anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda; eğer bir iptal kararı söz konusu ise artık ortada geçerli bir norm bulunmayacağı için, iptal edilen norma uygun hareket hukuka aykırı hâle gelir. Eğer bir ret kararı söz konusu ise, geçerli ve yürürlükteki norma aykırı davranış, doğal olarak, hukuka aykırılık teşkil eder. *Armağan*’a göre, yasama organının mahkeme kararını “etkisiz” kılmasının tek yolu, denetim konusu normun değiştirilmesi veya ilgasıdır.¹⁴²⁴

Armağan’ın anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bu tespiti, kararların “hüküm” kısmı bakımından isabetli ise de, gerekçeleri bakımından konu doktrinde tartışmalıdır.¹⁴²⁵ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı sorunu “anayasa” kavramına yüklenecek anlamla doğrudan bağlantılıdır.

Geleneksel olarak anayasa hukuku öğretisinde, anayasalar, yazılı-yazısız; katı-yumuşak; maddi-şeklî anlamda ikili tasnifler bağlamında ele alınır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, anayasanın üstünlüğünden ve bağlayıcılığundan bahsedilecekse, bu anayasanın yazılı ve sert bir anayasa olması gereklidir. Aksi takdirde anayasa kuralları üzerinde, keyfi ve konjonktürel değişmelere kapı açılabilir; ki bu durumda

¹⁴²² AYMK, E. 1972/56, K. 1973/11, K.T.: 06.03.1973.

¹⁴²³ KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi..., s. 209.

¹⁴²⁴ ARMAĞAN, Anayasa Mahkememizde..., s. 149.

¹⁴²⁵ KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi..., 225 vd.

da bir hukuk devleti olarak anayasal devletten değil belki bir “anayasalı devlet”ten bahsedilebilir.¹⁴²⁶

Şeklî anlamda anayasa, anayasa yapmakla yetkili bir organ tarafından belli bir usule göre yapılan ve değiştirilen anayasa olarak tanımlanabilir.¹⁴²⁷ *Wheare*'ye göre anayasa kavramı 1787 Amerikan Anayasası'ndan itibaren “*hükümetin örgütlenmesinin temel ilkelerini içeren yazılı bir belge*” olarak yerleşik biçimde kullanılmakta ise de bir anayasa, bir ülkenin hükümet sistemini yöneten ve düzenleyen hukuksal ve hukuksal olmayan kuralların toplamından ziyade bunlar arasından seçilmiş kuralları ifade eder. *Wheare*, bu anlamda bir “seçki”nin ancak dar anlamda anayasa kavramını karşılamak için kullanılabileceğini ifade etmektedir.¹⁴²⁸ Dar anlamda anayasa ya da şeklî anayasa, demokratik niteliği ağır basan, daha ziyade anayasa koyucu bir meclisin iradesinin yansımasıdır.

Ne var ki anayasa, sadece bir meclisin anayasa olduğunu iddia ettiği kurallardan ibaret sayılamaz. Geçerlilikleri anayasada düzenlenmiş olmasına bağlı bulunmayan öyle birtakım kurallar vardır ki, bunlar en az şeklî anayasa kuralları kadar “devlet örgütlenmesi”ne ilişkin düzenlemeler içerir. Bu kurallar farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Örneğin Fransız 1958 Anayasasının 46. maddesinde Anayasa tarafından “organik” olarak nitelendirilen bir dizi kanunun, alelade kanunlardan farklı bir usulle kabul edilip değiştirileceği düzenlenmektedir. Fransız hukukunda organik kanunlar ancak Anayasa Konseyi tarafından anayasa uygun bulunduktan sonra onaylanıp yürürlüğe girerler. Bu açıdan organik kanunların anayasaya aykırı olmaması gerekir. Ancak alelade kanunların da organik kanunlara uygun olması gerekmektedir.¹⁴²⁹

Anayasada düzenlenmiş kuralları tamamlayan kurallar alelade kanunlardan ibaret de olabilir. Bu duruma örnek olarak seçim kanunları gösterilebilir. Gerçekten de “parlamento hukuku” anayasada düzenlenebilecek kadar önemli bir kurallar dizgesidir fakat genellikle kanunlarla düzenlenmiştir. Anayasanın kapsamı, şeklî anayasa kurallarından ve bunu tamamlayan kanunlardan ibaret değildir. Yargı kararları da anayasanın bir parçasıdır. Nitekim *Wheare*, yasama organlarının

¹⁴²⁶ CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 72; KUBALI, *Devlet Anahukuku...*, s. 50; SANCAR, ‘Devlet Akli’..., s. 53.

¹⁴²⁷ TEZİÇ, *Anayasa Hukuku...*, s. 146-147.

¹⁴²⁸ WHEARE, *Modern Anayasalar*, s. 1-2.

¹⁴²⁹ GÖZLER, “*Türk Anayasa Yargısında...*”, s. 84.

hukuksal kuralların tek kaynağı olmadığını ifade ederek Diceyci bir yaklaşımla anayasaların, mahkemeler tarafından yorumlanarak ortaya çıkartılan hukuk kuralları ile tamamlanıp değiştirilebileceğini ifade etmektedir. Nihayet yazar örf-adet kurallarının, teamüllerin, sözleşmelerin de anayasayı tamamlayan “hukuksal olmayan kurallar” olduklarını ifade etmektedir.¹⁴³⁰

Böylece anayasanın maddi anlamına ulaşılmış olur. Maddi anlamda anayasa “(D)evletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda bir kuralın anayasa kuralı olup olmadığına o kuralın içeriğine, neyi düzenlediğine bakılarak karar verilir. Bir kural, içerik itibarıyla devletin temel organlarının kuruluşu veya işleyişiyle ilgili ise, o kural anayasal niteliktedir.”¹⁴³¹ Buna göre maddi anlamda anayasa, bunları koyan organlar göz önünde bulundurulmaksızın, anayasal konulara ilişkin bütün kuralları ifade etmektedir.¹⁴³² Bu kuralların yazılı olup olmadıklarının bir önemi bulunmadığı gibi, yazılı kuralların da hangi belgelerde düzenlenmiş buldukları da bir önem taşımaz. Buna göre maddi anlamda anayasa kuralları bizzat (şeklî anlamıyla) anayasanın kendisinde yahut anayasal örf ve adetlerde, anayasal teamüllerde, yargı içtihatlarında yahut anayasal düzenle ilgili olan diğer kanun metinlerinde yahut hak ve özgürlükler bildirelerinde yer alabilir.¹⁴³³

Maddi anlamda anayasa düşüncesinin kabul edilmesi, *Wheare*'nin *Marshall*'dan yaptığı alıntıyla “*en azı ve hukuk kuralı olarak en azı*” düzenleyen bir şeklî anayasa yapmaya da imkân verir.¹⁴³⁴ Anayasanın münhasıran hukuk kurallarından ibaret olması ve mümkün olduğunca da kısa bir belge olması son tahlilde anayasa koyucunun –siyasal ve sosyal kültürün ve konjonktürün de etkisini göz ardı etmeden- vereceği bir karardır ve “en iyi anayasa hangisidir?” sorusu asla cevabı konusunda bir uzlaşımın sağlanabileceği bir soru değildir. Bununla birlikte, hukuk devletinin ya da liberal düşüncenin gerektirdiği anayasanın “hukuksal olandan başka bir şeye yer vermeyen ve en kısa biçimde kaleme alınan katı bir anayasa” ile onu tamamlayan bir maddi anayasa olduğunu söylemek mümkündür.

¹⁴³⁰ WHEARE, Modern Anayasalar, s. 1, 4.

¹⁴³¹ GÖZLER, Anayasa Hukukuna..., s. 13.

¹⁴³² TEZİÇ, Anayasa Hukuku..., s. 146.

¹⁴³³ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 63; KABOĞLU, Anayasa Hukuku..., s. 14-15; KUBALI, Devlet Anahukuku..., s. 59.

¹⁴³⁴ WHEARE, Modern Anayasalar, s. 45.

Maddî anlamda anayasa ve geniş anlamda anayasa doktrinde özdeş biçimde kullanılmakla beraber aralarında bir nüans mevcuttur. *Atay* anayasanın geniş anlamının “*önemli bir ölçüde*” maddi anlamda anayasa kavramıyla örtüştüğünü ifade etmekle birlikte geniş anlamda anayasanın ifadesini “*şekli anayasa ile birlikte maddi anlamda anayasa anlayışının sonucu kabul edilen bütün kuralları*” -yazılı biçimde düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın- ifade ettiğini belirtmektedir.¹⁴³⁵ *Eroğul* devletli toplumlarda siyasetin kuralla bağlılığının bir zorunluluk olduğunu ifade etmektedir; ancak bu kuralların her zaman önceden ve açık biçimde ortaya konulması gerekmez. Bazen kural, uygulamaya bakılarak da tespit edilebilir. İşte bir devlet içinde siyasal düzeni kuran ve işleyişini gösteren kurallar bütününe anayasa adı verilir. Bu, geniş anlamda anayasa; devletin temel kurallarını değil de bu kuralları içeren temel belgeyi ifade edecek şekilde anlaşılıp kullanıldığı zaman da dar anlamda anayasadan bahsedilmiş olur. Dar anlamda anayasaların, siyasal düzenin bütün kurallarını içermesi teorik ve teknik olarak mümkün değildir.¹⁴³⁶ Böylece, siyasal düzenin kurallarının açığa çıkartılması son tahlilde “anayasanın anlamının bulunmasına ilişkin bir faaliyet” olarak belirir. Devlet teorisinin geldiği nokta ise bu faaliyetin yürütme ve yasama kadar, hatta bunlardan daha fazla, yargısal işlevin yetkisi dâhilinde olduğudur.

Bu yaklaşım kabul edilirse yani anayasanın bir de geniş anlamının bulunduğu varsayılırsa –ki bu kabulün de hatalı olduğu söylenemez- hukukun yönetimi ile teşhis edilen hukuk devletinin ve bu ilkenin atf yaptığı “siyasal iktidarın keyfiliklerinin sınırlandırılması suretiyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı” devlet ilkesi ile bütün bir anayasacılık felsefesinin gerektirdiği anayasanın “geniş anlamda anayasa” olduğu söylenebilecektir: Hukukun genel ilkelerinin, uluslararası ve ulusal yargı yerlerinin içtihatlarının, haklar ve özgürlükler belgelerinin biçimlendirdiği bir siyasal düzen kuralları dizgesi olarak anayasa. Bu bakış açısına göre Anayasa geniş anlamda ele alındığında başta devletin kurumsal yapısını yaratan; bu yapının eylem ve işlemleri ile bu eylem ve işlemlerin usullerini gösteren; bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen; devletin ve hükümetin şeklini gösteren yasamadan

¹⁴³⁵ **ATAY**, “*Anayasa Kavramının...*”, s. 511-512.

¹⁴³⁶ **EROĞUL**, *Anatüze* Giriş, s. 17 vd.

yahut yargı organlarından kaynaklanan ya da uygulanmakla şekillenen kurallar bütünü ifade edilmektedir.¹⁴³⁷

Anayasa, geniş anlamıyla ele alındığında ise artık anayasa mahkemesi kararlarının gerekçesinin mi yoksa sadece hüküm kısmının mı bağlayıcı olduğu gibi tartışmalar da; Mahkemenin kendisine anayasa ile verilmiş olmayan bir yetkiyi kullanıp kullanamayacağına ilişkin tartışmalar da anlamlarını yitirmiş olacaktır. Bu noktada *Wheare*'ye bir kere daha müracaat etmek yararlıdır: Yazara göre “*eğer bir Anayasa, kurduğu kurumları (organların) yetkilerine, ilişkileri bakımından, sınırlamalar koyuyorsa, mahkemelerin, kurumların fiilleriyle bu sınırlamaları aşmış olmadığına karar vermesi gerekmektedir ve bunu yaparken de yargıçlar Anayasanın ne anlama geldiğini söylemek zorundadırlar.*” Daha açık bir ifadeyle sorunun özü şudur: “*Anayasanın verdiği yetkiyle kurulan ve Anayasa tarafından verilen yetkileri kullanan her kurumun bu yetkilerin sınırlarını aşmaması görevleriyken, Mahkemelerin görevi, fonksiyonlarının doğaları gereği olarak, bu sınırların ne olduğunu söylemek olmaktadır.*”¹⁴³⁸ İşte bu hem mahkemelerin anayasaları yorumlamasının nedeni hem de mahkeme kararlarının, gerekçeler de dâhil olmak üzere, diğer bütün devlet organları ve kişiler için bağlayıcı olmasının nedeni ve nihayet hem de genel olarak yargı yerlerinin ve özel olarak da anayasa mahkemelerinin görev ve yetki çerçevesini belirlemekte son söz sahibi olmasının temel nedenidir.

¹⁴³⁷ **ÇAĞLAR**, Anayasa Bilimi, s. 39-63, 174 vd.; **FRIEDRICH**, Sınırlı Devlet, s. 45 vd, 129, 185 vd; **SARTORI**, Demokrasi Teorisine..., s. 323-356; **WHEARE**, Modern Anayasalar, s. 43 vd., 109-177.

¹⁴³⁸ **WHEARE**, Modern Anayasalar, s. 129-130. Yargıyı bir hukuk kaynağı, devlet organlarının –bu arada yasamanın da- hukuka uygunluğunun denetim mercii, anayasanın son sözünü söyleyen mercii olarak nitelendirmek, yargıya diğer bütün devlet organları, anayasa ve hukuk karşısında sınırsız ve denetimsiz bir rol vermek; yargıyı “egemen” hâline getirmek değildir. Mutlaka yargı lehine bir ifade kullanılacaksa en fazla yargının diğer devlet kuvvetleri yanında *primus inter partes* olduğu söylenebilir. Bununla birlikte “*Şurası vurgulanmalıdır ki, mahkemeler bir Anayasayı biçimsel yoldan değiştiremezler. Mahkemeler, Anayasaların içindeki yazılı her şeyi olduğu gibi kabul etmek zorundadırlar. Eğer bir değişiklik getireceklerse, bu ancak Anayasada yazılı sözlerin ve cümlelerin yorumu yoluyla olabilecektir. Mahkemeler verecekleri kararlarla bir cümleciğin veya kelimenin içeriğini özenle işleyebilirler; zarif ve daha tam bir duruma sokabilirler; daha önceki kararlarına ekler yapabilirler veya kararlarını değiştirebilirler; hatta bazen daha önce verdikleri kararları iptal edebilirler, yani tam tersi kararlar verebilirler.*” Aynı eser, s. 135. Bir başka ifadeyle anayasa mahkemesi karar verirken kanun koyucunun yerine geçemez ancak normu hukuka uygun biçimde özgürce anlamlandırabilir.

3. Hüküm ve Sonuçları Bakımından Anayasa Mahkemesi Kararları: Inter Partes mi Erga Omnes mi?

Anayasa mahkemesi kararlarının herkes için bağlayıcı olduğu, hemen her anayasada düzenlenmiş olmakla beraber Mahkeme kararlarının sadece somut olay bakımından hüküm ve sonuç doğurması da öngörülebilir.

Capalletti, Kelsen modeli anayasa yargısı ile Amerikan modeli anayasa yargısı arasında kararın etkilerine ilişkin temel bir farklılığın da, hükmün taraflar arasında veya herkes için sonuç doğurması olduğunu ifade etmektedir.¹⁴³⁹

Yukarıda belirtildiği gibi Avrupa modeli anayasa yargısı, iki temel karar ile teşhis edilir: iptal ya da ret. Ret kararlarının, herhangi bir anayasaya aykırılık hâlinin olmadığına ilişkin tespit niteliği göz önünde bulundurulduğunda, merkezîleşmiş anayasa yargısının anayasal düzeni korumak için elinde tuttuğu en etkili hukuksal yöntem iptal kararı olmaktadır.

Buna karşılık Amerikan modeli yargısal denetimde hâkimin, önüne gelen olayda anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü kanunu uygulamamaktan öteye gitmemesi gerektiği söylenir.¹⁴⁴⁰

Avrupa modeli anayasa yargısını benimsemiş olan Türkiye de 1982 Anayasasında Anayasa Mahkemesi kararlarının herkes için bağlayıcı olduğunu açıkça ifade etmiştir (AY m. 153/son). Anayasa Mahkemesi kararlarının herkes için bağlayıcılığı hem iptal hem de ret kararları için söz konusudur. Herkes için bağlayıcılık, karara icrai bir nitelik de kazandırmaktadır. Diğer bir ifadeyle anayasa mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi için başkaca bir işleme ihtiyaç bulunmamaktadır.¹⁴⁴¹

Bununla birlikte 1961 Anayasası, kararın *erga omnes* etkisinin yanında *inter partes* etkisini de kabul etmiştir. 1961 Anayasasının 152. maddesine göre: “Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir.”

¹⁴³⁹ CAPALLETTI, *Judicial Review...*, s. 85-86.

¹⁴⁴⁰ CAPALLETTI, *Judicial Review...*, s. 86.

¹⁴⁴¹ ARMAĞAN, *Anayasa Mahkememizde...*, s. 131; KÖKÜSARİ, *Anayasa Mahkemesi...*, s. 281-282; NARİN, *Türk Anayasa Mahkemesinin...*, s. 97-98.

Kaboğlu'nun da belirttiği gibi, hükmün *inter partes* etkisine Mahkeme ancak somut norm denetimi yolunda karar verebilir. Buna karşılık iptal davaları bakımından karar zorunlu olarak herkes için bağlayıcı olacaktır.¹⁴⁴² Hükmün yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurması istisnai bir durum olmakla birlikte iptal kararı verilemeyen hâllerde; örneğin anayasaya aykırılığı iddia edilen kanunun ilga edilmiş olması hâlinde, bir hak ihlali söz konusu ise hakkaniyete uygun bir sonuç doğurmaktadır. Mahkemeye tanınan bu imkân sayesinde ki, yasama organının bir kanunu kaldırmak suretiyle anayasal denetimin konusuz kalmasının da önüne geçilmiş olur ve mevcut bir hak ihlali karşısında güvence sağlanmış olur.¹⁴⁴³

Köküsarı, 1961 Anayasası döneminde Mahkemenin yalnız tarafları bağlayıcı bir tek kararını tespit etmiştir.¹⁴⁴⁴ 1376 sayılı 1971 Yılı Bütçe Kanununun 63 üncü maddesinin (k) fıkrasının, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 212 nci maddesi uyarınca memurların yararlanacağı yiyecek yardımının 1971 yılı bütçe döneminde uygulanmamasını kurala bağladığı gerekçesiyle açılan davada Danıştay, 1376 sayılı Kanunun söz konusu hükmünü Anayasa'nın 126 nci maddesindeki "*Bütçe Kanununa Bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz*" hükmüne aykırı görerek konuyu Anayasa Mahkemesinin önüne getirmiştir. "*1376 sayılı Kanun ve bu arada itiraz konusu hüküm; Anayasa'nın 126 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bir bütçe yılı için geçerli olduğundan, 1971 Bütçe Yılı, başka deyimle Şubat 1972 sonunda yürürlükten kalkmıştır. Ancak Kanunun sözü geçen kuralı, yürürlüğü sırasında, bir kimsenin öznel haklarını etkilemiş ve bu kimse de o yüzden Danıştay'a dâva açmış olduğu içindir ki Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenebilmesi ve şimdi yürürlükte olmayan bir hükmün iptalinin öngörülmesi söz konusu olabilmektedir.*" Böylece Anayasa Mahkemesi 1972 yılında verdiği kararında, yürürlükte olmayan fakat sübjektif bir hakkı ihlal eden kanun hükmünün olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacak şekilde iptal etmiştir.¹⁴⁴⁵

4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geçmişe Yürütülebilmesi Sorunu

Belirtildiği gibi, kanunlar açısından geçmişe yürütülmezlik hukuk devletinin bir gereğidir. Kanunun geçmişe yönelik sonuçlar doğurmasının en temel sakıncası,

¹⁴⁴² KABOĞLU, Anayasa Yargısı..., s. 150.

¹⁴⁴³ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 428.

¹⁴⁴⁴ KÖKÜSARI, Anayasa..., s. 280-281.

¹⁴⁴⁵ AYMK, E. 1972/26, K. 1972/38, K.T. 27.6.1972.

bu durumun hukuki öngörülebilirlik ilkesine aykırı olmasıdır. Buna karşılık idare hukukunda kural, idari yargı yerlerinin vermiş olduğu “iptal” kararlarının geçmişe yürütülmesidir. Böylece verilen iptal kararı ile ortadan kaldırılan idari işlemin hüküm ve sonuçları da kural olarak ortadan kaldırılmakta ve idari işlemde kaynaklanan hak ihlallerinin önüne geçilmektedir.¹⁴⁴⁶ Anayasa yargısında ise anayasa mahkemesi kararlarının geçmişe etkili olup olmadığı, daha doğru bir ifadeyle kararların geçmişe etkili olması gerekip gerekmediği, kolaylıkla çözümlenebilir bir sorun değildir.¹⁴⁴⁷ Nitekim kanunların ve idari yargıda iptal kararlarının geçmişe etkisi dahi kesin bir kuralı ifade etmez ve hakkaniyetin ve hukuk güvenliğinin gerektirdiği bazı istisnalara yer verir.

Örneğin ceza hukukuna ilişkin kuralların geçmişe yürütülmemesi esastır. Bununla birlikte eski kanunun sanığın aleyhine ve yeni kanunun da sanığın lehine olduğu durumlarda yeni kanunun sanığın lehine olan hükümleri geçmişe yürütülerek uygulanabilir.¹⁴⁴⁸ Aynı şekilde bir yargı yerince iptal edilmiş olan veya bir idare yerince geri alınan bir eylem ya da işlem başından beri yapılmamış sayılırken, eğer kazanılmış haklar mevcutsa artık bu hakların da korunması gerekecek ve iptal veya geri alma kararının geçmişe etkisinden bahsedilemeyecektir.¹⁴⁴⁹

Mukayeseli hukuk bakımından çeşitli uygulamalarla karşılaşmak mümkündür. *Cappalletti*'nin tespitine göre Amerikan modeli anayasa yargısında kanunun anayasaya aykırılığı ihzari niteliktedir ve geçmişe yürürlü olarak (*ex tunc*) sonuç doğurur. Buna karşılık Kelsen modeli anayasa yargısında Mahkemenin iptal kararların inşai nitelikte olduğu ve geleceğe yönelik olarak (*ex nunc* veya *pro futuro*) sonuç doğurduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁵⁰

Buna karşılık İtalya ve Almanya'da olduğu gibi bir karma sistemden de bahsetmek mümkündür. *Cappalletti*'nin açıklamalarına göre İtalya'da ve Almanya'da Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılık kararı kural olarak, *erga omnes* sonuç doğurmakta ve anayasaya aykırı kural herkes için geçersiz kılınmaktadır. Ancak bu ülkelerde –özellikle Almanya'da daha açık biçimde-

¹⁴⁴⁶ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 957.

¹⁴⁴⁷ AZRAK, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 151.

¹⁴⁴⁸ CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 100-102.

¹⁴⁴⁹ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 979, 984-986, 988; GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan, Ankara 2003, s. 555-556.

¹⁴⁵⁰ CAPPALLETTI, Judicial Review..., s. 88-90.

anayasaya aykırılık kararının geleceğe yönelik olarak değil fakat en başından beri, geçmişe yönelik olarak –*ex tunc*- hüküm doğurması kabul edilmektedir.¹⁴⁵¹

Kuzu, Alman hukukunda anayasa mahkemesi kararının geçmişe yürütülmesine ilişkin kabul gören temel argümanı şu şekilde ifade etmektedir: Geriye yürümezlik ilkesi anayasaya aykırı olduğuna karar verilen bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihten iptal edildiği tarihe kadar uygulanacağını kabul etmek anlamına gelir. Bu durum ise normlar hiyerarşisi ve anayasanın üstünlüğü ilkesi ile dolayısıyla da hukuk devleti ile bağdaşmaz ve hukuk karşısında devletin üstünlüğünü sonuçlar.¹⁴⁵²

Armağan, Avusturya’da soyut norm denetimi hâlinde iptal kararlarının geçmişe yürüyemeyeceğini buna karşılık somut norm denetiminde “*kanunun Anayasa Mahkemesine sevkine sebebiyet veren hadiseye kadar*” geriye yürüyebileceğini aktarmaktadır.¹⁴⁵³

Aliefendioğlu, Türk Anayasa yargısında iptal kararının inşai nitelikte olduğunu ve anayasa mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülmeyeceği kuralının geçerli olduğunu ifade etmektedir.¹⁴⁵⁴ 1961 Anayasasının 1488 S. K. ile değişik 152’nci ve 1982 Anayasanın 153’ncü maddelerine göre iptal edilen kural, iptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlükten kalkar. Mahkemenin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi bir yıldan fazla olmayacak şekilde geri bırakması mümkündür. Ayrıca iptal kararları geriye yürümez.

Ocakçioğlu’nun aktardığına göre Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürütülmeyeceğine ilişkin kuralın anayasaya konma sebebi “sosyal güvenlik” düşüncesidir. Bundan başka geriye yürümezlik, hukuk devletinin de doğal sonucudur.¹⁴⁵⁵ **Kuzu**’ya göre anayasa mahkemesi kararlarının geriye yürütülmezliği, kanunların geçmişe yürütülmemesine benzetilmiştir ve hukuk güvenliği ilkesine dayanır.¹⁴⁵⁶

Azrak’a göre anayasa mahkemesi kararların geçmiş yürümezliği ilkesi anayasa hukukunda yerleşmiş bir kuraldır. Ancak bu kuralın savunulmasında hukuki

¹⁴⁵¹ CAPPALLETTI, *Judicial Review...*, s. 90.

¹⁴⁵² KUZU Burhan, “*Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu*”, ss. 185-229, www.burhankuzu.gen.tr/dokuman/iptalkarari.pdf, E. T.: 01.06.2010.

¹⁴⁵³ ARMAĞAN, *Anayasa Mahkememizde...*, s. 140.

¹⁴⁵⁴ ALİEFENDİOĞLU, *Anayasa Yargısı...*, s. 300.

¹⁴⁵⁵ OCAKÇIOĞLU, “*Anayasa Mahkemesi...*”, s. 574-575.

¹⁴⁵⁶ ARMAĞAN, *Anayasa Mahkememizde...*, s. 137; KUZU, “*Anayasa Mahkemesinin...*”, s. 197-198.

mülâhazalardan ziyade pratik bazı kaygılar etken olmuştur. Bu kaygılardan bir tanesi, kazanılmış haklara saygı ilkesi ve diğeri de hukuk güvenliği ilkesidir. Ne var ki kimi zaman hukuk güvenliği ilkesine sıkı biçimde riayet etmenin adalet ilkesine aykırı olması mümkündür. Örneğin anayasaya aykırı bir kanuna dayanılarak verilen bir “emeklilik maaşının bağlanması talebinin reddi” hâlinde anayasa mahkemesi kararının geri yürütülmemesi hâlinde doğacak adaletsizlik, hukuki güvenliğin üzerindedir.¹⁴⁵⁷ Bu nedenle geriye yürümezlik mutlak bir kural olarak ele alınmamalı, her somut olay bakımından kamu yararı, kamu düzeni, hukuki istikrar, kazanılmış haklar, eşitlik, hakkaniyet testlerine tâbi tutulmalıdır.¹⁴⁵⁸

Anayasa Mahkemesi de kanunların ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürütülemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Buna karşılık somut norm denetimi sonucunda verilen kararların geriye yürüyeceği uygulamada kabul edilmektedir. Aynı şekilde gerek kanunlar gerek Anayasa Mahkemesi kararları bakımından geçerli olan geriye yürümezlik kuralı mutlak bir kural değildir. Geriye yürümezlik kuralının da, kuralın istisnalarının da dayanağı hukuk devleti düşüncesidir.¹⁴⁵⁹

¹⁴⁵⁷ **AZRAK**, “Anayasa Mahkemesi...”, s. 160.

¹⁴⁵⁸ **KUZU**, “Anayasa Mahkemesinin...”, s. 200.

¹⁴⁵⁹ **AYMK**, E. 2007/144, K. 2009/148, K.T. 15.10.2009; **AYMK**, E. 2005/35, K. 2008/62, K.T. 21.2.2008, Üye Şevket Apalak’ın “Azlık Oyu”; **AYMK**, E. 1989/11, K. 1989/148, K.T. 12.12.1989, Üye Yekta Güngör Özden’in Karşı Oy Yazısı; “Anayasanın 152. maddesinin üçüncü fıkrası, iptal kararının geriye yürümeyeceği hükmünü koymuş olmakla birlikte bu hüküm, Anayasaya aykırı yasaların iptali için açılmış olan davaların görülmesine engel olmaz. Toplumsal huzur düşüncesiyle konulduğu, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporundan anlaşılan Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği hükmünün, doğrulacağı sonuçların belli edilmesi uygulama ile ilgili bir konudur ve Anayasa Mahkemesinin görevini etkileyecek nitelikte değildir.” **AYMK**, E. 1963/124, K. 1963/243, K.T. 11.10.1963; **AYMK**, E. 1980/10, K. 1980/69, K.T. 11.12.1980; “Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.” **AYMK**, E. 2008/70, K. 2010/21, K.T. 28.1.2010; “Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.”, **AYMK**, E. 2008/19, K. 2010/17, K.T. 28.1.2010; “Hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, yasalar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıkçı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.

V. ÇAĞDAŞ HUKUK DEVLETİNİN IŞIĞINDA YARGISAL DENETİMİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

Demokrasi, eski Yunan’da ortaya çıkmış bir yönetim biçimidir. Yukarıda da ifade edilmeye çalışıldığı gibi “insanların değil kanunların yönetimi” maksimine göre yönetilen Site, aynı zamanda demokrasinin de beşiği olmak özelliği taşır. Bugünkü kullanımına nazaran daha ziyade bir aristokrasiyi andırsa da Atina demokrasisi, “yurttaşların iradesi ile yaratılan ve Ephorlar Meclisi tarafından denetlenen hukukun yönetimi” olmak bakımından; çok özenli bir biçimde kullanılmak şartıyla, “halk egemenliği ilkesi” ile “hukukun üstünlüğü” ilkelerinin bir birleşimidir. Bu birleşim içinde demokratik ilkenin ağırlıklı olduğu söylenebilir.

Bugün de hukuk devleti, demokrasi ile birlikte düşünülmektedir.¹⁴⁶⁰ Bazı anayasalar, bu birlikteliği doğrudan ifade etmektedir.¹⁴⁶¹ Bazı anayasalar da hukuk devletini (bunu gerçekleştirilmeye yönelik hukuki araçlara yer vermek suretiyle) örtülü olarak kabul etmekle birlikte, devletin demokratik niteliğini ayrıca vurgulamaktadır.¹⁴⁶² Her hâlde hukuk devleti ve demokratik devlet, bugün yine antik dönemlerinde olduğu gibi, ancak bu kez farklı kavramlarla olmakla birlikte, bir arada ele alınmaktadır. Genellikle anayasal demokrasi ya da *Stark*’ın “*demokratik anayasal devlet*” şeklinde kavramsallaştırdığı bu birleşim yazara göre son iki yüzyıl içinde, Avrupa’daki ve ABD’deki gelişmelerin bir sonucudur.¹⁴⁶³ Bugün gelinen nokta, bir şekilde halkın iradesi ile ilişkilendirilen bir hukukun üstün ve bağlayıcı kılınmasıyla teşhis edilir. Antik örneği karşısında bu yeni yaklaşımın “hukuk” ağırlıklı olduğunu söylemek de mümkündür.¹⁴⁶⁴

Öte yandan kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadaki önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımaz.”AYMK, E. 2007/44, K. 2009/148, K.T. 15.10.2009.

¹⁴⁶⁰ CANIKLIOĞLU, *Anayasal Devlette...*, s. 80 vd.; İZVEREN, *Hukuk Felsefesi*, s. 167-168; ÖZBUDUN, “*Demokrasiye Geçiş...*”, s. 361; Türk Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki yaklaşımı için KÜÇÜK, “*Hukuk Devleti...*”, s. 415 vd.

¹⁴⁶¹ 1982 Türkiye Anayasası açıkça Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu ifade etmektedir.

¹⁴⁶² Bu tür anayasalar için de Amerikan Anayasası örnek gösterilebilir.

¹⁴⁶³ STARCK, “*Anayasal Demokrasi...*”, s. 25.

¹⁴⁶⁴ Bu yönde Malleon, (hukuk devletinin bir unsuru olarak) bağımsız ve güçlü bir yargının sağlıklı bir demokrasinin özelliği olduğuna işaret etmektedir. Bununla birlikte yazarın dikkat çektiği bir diğer nokta da hakimlerin ve hakimlerin atanma sürecinin “bağımsızlığı” ile “demokratik hesap

Sancar, bu açıdan demokratik ilkenin yargı ekseninde yeniden tanımlanmasıyla teşhis edilen anayasal demokrasiden bahsederken **Çağlar**'a atıf yapmaktadır.¹⁴⁶⁵ **Çağlar**'a göre “(b)ugün Demokrasi ‘Hukuk’la da tanımlanmakta ve Yargı ile yenilenen Devlet anlayışı ‘Anayasal Demokrasi’nin özelliği sayılmaktadır.”¹⁴⁶⁶ Ancak **Sancar**'ın bu noktada bir çekincesi vardır. Yazar “hukuk devleti” olgusunun Alman algısının, *Rechtsstaat*'ın, İngiliz *the rule of law* geleneğinin aksine bir hukukun yönetimini değil fakat yönetimin hukukla bağlılığını ifade ettiğini belirtmektedir. Yazara göre bu ayrım; *Rechtsstaat*'ın, hukuku otoriterizmin önünde bir engel olmaktan alıkoymasının; buna karşılık *rule of law*'un bir demokratik geleneğin güvencesi olarak geliştiğinin bir ifadesidir. Bu açıdan **Sancar**'da, anayasal demokrasi kavramını ya da yargısal denetimin karakterize ettiği demokratik düzeni “*tarihsel Alman hukuk devleti modelini canlandırmanın bir formülü*” olarak okumak mümkündür. Yazara göre, ancak “*Alman geleneğine indirgenmemiş hukuk devleti kavramının çoğulcu demokrasiyle sıkı bir içsel bağlantı içinde bulunduğu*” söylenebilir.¹⁴⁶⁷

Troper, “halkın ya da temsilcilerinin yönetimi” anlamıyla bir demokrasinin hukuk devleti ile bağdaşabilir olmadığını ifade etmektedir. Yazarın yaklaşımına göre hukuk devleti-demokrasi ilkelerinin bir arada düşünülmesi, ancak demokratik ilkenin anlamında bir değişikliğin meydana gelmiş olmasıyla mümkündür. Bu değişiklik, demokrasinin artık bir “çoğunluk tahakkümü” olmaktan uzaklaşması ile gerçekleşmiştir. Geri dönüşü olamayacak biçimde halka (ya da millete) ait olan egemenliğin ifadesi artık münhasıran halkın temsilcileri aracılığıyla değil fakat toplumu bir bütün olarak bir arada tutan bir dizi ilke ve değer şeklinde de belirlemektedir. İşte bu ilke ve değerler, **Troper**'nin de işaret ettiği gibi, hukuk devleti kapsamında düşünülmektedir. Buna göre yasama, halkın iradesine uygun olmayan bir kural koyarsa artık bunun ortadan kaldırılması ya da kuralın halkın iradesine

verebilirliğinin” bir arada düşünülmesinin bir “ikilem” teşkil edebileceğidir. Nihayet, yazar yargı yerlerinin demokratik meşruluğu adına ülkenin en yüksek yargısal mercilerine yönelik “partizan” müdahalelerin en çok yargıya zarar vereceğini ifade etmektedir. Zira ülkenin en yüksek yargısal mercilerinin yegâne ihtiyacı en kalifiye hakimler ve hukukçulardır. **MALLESON** Kate, “*Introduction*”, içinde: *Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World*, Ed. Kate Malleson/Peter H. Russell, University of Toronto Press, Toronto 2007, ss. 3-10, s. 4-6.

¹⁴⁶⁵ **SANCAR** Mithat, “*Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?*”, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 44-57, s. 44.

¹⁴⁶⁶ **ÇAĞLAR**, “*Hukukla Kavranan...*”, s. 237.

¹⁴⁶⁷ **SANCAR**, “*Anayasal Demokrasi...*”s. 54-57.

uygun biçimde anlamlandırılması da mümkün olacaktır. Bu kurguda “halkın iradesi” kavramını muğlak bir ifade olmaktan çıkartarak hukuksallaştıran “anayasa”dır. “*Bu ilkelerin anayasada öngörülmediği durumlarda bile bunların... ‘ebedi halk’ın ya da ‘aşkın halk’ın iradesinin ifadesi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu iradeyi benimsetmek ve böylece ‘halk iradesinin son sözü söylemesi gerektiğini ortaya koymak’ anayasa yargıcına düşer.*” Yazarın buradan çıkarttığı sonuç şudur: İlkelerin ve değerlerin hâkimiyeti ile teşhis edilen bir demokrasiye rengini veren yargısallaşma, siyasal iktidarın el değiştirmesi anlamına gelir.¹⁴⁶⁸

Çağlar’a göre klasik demokrasilerden farklı olarak “hukukla kavranan demokrasiler”de anayasa yargısı, geleneksel iktidar aktörlerinin yerini alarak gerçek bir “*policy maker*”a dönüşmektedir. Bu açıdan yazar, yargısal denetimin de salt bir usuli denetimden ibaret olamayacağını vurgulamakta, eğer hukukun “değerlerin normatifleştirilmesi” şeklinde bir tanımı yapılabilecekse, yargıç yaratısı hukukun da bu değerlerden bağımsız biçimde düşünülmemeyeceğini ifade etmektedir.¹⁴⁶⁹

Bu değerlerin başında “insan hakları” düşüncesi gelmektedir. Kişinin sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu hakları olarak tanımlanan insan hakları; en üstün ahlaki talepler olarak pozitif hukukun üzerinde bir anlama ve varlık alanına sahiptir.¹⁴⁷⁰ Bu hakların siyasal iktidarı sınırlandıran bir etkinliğe kavuşturulması ise onların hukuksallaştırılmasına bağlıdır.¹⁴⁷¹ İşte yargısal denetimi, hukuk devletinin etkin bir aracı hâline getiren, mahkemelerin –konumuz bakımından anayasa mahkemelerinin- “hak eksenli denetimi”dir. “*Buna göre anayasayla belirlenen ve çoğunluğun da müdahale edemeyeceği temel hak ve özgürlükler vardır. Bu hak ve özgürlüklere yönelik en ciddi tehlike çoğunluğun desteğini arkasında bulan siyasal iktidardan gelmektedir. O halde, ‘karşı çoğunlukçuluk’ temelinde hakların korunması bizzat çoğunluğun insafına bırakılamaz. Hesap verebilirlik ve siyasal*

¹⁴⁶⁸ **TROPER** Michel, “*Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi*”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 12-24, s. 12-23. Gerçekten de anayasacılık geleneği, yalnız belirlenmesi anında değil fakat kullanılması esnasında da siyasal iktidarı her bir eylem ve işleminde bir meşruluk ve rasyonellik testine tâbi tutar. Ve gerçekten eylem ve işlemleri “üzerinde uzlaşmış bir üstün hukuka uygunluğu” bakımından etkin ve etkili biçimde denetlenen bir siyasal iktidar, bireysel özgürlüklerin güvencelendiği bir alanı inşa etmek için elverişlidir. **CANIKLIOĞLU**, Anayasal Devlette..., s. 169 vd., 194 vd.

¹⁴⁶⁹ **ÇAĞLAR**, “*Hukukla Kavranan...*”, s. 238, 255.

¹⁴⁷⁰ **UYGUN** Oktay, “*İnsan Hakları Kuramı*”, içinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, ss. 13-44, s. 13-14.

¹⁴⁷¹ **GÜLSOY**, Özgürlüklerin..., s. 135.

*sorumluk bakımlarından rahat olan yargıçların bu konuda daha iyi bir koruma sağlayacağı varsayılabilir.*¹⁴⁷²

Hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının en geçerli yönteminin bu hakları yazılı ve katı anayasalarda tespit etmek olduğu ifade edilmektedir. Buna göre anayasalar ayrıca, düzenlenmiş olan hakların hangi kapsam ve yöntemle sınırlandırılabilirliğini de gösteren kuralları içermelidir. Bundan başka, temel haklara yönelik olarak gerçekleşebilecek potansiyel tehditler karşısında güçlü bir yargısal koruma da sağlanmalıdır. Bu korumanın günümüzde en etkin biçimde anayasa mahkemeleri tarafından gerçekleştirileceği ifade edilmektedir.¹⁴⁷³

XX. yüzyılın ikinci yarısında itibaren insan haklarının korunması devletlerin iç işleri olmaktan çıkmış; yargısal korumanın alanı ulusal mahkemelerden uluslararası ve ulusüstü yargı yerlerine genişlemiştir. **Turhan** da **Bobbio**'ya atıfla içinde yaşadığımız çağın bir "haklar çağı" olduğunu ifade ederken, bu durumun artık anayasaların "özgürlükçü" yorumunu zorunlu kıldığını vurgulamaktadır.¹⁴⁷⁴ Nitekim özgürlükler ve hukuk devleti gibi insan hakları da batı kültür çevresinin bir unsuru olarak değerlendirilmekte ve ulusal yargı yerlerinin, uluslararası düzenleme ve uygulamaları göz ardı etmemesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁷⁵

Eroğul, çağdaş demokrasilerin, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaları anayasallaştırmış olduklarına işaret etmektedir. Yazar bu açıdan anayasa mahkemelerinin yargısal denetim esnasında uluslararası andlaşmaları doğrudan uygulaması gerektiğini bunun hukuk devletinin bir gereği olduğunu vurgulayarak ifade etmektedir. **Eroğul**'a göre anayasasında insan haklarına ve hukuk devletine atıf yapan bir devletin sadece taraf olduğu uluslararası andlaşmalara değil fakat tarafı olmadığı insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerin temel prensiplerine de riayet etmesi gerekir.¹⁴⁷⁶

Kaboğlu da aynı yönde çağdaş hukuk devletine anlamını veren demokratikleşme sürecinde insan haklarının anayasa yargısı için temel bir değer

¹⁴⁷² ARSLAN, Anayasa Teorisi, s. 185.

¹⁴⁷³ GÜLSOY, Özgürlüklerin..., s. 138-140; HAKYEMEZ, Hukuk ve Siyaset..., s. 189; YÜZBAŞIOĞLU Necmi, "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", içinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, ss. 397-406, s. 398-405.

¹⁴⁷⁴ TURHAN Mehmet, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", AÜSBFD, C. 62, S. 3, ss. 379-404, s. 380.

¹⁴⁷⁵ FROWEIN A. Jochen, "İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu", AYD, C. 9, 1992, ss. 111-115.

¹⁴⁷⁶ EROĞUL Cem, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", AYD, C. 20, 2003, ss. 196-213.

olduğunun altını çizerek henüz anayasalarda tanınmamış olan hakların dahi anayasa mahkemesi içtihadı ile güvencelenebilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre insan hakları bir süreçtir ve anayasa yargıcının kendisini bu sürecin dışında bırakması, anayasa yargısının var oluş sebebi ile çelişir.¹⁴⁷⁷

Çağdaş hukuk devleti, anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlükleri korumak işlevini bu hakları geliştirmek işlevi ile pekiştirmekte ve “yasama organının kanunlarına” ek olarak anayasa mahkemelerinin temel haklara ilişkin “norm yaratmak” faaliyetleri artık erkler ayrılığı ilkesine aykırılık olarak algılanmamaktadır. Bu doğrultuda **Fendoğlu** da anayasa mahkemelerinin temel hakları koruyucu işlevlerinin yanında, “norm yaratmak suretiyle” temel hakları “zenginleştirmek” işlevinden bahsetmekte ve anayasa mahkemelerinin sadece anayasa metnine değil fakat “geçerliliği yazılı biçimde düzenlenmiş olmasına bağlı olmayan üstün hukuk ilkelerine” de uygun bir denetim gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazar bu açıdan anayasaların da değişmiş olan anlamına atıf yapmakta ve anayasanın münhasıran anayasa olarak nitelendirilen metinden daha fazlasını ifade ettiğini vurgulamaktadır.¹⁴⁷⁸ **Teziç**, anayasa yargıcının hukuk yaratamayacağını ileri sürmenin anayasa yargısının varlığı ile çeliştiğini ifade etmektedir zira anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını gerçekleştirmenin tek yolu içtihattır. Yazara göre anayasa mahkemesinin hukuk yaratma fonksiyonunu kabul etmemek temelde anayasa yargısına karşı olmakla eş anlamlıdır.¹⁴⁷⁹

Çağlar, Avrupa’da anayasa mahkemelerinin temel hak ve özgürlükler konusunda vermiş oldukları kararların büyük sayılara ulaştığını ifade etmekte; mahkemelerin temel haklar konusundaki bu “norm yaratıcı” kararları ile ortaya çıkan külliyyatın da “içtihadi anayasa” kavramı ile karşılanabileceğini belirtmektedir.

¹⁴⁷⁷ **KABOĞLU** İbrahim Ö., “*İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı*”, AYD, C. 9, 1992, ss. 121-136, s. 135-136.

¹⁴⁷⁸ **FENDOĞLU**, “*Uluslararası...*”, s. 364.

¹⁴⁷⁹ **TEZİÇ**, “*Kanunların...*”, s. 22. Kaboğlu’na göre anayasa mahkemeleri kullandıkları pretoryen yetkiyle anayasalarda yazılı biçimde düzenlenmiş olmayan haklar yaratmaktadır. Yazar bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi’nin anayasada düzenlenmiş bulunmayan “kişi özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, bilgi edinme özgürlüğü” gibi bir dizi özgürlüğün varlığını tanıdığını aktarmaktadır. Aynı yönde Fransız Anayasa Konseyi de “anayasal değerlerde ilkeler” geliştirerek geniş bir hak ve özgürlükler katalogu ortaya koymuştur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de temel hakları insan onuru bağlamında ele alarak, hakların bir bütün olarak, bir değerler sistemi olarak ele alınması gerektiğini içtihat etmiştir. Nihayet İtalyan Anayasa Mahkemesi de “ihlal edilemez haklar” kavramından “onur hakkı”, “özel yaşam hakkı” gibi temel haklar istihrac etmeyi bilmiştir. **KABOĞLU**, *Anayasa Yargısı...*, s. 189-190; Ayrıca bkz. **FENDOĞLU**, “*Uluslararası...*”, s. 365.

Çağlar'a göre içtihadi anayasa, politik anayasaların aksine, kamu iktidarının düzenlenmesine değil fakat temel hak ve özgürlüklerin zenginleştirilmesine odaklanmıştır. Bu açıdan anayasaya devletin gözlüğüyle değil fakat sivil toplumun gözlüğüyle bakmayı gerektirir. Bir başka ifadeyle içtihadi anayasa, anayasanın “toplumsal” boyutunu, “siyasal” boyutu karşısında öne çıkartmıştır. Yukarıda, içtihadi anayasanın mekânının sivil toplum olduğuna ilişkin yaklaşıma yapılan atfin anlamı da budur.¹⁴⁸⁰ Politik anayasacılık, bir “düzenleme alanı” olarak Hayekçi bakış açısından kurucu rasyonalist yaklaşımla ilişkilendirilebilirken; içtihadi anayasa evrimci rasyonalizmin bir yansımasıdır. Burada “*Anayasa yargıçları yazılı anayasa kurallarını, önce öldürür, sonra, çok kere ‘Kurucu Babalar’ın yerine geçip içtihatla yeniden yaratır.*”¹⁴⁸¹

“Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi” başlığını taşıyan bu çalışmanın temel savı, hukuk devletinin farklı zaman ve mekânlarda farklı şekillerde karakterize edildiğidir. XX. yüzyıldan itibaren hukuk devletini teşhis eden temel özellik anayasa yargısı olmuştur. Bu nedenle anayasa yargısı ile hukuk devleti arasında vazgeçilemez bir bağıllık ilişkisi vardır. Anayasa yargısı bir yönüyle hukuk devletini gerçekleştiren bir araçtır ve buna karşılık hukuk devleti de anayasa yargısının meşruluk temelini inşa eden bir ilkedir. Böylece anayasa yargısı, hukuk devletinin taşınması gerektiğini savduğumuz değerleri bünyesine dâhil ettiği ölçüde “hukukun yönetimi”ne katkı yapmış olacaktır. Belirtildiği gibi, bu temel değerler, bir anayasal düzen içinde, bireyin varlığının ve haklarının korunması ve bu amaçla siyasal iktidarın bu yaratılan alanla sınırlandırılmasıdır. Anayasa mahkemelerinin bireysel hakların korunması konusunda geldiği nokta, hukukun ve hukuk devletinin evrimine paralel olarak, temel haklar söz konusu olduğunda mahkemenin münhasıran önündeki anayasal metinle bağlı kılınamayacağıdır. Zira insan hakları, sadece bir devletin ülkesi üzerinde gelişen ve yeşeren yerel bir değer olmaktan çıkarak, uluslararası planda ele alınan bir konu hâline dönüşmüştür.¹⁴⁸² Bugün temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olmak, bir yandan yurttaşın devlet ile olan ilişkisini sağlıklı bir temele yerleştirmekte ve böylece bireyin devlete ve anayasal düzene olan “rızasını” pekiştirmektedir ki bu

¹⁴⁸⁰ Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, II/B. *Bireycilik İlkesinin Güvencesi Olarak Hukuk Devleti*, s. 149.

¹⁴⁸¹ ÇAĞLAR, “*Anayasa'nın Hukuku ...*”, s. 23-32.

¹⁴⁸² BIELEFELDT, “*Demokratik Hukuk Devletinde...*”, s. 276-278.

anayasal düzenin ve devletin de meşruluğu demektir.¹⁴⁸³ Diğer yandan da devletin kendi ülkesi üzerinde kurduğu temel hak ve özgürlükler düzeni, devletin uluslararası alandaki saygınlığını ve müdahale edilmezliğini arttırmaktadır. Başka bir ifadeyle insan hakları, devletin “dış egemenliği”nin bir şartı, bağımsızlığın güvencesi hâline gelmiştir.¹⁴⁸⁴

Anayasa mahkemeleri, yurttaşlar için demokratik bir siyasal katılma aracı ve temel hak ve özgürlüklerin “kaynağı” olmak durumundadır. Anayasa şikâyeti yoluyla bireyler ve azınlık grupları; iptal davası yoluyla muhalefet partileri; itiraz yoluyla yargı organları önünde hakkını aramakta olan herkes anayasa mahkemesini harekete geçirerek, yalnızca siyasal iktidardan değil; bütün devlet organlarından kaynaklanan hak ve özgürlük ihlallerine ve anayasal düzene aykırılık taşıyan düzenlemelere ve hukuka aykırı bir hukuk düzenine karşı koymak imkânını yakalamaktadır. Böylece anayasa mahkemeleri, kendi için ve kendinden meşru olmak iddiasını terk etmesi gereken modern devletin yeni bir meşruluk aracıdır. Kendisini ancak bir hukukla tanımlamak durumunda olan modern devletler için anayasa yargısı, çağdaş bir hukuk devletinin deyimlediği demokratik çoğulcu toplumun, bir haklar düzeninin de kurucusu, muhafızı ve geliştiricisidir.

Devlet bugün ülkesi bakımından sınırları tespit edilebilen bir olgu ise de faaliyetlerinin sınırları bakımından soyut ve belirsiz bir “Dev”dir. Bu Dev’in, bireyleri kendi varlığı içinde eritmeden, bağımsız bir değer olarak gerçekleştirmek yeteneği, ancak devlet organizasyonunun “statüsü”ne riayet etmesini sağlamakla mümkün olur. Fakat XXI. yüzyıl o denli hızlı bir değişim çağıdır ki devletin kurucu belgesi olan ve en ideal şartlar altında kabul edilen bir anayasa dahi kısa bir süre içinde “çağdışı” kalmak tehlikesi ile karşı karşıyadır. İşte anayasayı yaşatan, siyasal oyunun esaslarını koruyarak, oyunun kendisini güvence altına alan; anayasal kurumların işlev ve yetkilerini, anayasanın özgürlükçü karakterini öne çıkartmak suretiyle yorumlayan bir anayasa mahkemesi bugün için elimizde olan son hukuksal araçtır.

Şüphesiz, varlık sebebi “birey” olan bir toplumsal düzen içinde bireyi koruyan “tek” araç anayasa mahkemesi değildir ancak diğer bütün siyasal ve hukuksal yolların tükenmesi hâlinde “yurttaşın arslanları”, “anayasal düzenin

¹⁴⁸³ CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlette..., s. 51, 149 vd.

¹⁴⁸⁴ SUNAY, Tartışılan..., s. 69-74, 157 vd.

muhafızı”; “anayasanın ne olduğunu söylemek tekeli” elinde bulunduran son mercii anayasa mahkemesidir.

SONUÇ

“İnsanların değil hukukun yönetimi.”

Demokratik yönetimin üstünlüğüne inanmış zihinler için ilk bakışta “tuhaf” sayılabilecek bu maksimin demokratik yönetim düşüncesinin beşiği sayılan eski Yunan’da ortaya çıkmış olması da şaşırtıcı bulunabilir. Zira ihtiyaçlarını karşılamak için bir araya gelen insanların kendi kendilerini, yine kendileri için yönetmesinden daha doğal bir şey olamaz.

Ancak “yönetim” kavramsal olarak değilse bile işaret ettiği ilişki açısından sorunlu bir olgudur. Çünkü yönetim iki taraflı bir ilişki olarak bir yöneten ve bir de yönetilen tarafın varlığını gerektirir. Aynı amaca, bir arada yaşamaktan kaynaklanan ihtiyaçların karşılanması amacıyla, yönelmiş görünen fakat gerçekte çıkarları arasında derin bir çatışmanın da bulunduğu bu ilişkinin tarafları da kendi içinde türdeş değildir. Yönetim için mücadele eden birden fazla taraf bulunduğu gibi, yönetilenler de kimin tarafından ve nasıl yönetilmek istedikleri konusunda hemfikir değildirler.

Her hâlde yönetim, yönetenlerin ve yönetilenlerin kendi aralarında ve karşılıklı olarak içinde buldukları bir “mücadeleyi” ifade eder. Hâlbuki en eski dönemlerden beri “devlet” olmak iddiasındaki birlikteliklerin temel ideali, toplumsal düzen içinde ortaya çıkan/çıkacak “uyuşmazlıkları” bir çatışmaya dönüşmeksizin bertaraf etmektir. Diğer bir ifadeyle devlet olmanın en temel gereği “barışçıl bir toplumsal düzen” inşa etmiş olmaktır.

Bu barışçıl düzen üzerinde kafa yoran herkesin üzerinde ittifak ettikleri temel bir husus vardır: toplumun üyelerinin bu düzenin gereklerini benimsemiş olması. Devlet öncesi topluluklar bakımından, yani yöneten ve yönetilen farklılaşmasının ortaya çıkmadığı topluluklar bakımından bu “benimseme” kelimenin gerçek anlamıyla kullanılmıştır. İçinde yaşadığı topluluğun varlığını kendi varlığının üzerinde gören, kendisini ancak topluluk içinde anlamlandıran insan bu “kendiliğinden doğal düzen”in de bir parçasıdır. İnsan yoksa daha da doğru bir ifadeyle topluluk yapısı içinde yükümlülüklerini eksiksizce yerine getiren insan yoksa, topluluktan da bahsedilemez. Avcı-toplayıcı topluluğun hiçbir üyesinin avlanmamak ya da toplamamak gibi bir “tercih”inin bulunmasından bahsedilemez.

Bu, o üyenin “avlanmak” ya da “toplamak” zorunluluğunun topluluktan kaynaklandığı anlamına gelmez; zira ilkel topluluklar içinde bir şefin kural olarak “zorlayıcı” yetkisinden bahsetmek mümkün değildir. Ancak avlanmak ya da topluluk tarafından gerçekleştirilen aktivitelere katılmak “yaşamsal” bir ihtiyaçtan kaynaklanır. Avlanmayan var olamaz.

Antropologlara göre “büyük sulama işlerinin ortaya çıkması ile” ya da modernitenin kurucu babalarına göre “içlerinden birinin çıkıp bir toprağın etrafını çevirerek ‘burası benimdir’ demesiyle” ortaya çıkan toplumsal farklılaşma -yöneten yönetilen farklılaşması ve bunun bir sonucu olarak sınıflı toplum- topluluktan topluma evrilen birimin toplumsal ilişkilerini değişikliğe uğratmıştır. Bu değişiklik toplumun, ya da onu temsilen yöneticinin toplumsal varlığı (kurulu düzeni de denebilirdi) korumak için bireyden talepte bulunmasını haklılaştırmıştır.¹⁴⁷⁰

Kavramı kullanmakta bir sakınca olmayacaksa, “üretim ilişkilerinin değişmesi” ile (eskiçağ devletlerinin ortaya çıkması ile) birlikte meydana gelen gelişmelerin bir sonucu olarak artık toplumsal üretime katılmak, çok özenli bir kullanım ile ‘birey’ için (şehir devletlerinin yurttaşları için) bir varoluş sorunu olmaktan çıkmıştır. Buna rağmen bireyin kendi varlığının, toplumun varlığı ile anlamlandırılması konusunda daha “liberal” bir gelişmeden bahsetmek de mümkün değildir. Uygur toplumların bireyi, ilkel topluluktakinden daha fazla olmak üzere “toplumun” bir parçasıdır ve artık var olmak için üretmesi (avlanması) gerekmeseyse de birey eskisinden daha fazla olarak “toplumsal düzen”in gerekliliklerine itaat etmelidir. Bu itaat eski Yunan düşüncesinde “erdem” olarak adlandırılacak ve içeriği bir daha değişmemek üzere “yurttaşın yasaya uygun davranması” şeklinde doldurulacaktır.

Birey - toplum arasında yaşanan radikal farklılaşma, ilkçılara ya da ortaçağlara değil fakat modern zamanlara özgü bir gelişmedir. Modernlik ile birlikte, devlet cihazı (siyasi *corpus*) onu oluşturan bireylerden bütünüyle farklılaşmış; kudreti (işlevlerine bağlı olarak) sınırları net biçimde ifade edilemeyecek boyutlara ulaşmış; devlet, toplum içindeki diğer bütün iktidarların üzerine çıkararak kudretini

¹⁴⁷⁰ **CHILDE** Gordon, Tarihte Neler Oldu?, Çev.: Alâeddin Şenel/Mete Tunçay, Kırmızı Yay., 4. Bası, İstanbul 2007, s. 85 vd.; **McNEILL**, Dünya Tarihi, s. 34-37; **MORGAN** Henry L., Eski Toplum, C. II, Çev.: Ünsal Oskay, Payel, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 338 vd.; **ROUSSEAU**, İnsanlar Arasındaki..., s. 135 vd.

“siyasal iktidar”ın ellerine teslim etmiştir. Tarihsel olarak XVII. yüzyıla tekabül edebilecek bir dönem içinde mutlak monarşiler, kendi varlıklarını meşrulaştıran entiteler olarak bireyi verili toplumsal düzenin gereklerine “itaat etmeye” mecbur bırakmıştır.

XVIII. ve XIX. yüzyıllar Avrupa’sı mutlakıyet karşısında özgürlük mücadelesinin, bireyleşme mücadelesinin, mekânını ifade eder. Bu mücadeleden galip çıkan, halk ve bu mücadeleyi halk adına yürüten, Parlamentolar olmuştur. Mutlak yönetimler karşısında verilen mücadeleler sonucunda halk, yönetimin dayanağının kendisi olduğunu ilan etmiş ve yönetimi de kendi varlığı ile meşrulaştırmıştır.

Ne var ki devletli bir toplum içinde egemenin kim olduğu, egemenliğin kimin adına ve kimin tarafından kullanıldığı sorunları esaslı sorunlar değildir. İster Tanrı adına yönetsin ister monark yahut bizzat millete atıf yapsın, yönetim yetkisini elinde bulunduranlar, her hâlde yönetilenler karşısında maddi ve moral bir üstünlüğe sahiptir. Siyasi iktidarın kurumsallaşmasının üzerinden birkaç nesil geçtikten sonra artık verili hale gelen bir toplumsal düzenin aktörleri için temel sorun düzenin nasıl sağlanacağıdır.

Bu bir yöntem arayışıdır. Toplumun nasıl yönetileceğine ilişkin farklı yönetim biçimleri farklı çözüm önerileri sunar. Bunlardan bazıları toplumu, bazıları devleti ve bazıları da bireyi ön planda tutar. Hepsi için ortak bir unsur vardır: insanların yönetimi. Gerçekten bir insan topluluğunun yine insanlar tarafından yönetilmesi, formüle edilmesi bir zekâ göstergesi olamayacak kadar doğal bir prensiptir. Hâlbuki yukarıda alıntılanan vecize, insanların değil hukukun yönetimine atıf yapmaktadır. Buna göre hukukun yönetiminden ne anlaşılması gerekir?

Bu sorunun ilk bakışta zor bir cevabı yoktur: hukukun yönetimi, insanların hukuk adını verdikleri ve büyük ölçüde “ortak” sayılan kurallar ve değerler bütününe göre hareket etmesidir. İlkçağlarda Site’nin hukukuna uygun hareket eden erdemli yurttaşlar, ortaçağda Tanrı’nın ve Kilise’nin emirlerine rıza gösteren inançlı müminler; aydınlanmadan itibaren ise “akıl” ile kavranan ve en güçlünün iradesiyle “empoze edilen” kurallara duyulan saygı. Hukukun yönetiminde yurttaşların/yönetilenlerin itaatinin sağlanmasında zor kullanma araçları (en geniş

anlamıyla yaptırım), devlet için bir güvence ise de, itaatın sürekliliği kurallara rıza göstermeye bağlıdır.

Bireylerin hukuka saygısının sağlanmasında temel etken hukuku rasyonel olmayan ve hukuk olmayan her şeyi dışarıda bırakarak saflaştırmak ve bu hukukun üretimini bir şekilde yönetilenlerin iradesiyle ilişkilendirmektir.¹⁴⁷¹ Böylece hukuk kendi kendisini ve toplumsal ilişkileri meşrulaştıran bir dizi değer ve kurala dönüştürülmüş; bireyler için ortak bir ahlak haline gelen hukuk bir arada yaşamının yöntemi olarak kendinde ve kendi için bir değere kavuşmuştur. Kendisine üstün bir yasaya itaat etmek rolü verilmiş olan bireyin kazancı ise, “hukuk” a biçilen “siyasi iktidarı sınırlandırmak suretiyle bireyin özgürlüklerini güvence altına almak” işlevidir. Böylece hukuk, bireyler ona itaat ettiği ölçüde etkin ve etkili bir toplumsal düzen aracı haline gelecek ve bu ölçüde de bireyler için “barışçıl ve güvenceli bir yapı”nın teminatı olacaktır.

Hukuku yönetilenlerin iradesi ile ilintilendirmek suretiyle meşrulaştırmak ve bu şekilde toplumsal ilişkileri hukuksallaştırarak düzenlemek yani bir hukuk toplumu yaratmak “hukuk devleti” şeklinde ifade edilen devletin ön koşulu olarak ortaya çıkmıştır. Böylece hukuk devletinin, eski zamanlardan itibaren egemen olan paradigmayı devam ettiren bir devlet olduğunu söylemek mümkün hale gelmiştir: Yurttaşlık sıfatında eşitlenen yönetilenlerin bir ölçüde kendilerine izafe edilen üstün bir hukukla bağlılığı.

Toplumsal ilişkilerin hukuksallaştırılmasının barışçıl bir toplumsal düzenin kaynağı olduğunu varsaymak ve bu barışçıl toplumsal düzenin liberal bir toplumsal yapıya işaret ettiğini vurgulamak durumundayız. Aksi takdirde “tabiat hâinden çıkmak” ve bir “toplum sözleşmesi” kurmak asla mümkün olmayacak. Bununla birlikte bireylerin hukukla bağlanmış olması, hukuk devletinin insanların yönetimini değil de hukukun yönetimini ifade ettiğini söylemek için yeterli şart da değildir. Hukuk devleti, yönetilenlerin olduğu kadar yönetenlerin de hukukla bağlandığı devlettir.

Buna göre hukuk devleti; yöneticinin -bir kişi ya da birkaç kişi yahut birçok kişi olduğuna bakılmaksızın- keyfi yönetimini, önceden belirlenmiş genel ve soyut

¹⁴⁷¹ ATALAY, “Kelsen ve Hart...”, s. 104-109.

kurallar ile “sınırlandırmak suretiyle” kurduğu devlet bağlamında ele alınmak durumundadır. İşte bu noktanın, yöneticilerin de hukukla bağlanması düşüncesinin, monarşiler söz konusu olduğu zaman özgürlükçü bir ilkeyi ifade ettiği konusunda bugün ciddi bir tartışma yoktur. Ancak demokrasi ilkesinin kabul edildiği bir yönetimde yöneticilerin (siyasi iktidarın) hukukla bağlanması çeşitli açılardan eleştirilmiştir.

Bu eleştiriler, yine halk tarafından belirlenen siyasi iktidarın (özellikle de yasamanın) iradesinin halkın iradesi olduğu; halkın iradesinin de, egemenliği elinde bulundurması sebebiyle sınırlanamaz ve en üstün olduğu, bu nedenle de kendisinden önce gelen bir hukuk ile sınırlanmasının demokratik egemenlik algısı ile bağdaşmayacağı noktasında yoğunlaşır. Bu eleştirilere eşlik eden iki aksiyom da mevcuttur: hukuku yaratan siyasi iktidardır ve siyasi iktidarın keyfi yönetimi ancak yasamanın ve yürütmenin birbirlerinden ayrılması ile engellenebilir.

Hukuk devletinin hukukun yönetimine dönüştürülmesi, bu önkabuller ekseninde kemikleşen algının bir yapıbozumuna uğratılması ile olacaktır. Buna göre ilk önce tespit edilmesi gereken husus siyasal iktidarın iradesinin halkın iradesi olmadığıdır. Zira her şeyden önce siyasi iktidar, ancak halkın seçime katılan kesiminin çoğunluğu ile ortaya çıkar. Buna göre herhangi bir iktidar “mille” yahut “halka” atıf yaptığında aslında kendisine oy veren çoğunluğa atıf yapmış olmaktadır.

İkinci olarak siyasi iktidar kendi özgün yapısı, amaçları ve programı ile de kendisine oy veren seçmenlerden farklı bir örgüttür. Bu açıdan seçimler sadece siyasi iktidarın belirlenmesine ilişkin bir prosedür olarak demokratik bir sistem içinde belli bir değere sahiptir. İktidarın, bir kere belirlendikten sonra, bütün eylem ve işlemlerinde sınırsız bir yetkiye sahip olması demokratik ilke ile bağdaşmaz. Bu açıdan demokratik toplumlar için iktidarın her sabah yeni bir meşruiyet sınavından geçtiği söylenmektedir. Bu bağlamda siyasal iktidarın karar alma sürecine demokratik ve hukuksal müdahaleler demokratik prensibin korunmasında etkili araçlar olarak değerlendirilmektedir. Siyasi iktidarın seçimler dışında yönlendirilmesinde bir aracın kamuoyu olduğu söylenebilir. Kamuoyunun siyasal iktidarı etkileyen bir araç olduğu tartışma götürmemekle birlikte siyasal iktidarın da kamuoyu oluşturma ve kamuoyunu şekillendirme konusunda bütünüyle savunmasız

olduğu da söylenemez. Bu açıdan demokratik ilke, siyasal iktidarın kullanılmasında bazı hukuksal güvencelerin varlığını da zorunlu kılmaktadır.

Bu hukuksal güvenceler, siyasal ve yargısal mekanizmalar olarak belirir. Siyasal denetim, siyasal iktidarın kullanılması esnasında ikinci meclis denetimi, cumhurbaşkanının vetosu gibi araçlar ile gerçekleştirilirse de “siyasal alanın üstün bir hukuk ile düzenlenmesi”nde esas olan yargısal denetimdir.

Siyasal alanın, üstün bir hukukla düzenlenmesi ya da popüler ifadesiyle siyasetin hukuksallaştırılması, hukuk devleti açısından konuya yaklaşıldığında bir zorunluluk olarak ortaya çıkar. Toplumdaki çıkarları paylaşmanın çatışmacı bir yolu olarak siyasette “sulhü” temin eden hukuktur. Diğer bir ifadeyle hukuk ile sınırları çizilmemiş bir siyasal faaliyet, barışçıl toplumsal düzen kavramıyla ifade edilen yapının içine, tanımı gereği mücadelecı ve çatışmacı bir dizi unsuru dâhil ederek bu yapının sürdürülebilirlik koşullarını tehlikeye atar. Ancak hukuk, siyaseti kapsam ve yöntem bakımından sınırlandırarak, siyasal faaliyeti “liberal toplumsal düzeni” yok etmeden fakat gelişimine katkı sağlayarak sürdürülebilir hâle getirir.

Hukuktan bahsedilmeye başlandığında ‘siyasal olan’, bir iddia ortaya atacaktır. Yukarıda birinci aksiyom olarak formüle ettiğimiz bu iddia, hukukun siyasal iktidarın bir ürünü olduğudur. Yasama faaliyeti ve yürütmenin düzenleyici işlemleri söz konusu olduğunda bu iddianın bütünüyle yersiz olduğu söylenemez. Bununla birlikte hukuk ne münhasıran yasamanın kanunlarından ne de yürütmenin emirlerinden oluşur. Hukuk, yasama ve yürütmenin “genel ve soyut” kurallarından başka yargısal faaliyetin bir sonucu olarak da belirir. Hatta Anglo-Sakson hukuku söz konusu olduğunda hukuk, yasamanın ve yürütmenin işlemlerinden çok yargısal işlemler ile tespit edilir. Buna göre hukuk, yalnızca siyasal iktidar tarafından yaratılmaz; hukuk devleti, münhasıran siyasal iktidar tarafından şekillendirilen bir hukuk düzeni fikri ile bağdaşmaz.

Hukukun sadece siyasal iktidar tarafından yaratılabileceğini kabul etmek, Hayekçi literatürde “kurucu düşünce” şeklinde kavramsallaştırılarak eleştirilen bir yaklaşımdır. Kurucu düşünce ile varılacak nokta totaliter bir yapı, devletin hukuku düşüncesidir. Bir liberalizm güzellemesi olarak algılsın diye değil fakat eğer hukuk devletinden bahsedilecekse, kavramın sınırları içinde kalmak ancak liberal felsefeye uygun bir yaklaşımı zorunlu kılar ki bu da **Hayek**’in “evrimci rasyonalizmi”dir.

Böylece hukuk, toplumsal ilişkiler içinde ortaya çıkacak uyuşmazlıkların, liberal değerler ekseninde yargısal çözüme kavuşturulması ile ortaya çıkacak kendiliğinden düzenin kurallarıdır. Yasamanın görev ve yetkisi, bu genel kabul gören ve kendiliğinden biçimlenen kuralların formülasyonundan ibaret sınırlı bir yetkidir.

Siyasal iktidara “verilmiş” olan yetkilerin, anayasaya uygun biçimde kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek olan ise anayasa yargısıdır. İster genel mahkemeler eliyle gerçekleştirilsin ister bir uzman mahkeme eliyle, anayasaya uygunluk denetimi bu açıdan hem anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığının en etkin aracıdır hem de hukukun üretimine katılan yeni bir aktördür. Yargı fonksiyonuna biçilen bu yeni rol keyfi iktidarı engelleyerek bireysel özgürlükleri korumak kaygısı ile ortaya atılan erkler ayrılığı kuramının da anlamını değiştirmiştir. Gerçekten hukukun bir kanunlar düzeni olmaktan çıkmasıyla ve siyasi partilerin yasama ve yürütmeyi aynılaştırmasıyla birlikte, organik olarak yasamanın ve yürütmenin birbirinden ayrılmasının eski anlamı ve değeri kalmamıştır. Bugün siyasal iktidar karşısında özgürlükler için güvence yaratması beklenen erkler ayrılığı ilkesi; yasamanın yürütmeden ayrılmasından ziyade, yargının yasama ve yürütmeden ayrılmasıyla bağımsız bir karşı iktidara dönüşen bir yargı erkinin varlığını gerektirir.

Böylece hukuk devletinin diğer bir yapı taşının da bağımsızlık ve tarafsızlıkla tanımlanan bir yargı fonksiyonu olduğu söylenebilir. Böylece yargı, yönetenlerin ve yönetilenlerin kanunlara ve anayasaya uygun bir düzen içinde hareket edip etmediklerini denetlemenin en temel aracı haline gelmiştir. Bireylerin kanuna uygun davranıp davranmadıklarını adli yargı; idarenin kanunlara ve anayasaya uygun davranıp davranmadığını idari yargı ve nihayet Parlatentonun yasama faaliyetinin anayasaya uygunluğunu denetleyecek olan da anayasa yargısıdır.

Anayasa yargısı, en geniş anlamıyla anayasaya riyeti sağlayan her türlü yargısal işlemi ifade eder. Buna karşılık anayasa yargısının bir de dar anlamı vardır ve kavram genellikle bu dar anlamıyla kullanılır. Dar anlamda anayasa yargısı kanunların ve bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini ifade eder. Bazı hukuk sistemleri bu denetimin genel mahkemeler eliyle gerçekleştirileceğini öngörmüş isler de genellikle kabul edilen sistem kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin münhasıran bu konuda yetkili bir

yargı yeri tarafından yapılmasıdır. Buna göre birinci sistem merkezleşmemiş anayasa yargısı ve ikinci sistem de merkezleşmiş anayasa yargısı olarak adlandırılır.

Merkezleşmiş anayasa yargısı, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yetkisinin bu konuda uzmanlaşmış tek bir mahkemede olmasını öngörmektedir. Bu mahkemenin diğer yüksek mahkemeler gibi bir yüksek mahkeme olmaktan ziyade, yüksek yargı yerlerinden ayrı olarak örgütlenmiş; kendi iç tüzüğüne göre yönetilen ve ayrı bir bütçeye sahip, bir anayasa organı şeklinde algılanması daha yerinde bir yaklaşımdır.¹⁴⁷²

İşte Anayasa Mahkemesi yasama organı karşısında bu özgün konumu ile bağımsız ve tarafsız bir organ olarak anayasal düzenin muhafızı olmak işlevi görür. Bu temel işlev bütün anayasa mahkemeleri için ortak olmakla beraber kimi ülkelerde anayasa mahkemesi sınırları belirli ve dar yetkilere (Ör.: Avusturya) ve kimi ülkelerde de son derece geniş yetkilere sahiptir (Ör.: Macaristan). Anayasa mahkemeleri bakımından esas ayrımı, yetkilerinin geniş ya da dar biçimde “verilmiş” olmasında aramak yerine mahkemenin denetim işlevini yerine getirirken benimsediği *pozitivist* ya da *natüralist* yaklaşım bakımından bir değerlendirme yapmak daha işlevsel olabilir.

Çağlar'ın anayasallık bloku bağlamında ele aldığı bu sorun aynı zamanda anayasa yargısında yorum ve anayasanın anlamı açısından da önem taşır. Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği pozitivist anlayışa göre anayasaya yargısındaki ölçü normlar anayasadan ibarettir.¹⁴⁷³ Bu bakış açısına göre anayasa mahkemesi, anayasa ile düzenlenmiş olmayan bir yetki kullanamayacağı gibi, anayasaya uygunluk denetimi yaparken de anayasa metninden ayrılamaz. Pozitivist anlayış zorunlu olarak “dar ve şekli anlamda anayasa” düşüncesine ulaşır ve anayasaya yargısını Montesquieucü bir yaklaşımla “anayasanın sözünü söyleyen otomat yargıç” söylemine indirger. Anayasa yargısında katı bir pozitivistimin benimsenmesinin; ancak ve ancak, ortaya çıkabilecek bütün “anayasal sorunları” kendi metninden hareketle çözümleyebilecek yetkinlikte bir anayasanın varlığı hâlinde hukuk devletinin esaslarına uygun olduğu söylenebilir. Ne var ki **Kant**'tan beri insan aklının

¹⁴⁷² SCHEFOLD Dian, “Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı”, Çev.: İrfan Yazman, AÜHFD, C. 31, S. 1-4, 1974, ss. 105-148.

¹⁴⁷³ ÇAĞLAR Bakır, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi...”, s. 170.

bu denli kuşatıcı bir mahiyete sahip olmadığı kabul edilmektedir ve eğer akıl her olasılığı hesaplayabileceği iddiasıyla bir düzen inşa etmeye kalkarsa kuracağı düzen asla liberal bir düzen olamayacaktır.

Buna karşılık anayasa yargısında natüralist yaklaşım, anayasallık blokunu salt anayasa metninden ibaret görmez. **Çağlar**'ın belirttiğine göre Fransız Anayasa Konseyi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, İtalyan Anayasa Mahkemesi, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nde etkili olan natüralist yaklaşım, pozitif hukuku bütünüyle göz ardı eden saf bir doğal hukukçu yaklaşım da değildir. Bununla birlikte natüralist yaklaşım özellikle hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda içtihadı bir hukuk kaynağı olarak kabul etmektedir. **Çağlar**'ın ifadesiyle “*Yargı yerleri ‘Hukukun genel prensipleri’ni, ‘Anayasal değerlerde prensipleri’, hak ve hürriyetleri, kurucu yorum teknikleri ile ex nihilo yaratmaktadır.*”¹⁴⁷⁴

Natüralist anlayışın belki de en önemli sonucu anayasa mahkemesi kararlarını anayasallık blokuna dâhil etmiş olmasıdır. Bu bağlamda anayasa münhasıran anayasada yazılı olarak belirtilen maddelerden ibaret değildir. Yargıç yarattığı hukuk (aynı zamanda anayasa mahkemesi kararları da) anayasanın bir parçasıdır.

Anayasa mahkemesi kararlarının anayasal düzeni kuran bir unsur olarak kabul edilmesi ile birlikte, mahkemenin görev ve yetkilerini salt anayasada arayan yaklaşım değerinden çok şey yitirecektir. Bir temel haklar ve özgürlükler düzeni inşa etmekte olan mahkemenin, bu düzenin gerektirdiği türden kararlar yaratması da mümkün olmalıdır. Ancak bu şekilde yargı-yasama ilişkisi sağlıklı bir zemine oturmuş olacak; mahkemenin içtihadıyla çözümlendiği konular, içtihadı uygun olarak pozitif bir düzenlemenin konusunu oluşturacaktır. Bu, liberal kuramın gereklerine ve dolayısıyla da hukuk devletine daha uygun bir yaklaşım olmakla beraber, bugün bir yargıçlar hükümetini sonuçlayacağı kaygısıyla eleştirilmektedir.

Türkiye özelinde bu tartışma özellikle ret ve iptal kararları dışında, anayasada açıkça düzenlenmemiş olan (yokluk kararı, ihmal kararı ve yürürlüğün durdurulması kararı gibi) konular bakımından önem taşımaktadır. Türk doktrininde pozitivist yaklaşımı benimseyen yazarlar Mahkeme'nin anayasa ile “verili” sınırlarını zorlamaması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda örneğin yürürlüğün

¹⁴⁷⁴ **ÇAĞLAR**, “*Anayasa Yargısında Yorum Problemi...*”, s. 171-174.

durdurulması kararlarında olduğu gibi içtihatla yaratılan bir karar ile karşılaşıldığında ise kararın pozitif bir yetkiye dayanmaması açısından eleştiri getirmektedirler.¹⁴⁷⁵ Hâlbuki Anayasa Mahkemesi bir karar verdiğinde kararın Türk anayasal düzeninin korunması yönündeki katkısı ve temel haklar ve özgürlükler evrensel içtihadı ile uyumu yönünden bir değerlendirme yapmak ve mahkeme uygulaması bu yönde bir istikrar kazanmışsa, uygulamayı pozitif bir düzenlemeye kavuşturmak hukuk devletinin mantığına daha uygun bir yaklaşımdır. Aksi yöndeki bir kabul, yargı fonksiyonunu bir idare fonksiyonu hâline getirir. Hâlbuki yargı fonksiyonu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetlemekten başka, hukukun ne olduğunu söylemek konusunda da görevli ve yetkilidir. O hâlde, anayasa mahkemelerinin, diğer idare organlarının aksine, yetkisizliği değil yetkisi asıldır. Bu, egemenlikten kaynaklanan bir yetki olan yargı fonksiyonunun tabiatının bir gereği ve sonucudur.

Yargı yetkisinin doğrudan egemenlikten kaynaklanan bir yetki olması, anayasa mahkemesinin bir anayasa organı olarak nitelendirilmesi ve nihayet “Anayasa mahkemesinin anayasanın ne olduğunu söylemek yetkisine sahip olduğu” düşüncesi anayasaların da şekli ve dar anlamlarının yanında bir de maddi ve geniş anlamının bulunduğu kabulünü gerektirir. Anayasa geniş anlamıyla ele alındığında ise artık anayasa mahkemesi kararlarının gerekçesinin mi yoksa sadece hüküm kısmının mı bağlayıcı olduğu gibi tartışmalar da; Mahkemenin kendisine anayasa ile verilmiş olmayan bir yetkiyi kullanıp kullanamayacağına ilişkin tartışmalar da anlamlarını yitirmiş olacak, bu açıdan anayasa yargısal içtihattan bağımsız olarak düşünülemeyecektir. Çünkü bu bakış açısında bir anayasanın varlığı o anayasanın bağlayıcılığının ve üstünlüğünün sağlanmasına yönelik bir denetim işlevinin varlığını, bu denetim işlevi ise anayasanın sözünü söyleyecek olan bağımsız ve tarafsız organların, anayasa mahkemelerinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu denetim işlevinin mahkemeye verdiği görev ise, anayasal düzeni koruyup kollamak şeklinde de ifade edilen, yetkileri anayasa tarafından belirlenmiş devlet organlarının sahip oldukları yetkileri aşp aşmadıklarını tespit etmektir.

¹⁴⁷⁵ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s. 949-976.

Böylece görülmektedir ki, yasamanın veya yürütmenin hukuka bağlılığı kavramı ile yargının, bilhassa anayasa yargısının, hukuka bağlılığı kavramı son tahlilde aynı şeyi ifade etmemektedir.

Anayasa mahkemesini yasamanın “boyunduruğundan kurtarmak”, mahkemeyi yargıçların kişisel tercihlerini hukuksallaştıran; keyfi ve kural tanımaz bir mercii olarak tasvir etmek anlamına gelmez. Yürütmeyi bir kanuna bağlayarak sınırlandıran; yasamayı anayasa ile çerçeveleyerek bu anayasanın anahtarını da anayasa mahkemesinin eline veren hukuk devleti, anayasa yargısını da kendi var oluş sebebi ile sınırlandırmaktadır. Bu sebep felsefi ifadesini anayasacılık düşüncesi içinde bulan ve “iktidarın sınırlandırılması suretiyle temel hak ve özgürlüklerin korunması” şeklinde formüle edilen ve bu çalışmada “barışçıl bir toplumsal düzen” şeklinde kavramsallaştırılan liberal bir anayasal düzenin varlığını korumaktır. Bu anayasal düzen salt haklar ve özgürlüklerden ibaret olmadığı gibi, anayasal organların varlığına ve yetki alanına ilişkin bir güvenceyi de kapsar. Bundan başka federal devletler bakımından, federe devletler ile federal devlet arasındaki uyum ve işbirliği için de anayasa mahkemesi bir güvence teşkil eder. Bu açıdan anayasacılık, salt “anti-demokratik” olmaya indirgenebilecek; “aristokratik” veya “otoriter” bir yaklaşım değildir. Bilakis, bireyci ve özgürlükçü liberal bir toplum içinde birarada yaşamaya yönelik bir yöntem arayışıdır. Bu arayış, bir yandan toplumda bireyleri başlıca değer olarak ele alır ve her bir bireyin haklarına ve özgürlüklerine ilişkin dokunulamaz bir alan varsayarken diğer yandan da statik kurumlarla bu alanı “dondurmak” amacı gütmeyiz. Liberal anayasacılığın *status quo*’ya yaklaşımı, asgari bir güvenlik alanını muhafaza etmekten ibarettir ve bu muhafazakârlık, bireysel alanın kamusal aleyhine genişletilmesine prensipte karşı değildir. Bu nedenledir ki haklar ve özgürlükler lehine bir yetki kullanımı, son tahlilde anayasal düzeni ifade eden bir barışçıl düzene aykırılık teşkil etmez. Hiç şüphesiz, bir liberalizm eleştirisi bağlamında, anayasacılık ve hukuk devleti eleştirilebilir. Ancak “sistem” içinde düşünüldüğünde liberal hak ve özgürlükler düzeninin olmazsa olmazı, “bağımsız yargı” ve “yargısal içtihat” ile şekillenen bir hukuk düzenidir. Bu bağımsız yargıyı çerçeveleyen de işte bu liberal değerler ekseninde şekillenen hukuk düşüncesidir. 1982 Anayasası özelinde Anayasa Mahkemesi ve Mahkemenin yetkileri düşünülürken, zihnimizi bu “liberal haklar ve özgürlükler felsefesi” ile çerçevelemek

iç tutarlılık açısından şarttır. Bu çalışmanın geneline de egemen olan bu bakış açısı içinde kalındığında ise “genel olarak yargı fonksiyonunun ve daha özel olarak da anayasa mahkemesi”nin ne yapmaya yetkili olduğu konusunda son sözü kanun koyucuya yahut anayasa koyucuya bırakmanın mümkün olduğu söylenemez. Zira XXI. yüzyılda hukuk devleti, bir anayasal devlet olmanın da bağlamını aşarak, “geçerliliği yazılı bir biçimde düzenlenmiş olmasına bağlı bulunmayan bir dizi ilke” ekseninde ele alınmaktadır. Bu türden bir yaklaşım görünürde “hukuki pozitivizmin” sınırlarını zorlamaktadır. Ancak *Dacey*'de “yargısal yasama” şeklinde ifadesini bulan, yargı organlarının yasama yanında hukukun üretimine katılmasındaki zorunluluk, hukukun artık sadece kanunlardan ibaret olmadığını ve yargı kararlarının da hukukun bir parçası olarak kabulünü –eğer hak ve özgürlüklerden hareketle bir anayasal düzenden bahsedilecekse- mecbur kılmaktadır.

Belki tek bir cümleyle; “Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, hukuk devletinin en temel aracıdır.” şeklinde ifade edilebilecek bu çalışmanın ana fikri, göstermeye çalıştığımız gibi, kanun, anayasa, yargı, hukuk, devlet ve hukuk devleti kavramları üzerinde yeniden düşünmeyi gerektirmektedir. Rousseaucu kanun düşüncesi ve Montequieucü yargı anlayışı, bugün ancak Schmittçi bir “hukuk devleti”ni sonuçlar. Lockeçu çizginin liberal hukuk devleti (hukukun yönetimi); sınırlandırılmış bir çoğunluğun iradesi olarak beliren kanunun, kaynakların çoğulculuğu esasına göre şekillendirilmiş geniş anlamda bir anayasaya uygunluğunun, siyasal iktidar karşısında bağımsızlığı güvencelenmiş, anayasacılık felsefesine uygun bir anayasal düzenin “hak eksenli” savunuculuğunu yapan yargısal bir mercii tarafından denetlenmesi ile teşhis edilir.

Yargı fonksiyonundan kaynaklanan yetkiler, anayasa yargısının kapsamını tespit eden ilkeler, yasama ve yürütmeye olduğu gibi, istisnai yetkiler olarak kabul edilirse, yargısal denetimin (anayasa yargısının) hukuk devletini gerçekleştirmek; çoğunluk iradesini sınırlandırmak ve hakları güvence altına almak; anayasal düzeni korumak işlevlerinden bahsetmenin imkânı kalmaz. Yargı fonksiyonu, hukuk toplumunu ve hukuk toplumunun sahip olduğu temel değerleri ve hukuk devletini korumak ve geliştirmek işlevi bağlamında, kaçınılmaz olarak, üstün bir fonksiyondur. Yargı bağımsızlığının bir anlamı da budur.

Yargısal işleve bir anayasal düzen içinde bu derece üstünlük tanımının yaratabileceği bütün olumsuzluklar, yargı işlevinin bir siyasal iktidar fonksiyonu hâline getirilmesini meşrulaştırmaz. Zira siyasal iktidar karşısında bağımlı bir alt iktidara dönüşmüş ve sınırlandırılmış bir yargı (ve anayasa yargısı) özgürlükçü anayasal düzeni korumak ve geliştirmek işlevinden yoksun olarak iktidarın ve çoğunlukların pekiştirilmesi aracı hâline gelmiş olur.

Buna karşılık, merkezinde “birey”in yer aldığı demokratik ilkenin ve hukuk devletinin, toplumsal barışa ve toplum düzenine zarar vermeden korunması ve geliştirilmesi anayasa yargıçlarının; iktidarı değil ancak yurttaşı ve yurttaşın özgürlüklerini korumasına, diğer bir ifadeyle tahtın değil fakat anayasanın altında yatan arslanlar olmalarına bağlıdır.

KAYNAKÇA

ABADAN Yavuz, Grotius ve Tabii Hukuk, İstanbul 1939. (Grotius...)

ABADAN Yavuz, Hukuk Felsefesi Dersleri, AÜHF Yay., Ankara 1954. (Hukuk Felsefesi...)

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge, 4. Bası, Ankara 2004. (Kent Devletinden...)

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/**KÖKER** Levent, İmparatorluktan Tanrı Devlete, İmge, 3. Bası, Ankara 1998. (İmparatorluktan...)

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/**KÖKER** Levent, Tanrı Devletinden Kral-Devlete, İmge, Ankara 1991. (Tanrı Devletinden...)

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/**AKAL** Cemal Bâli/**KÖKER** Levent, Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı, İmge, Ankara 1994. (Kral Devlet...)

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali/**ZABCI ÇULHA** Filiz/**ERGÜN** Reyda, Kral-Devletten Ulus-Devlete, İmge, Ankara 2005. (Kral-Devletten...)

AĞAOĞULLARI Mehmet Ali, Ulus Devlet ya da Halkın Egemenliği, İmge, Ankara 2006. (Ulus Devlet...)

AKAD Mehmet/**DİNÇKOL VURAL** Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der, İstanbul 2000.

AKAL Cemal Bâli, Modern Devlet Kavramının Belirlenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, İstanbul 1989. (Modern Devlet Kavramının...)

AKAL Cemal Bâli, “*Bir Devlet Kuramı İçin Giriş*”, içinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 13-30.

AKAL Cemal Bâli, İktidarın Üç Yüzü, Dost, 2. Bası, Ankara 2003. (İktidarın...)

AKBAŞ Kasım, “*Hans Kelsen: Hukukun Saf Kuramı*”, içinde: Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik, İstanbul 2004, ss. 23-38. (“*Hans Kelsen...*”)

AKBAŞ Kasım, “*Muhalefet Aracı Olarak Anayasa Mahkemesi*”, http://www.toplumsal hukuk.org/yazi_oku.asp?sayfa_no=18&b=muhalefet_araci_olarak_ana_yasa_mahkemesi_kasim_akbas, E. T.: 16.04.2010.

AKBAY Muvaffak, “*Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi*”, AÜHFD, C. 4, S. 1-4, 1947, ss. 29-47. (“*Kelsen’in...*”)

AKIN İlhan, Kamu Hukuku, İÜHF Yay., 2. Bası, İstanbul 1979.

AKİPEK İlhan, “Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasında Âmil Olan Fikirler”, AÜHFD, C. 9, S. 1-4, 1952, ss. 167-182. (“*Kuvvetler Ayrılığı...*”)

AKİPEK İlhan, “*John Locke’un Siyasi Fikirleri*”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, ss. 255-268. (“*John Locke’un...*”)

AKTAŞ Sururi, Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi, Liberte, Ankara 2001. (Hayek’in...)

AKTAŞ Sururi, “*Liberal Hukuk Kavramı Üzerine genel Bir Bakış*”, KHUKA, Eylül 2002, ss. 96-102.

AKTAŞ Sururi, “*Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis’in Hukuk Teorisi*”, AÜEHFD, C. 8, S. 1, 2004, ss. 3-22. (“*Modern Doğal Hukuk...*”)

AKYALÇIN Ahmet, “*Anayasa Mahkemesinde Yürürlüğün Durdurulması*”, AYD, C. 23, 2006, ss. 45-50.

AKYILMAZ Bahtiyar, “*Tarihi Gelişim İçinde ve Özellikle Montesquieu’de Kuvvetler Ayrılığı*”, Prof. Halil CİN’e ARMAĞAN, Konya 1995, ss. 43-60. (“*Tarihi Gelişim...*”)

AKYOL Taha, “*Anayasal Yargının Görevi*”, Milliyet, 30.07.2008.

ALACAKAPTAN Uğur, “*İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler*”, AÜHFD, C. 18, S. 1-4, 1961, ss. 493-517. (“*İtalyan Anayasa Mahkemesi...*”)

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “*Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*”, AYD C. 1, 1984, ss. 101-137.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin, Ankara 1996. (Anayasa Yargısı....)

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “*Türk Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1998, ss. 147-167.

ALLAN T. R. S., Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law, Oxford University Press, Oxford 2001.(Constitutional...)

- ALTAY** Evren, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Yürürlüğün Durdurulması’*”, Anayasa Yargısı İncelemeleri, C. I, Ed.: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Ankara 2006, ss. 359-400. (“*Anayasa Mahkemesi Kararlarında...*”)
- ALTHUSSER** Louis, Montesquieu, Siyaset ve Tarih, Çev.: Alp Tümertekin, İthaki, İstanbul 2005. (Montesquieu...)
- ALTIPARMAK** Kerem, “‘Due Process of Law’ Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, AÜHFD, C. 45, S. 1-4, Ankara 1996, ss. 219-250. (“*Due Process of Law’...*”)
- ARAL** Vecdi, “*Kelsen’in Hukuk Anlayışı*”, İÜHFM, C. 34, S. 1-4, 1969, ss. 513-552. (“*Kelsen’in...*”)
- ARAL** Vecdi, Kelsen’in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İÜHF Yay., İstanbul 1978. (Kelsen’in...)
- ARISTOTLE**, Politics, Çev.: Benjamin Jowett, Batoche, Kitchener 1999.
- ARİSTO**, Atinalıların Devleti, Çev.: Furkan Akderin, Alfa, İstanbul 2005.
- ARİSTO**, Politika, Çev.: Ersin Uysal, Dergâh, İstanbul 2007.
- ARMAĞAN** Servet, Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi, İÜHF Yay., İstanbul 1967. (Anayasa Mahkememizde...)
- ARMAĞAN** Servet, Türk Esas Teşkilat Hukuku, İÜHF Yay., İstanbul 1979.
- ARNHART** Larry, Siyasî Düşünce Tarihi, Çev.: Ahmet Kemal Bayram, Adres, 2. Bası, Ankara 2005. (Siyasî...)
- ARON** Raymond, Sosyolojik Düşüncenin Evreleri, Çev.: Korkmaz Alemdar, Bilgi, 2. Bası, Ankara 1989. (Sosyolojik Düşüncenin...)
- ARSAL** Sadri Maksudi, Umumî Hukuk Tarihi, İÜ Yay., 2. Bası, İstanbul 1944. (Umumî...)
- ARSEL** İlhan, Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme, AÜHF Yay., Ankara 1958. (Amerikan Anayasası...)

ARSLAN Zühtü, “*Anayasal Devlet ve Siyasal Tarafsızlık*”, içinde: Liberalizm, Devlet, Hegemonya, Der.: E. Fuat Keyman, Everest, İstanbul 2002, ss. 148-174. (“*Anayasal Devlet...*”)

ARSLAN Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin, Ankara 2005.

ATALAY Ahmet Halûk, “*Saf Hukuk Kuramı ve Anayasa Yargısı*”, İzBD, Y. 73, S. 4, 2008, ss. 168-177. (“*Saf Hukuk...*”)

ATALAY Ahmet Halûk, “*Kelsen ve Hart: Bilinebilir Hukuk*”, HFSA, S. 19, 2010, ss. 104-113. (“*Kelsen ve Hart...*”)

ATALAY Hamit, TDK İngilizce-Türkçe Sözlük, C. 2, Ankara 1999.

ATAR Yavuz, “*Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)*”, Prof. Dr. Coşkun Üçok’a ARMAĞAN, SÜHFD, C. 2, S. 2, 1989, ss. 181-209. (“*Anayasanın Bağlayıcılığı...*”)

ATAR Yavuz, “*Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılması*”, içinde: Yargı Raporu: Demokratikleşme Sürecinde Yargı Kurumları, Stratejik Düşünce Enstitüsü, Ankara 2010, ss. 5-24. Çevrimiçi erişim için: <http://www.sde.org.tr/userfiles/file/yargirapor.pdf>. (“*Anayasa Mahkemesinin...*”)

ATAY Ender Ethem, “*Hukukta Meşruiyet Kavramı*”, GÜHFD, C. 1, S. 2, Prof. Dr. Naci KINACIOĞLU’na Armağan, 1997, ss. 121-166. (“*Hukukta...*”)

ATAY Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara 2006.

ATAY Ender Ethem, “*Anayasa Kavramının Tanımı, Hazırlanması ve Değiştirilmesi Arasındaki İlişki*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1-2, 2008, ss. 503-549. (“*Anayasa Kavramının...*”)

AUSTIN John, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Jersey tarihsiz. (Lectures...)

AYBAY Aydın, “*Hukuk ve Yargı*”, içinde: Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Haz.: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak, İstanbul 2006, ss. 63-65.

AYBAY Rona/ **SAĞLAM** Fazıl/ **BATUM** Sühey/ **UYGUN** Oktay/ **KANADOĞLU** Korkut/ **GÖZTEPE** Ece/ **BİLİR** Faruk/ **ERGÜL** Teoman, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, TBB Yay., 4. Bası, Ankara 2007.

AZRAK Ülkü, “*Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği*”, AYD, C. 1, 1984, ss. 151-168. (“*Anayasa Mahkemesi...*”)

AZRAK Ülkü, “*Yasama ile İdarenin Yargısal Denetimi ve Siyaset*”, içinde: Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı, Haz.: Mehmet Ö. Alkan, Oğlak, 2006, ss. 67-82. (“*Yasama ile İdarenin...*”)

BACHOF Otto, “*Hukuk ve Siyaset Arasında Anayasa Mahkemesi Hâkimi*”, Çev.: Servet Armağan, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına ARMAĞAN, İÜHFM, 1979, ss. 121-137.

BAKER Ulus, Kant Felsefesi Notları,

<http://korotonomedy.net/kor/index.php?id=21,179,0,0,1,0>, E.T.: 15.01.2010.

BAKIRCI Fahri, “*Hobbes’ta Sözleşmenin Kökeni Akıl Mıdır?*”, AÜSBFD, C. 63, S. 3, 2008, ss. 1-48.

BALKAR Kemal Galip, “*Teşkilâtı Esasiye Kanununa Aykırı Kanun Karşısında Mahkemenin Durumu*”, AÜHFD, C. 10, S. 1-4, 1953, ss. 212-226. (“*Teşkilâtı Esasiye...*”)

BALTA Tahsin Bekir/**KUBALI** Hüseyin Nail, “*Türkiye’de Hukuk Devleti Anlayışı*”, Çev.: Özer Ozankaya, AÜSBFD, C. 15, S. 3, 1960, ss. 1-10.

BALTA Tahsin Bekir, “*Türkiye’de Anayasa Yargısı (I)*”, AÜHFD, C. 18, S. 1-4, 1961, ss. 547-565. (“*Türkiye’de...*”)

BARBER Nicholas, “*The Rechtsstaat and The Rule of Law*”, Toronto Law Journal, 53-2003, ss. 443-454. (“*The Rechtsstaat...*”)

BARNETT Hilaire, Constitutional & Administrative Law, 5. Bası, Cavendish, Londra 2004. (Constitutional...)

BARRY Norman, Modern Siyaset Teorisi, Çev.: Mustafa Erdoğan/Yusuf Şahin, Liberte, 2. Bası, Ankara 2004. (Modern...)

BASTIAT Frederick, The Law, Çev.: Dean Russell, Foundation for Economic Education, 4. Bası, New York 2004.

BAŞLAR Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, Roma Yay., Ankara 2005.
(Anayasa Yargısında...)

BAŞLAR Kemal, “*Anayasa Mahkemesinin 367 Kararı Sonrası*”,
www.anayasa.gen.tr/367karari.doc, E. T. 25.03.2010.

BAŞLAR Kemal, “*Anayasa Mahkemesi Üyeliği*”,
http://www.anayasa.gen.tr/aym_uyeligi.doc, E.T.: 28.04.2010, ss. 1-20.

BATUM Süheyl/**YENİSEY** Feridun/**ERKUT** Celal/**İNCEOĞLU** Sibel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, TÜSİAD Yay., İstanbul 2003.

BATUM Süheyl, 99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa, XII Levha, İstanbul 2009.
(99 Soruda...)

BAYAR Işıl, “*Ockhamlı William’ın Epistemolojisi*”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2001, ss. 165-186.

BEARDSLEY James, “*Constitutional Review in France*”, The Supreme Court Review, Vol. 1975, 1975, ss. 189-259.

BERKİN Necmeddin M., “*İngiltere’de Mahkeme Kararlarının Dayandığı Prensipler ve Hâkimin Hukuk Yaratma Gücü*”, İÜHFİM, C. 15, S. 1-4, 1974, ss. 331-361.

BEZCİ Bünyamin, Carl Schmitt’in Politik Felsefesi: Modern Devletin Müdafaası, Paradigma, İstanbul 2006. (Carl Schmitt’in...)

BEZCİ Bünyamin, “*Modern Türkiye’de Meşruiyetin Politik İçeriği: Schmittyen Bir Değerlendirme*”, Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, Y. 44, S. 508, 2007, ss. 5-13.
(“*Modern Türkiye’de...*”)

BICKEL Alexander M., The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics, Yale University Press, 2. Bası, New Haven and London 1986.

BIELEFELDT Heiner, “*Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik*”, Çev.: Yüksel Metin, içinde: Hukuk Devleti, Ed.: Ali Rıza Çoban/ Bilal Canatan/ Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 271-291.(“*Demokratik Hukuk Devletinde...*”)

BINGHAM Lord, “*The Rule of Law*”, The Cambridge Law Journal, Vol. 66, No. 1, 2007, ss. 67-85.

BIX Brian H., “*Doğal Hukuk: Modern Gelenek*”, Çev.: Ertuğrul Uzun, DEÜHFD, C. 6, S. 2, 2004, ss. 291-343. (“*Doğal Hukuk...*”)

BİLGİN Pertev, “*Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması*”, AYD, C. 12, ss. 171-191. (“*Kanunların Uygulanmasının...*”)

BLACKSTONE William T., *Political Philosophy: An Introduction*, Thomas Y. Crowell Company, USA 1973. (Political...)

BLUNTSCHLI J. K., *The Theory of the State*, Clarendon Press, 3. Bası, Oxford 1895.

BOBBIO Norberto, “*Kelsen ve Hukukun Kaynakları*”, Çev.: Bige Açımız, içinde: *Devlet Kuramı*, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 459-469. (“*Kelsen...*”)

BONNARD Roger, “*Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk*”, Çev.: Mehmet Ali Aybar, HFSA, S. 15, İstanbul Barosu Yay., 2006, ss. 24-40.

BOUILLON Hardy, *John Locke*, Çev.: Ali İbrahim Savaş, Liberte, Ankara 1998.

BRADLEY Anthony W./ **EWING** Keith D., *Constitutional and Administrative Law*, Longman, 13. Bası, Harlow 2003.

BRÜNNECK RUPP v. Wiltraut, “*The Federal Constitutional Court*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 20, No. 3, 1972, ss. 387-403.

BURKENS Martin, “*The Federal Republic of Germany*”, Çev.: Kath Starsmore, içinde: *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 309-366. (“*The Federal...*”)

BURNS Edward McNall, *Çağdaş Siyasal Düşünceler: 1850-1950*, Çev.: Alâeddin Şenel, Birey ve Toplum, 2. Bası, Ankara 1984. (Çağdaş...)

BUTLER Eamonn, *Hayek: Çağımız İktisat ve Siyaset Felsefesine Katkısı*, Çev.: Yusuf Ziya Çelikkaya, Liberte, Ankara 2001. (Hayek...)

CALOGEROPOULOS Andreas, “*The Hellenic Republic*”, Çev.: Alison McDonnell, içinde: *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 369-416.

CAMERON Iain, “*Protection of Constitutional Rights in Sweden*”, *Public Law*, 1997, ss. 488-512.

CAN Osman, “*Bir Uygarlık Serüveni ve Anayasal Meşruiyet Tez Denemesi*”, HFSA, S. 12, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, ss. 121-130.

CAN Osman, “*Anayasa Yargısında Yokluk*”, içinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 175-213.

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, *Anayasa Arayışları ve Türkiye*, BDS, İstanbul 1998. (Anayasa Arayışları...)

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, “*Çağdaş Demokrasi ve Çağdaş Devlet Üzerine Düşünceler*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, DEÜHF Yay., İzmir 2000, ss. 93-115.

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, *Sivil Toplum ve Türkiye Demokrasisindeki İzdüşümleri*, Seçkin, Ankara 2007.

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, “*Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri*”, DEÜHFD, C .10, S. 1, 2008, ss. 9-58. (“*Hukuk Devletinde...*”)

CANİKLİOĞLU DİKMEN Meltem, *Anayasal Devlette Meşruiyet*, Yetkin, Ankara 2010. (Anayasal Devlette...)

CAPPELLETTI Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Bobbs-Merrill Co., Indianapolis 1971. (*Judicial Review...*)

CASSANDRO Giovanni, “*The Constitutional Court of Italy*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 8, No. 1, 1959, ss. 1-14. (“*The Constitutional Court...*”)

CASSIRER Ernst, *Devlet Efsanesi*, Çev.: Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul 1984. (Devlet...)

CASSIRER Ernst, *Kant’ın Yaşamı ve Öğretisi*, Çev.: Doğan Özlem, İnkılâp Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 1996. (Kant’ın...)

CENTEL Nur/**ZAFER** Hamide/**ÇAKMUT** Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 4. Bası, İstanbul 2006.

CEVİZCİ Ahmet, Paradigma Felsefe Sözlüğü, Paradigma, 6. Bası, İstanbul 2005. (Felsefe Sözlüğü)

CHAPMAN Brian, “*The Police-State*”, Government and Opposition, Vol. 3, Issue 4, 1968, ss.428-440.

CHILDE Gordon, Tarihte Neler Oldu?, Çev.: Alâeddin Şenel/Mete Tunçay, Kırmızı, 4. Bası, İstanbul 2007.

CICERO, De Republica, Çev.: Nermin Abadan, içinde: Devlet Felsefesi, Der.: Yavuz Abadan, AÜSBF Yay., Ankara 1959.

CLINTON Robert, “*Eakin v. Raub: Refutation or Justification of Marbury v. Madison?*”, Constitutional Commentary, Vol. 4, 1987, ss. 81-92.

COLE Taylor, “*The West German Federal Constitutional Court: An Evaluation After Six Years*”, The Journal of Politics, Vol. 20, No. 2, 1958, ss. 278-307. (“*The West German...*”)

COPLESTON Frederick, Felsefe Tarihi: Hobbes, Locke, C. 5-a, Çev.: Aziz Yardımlı, İdea, 2. Bası, İstanbul 1998. (Felsefe Tarihi...)

COPLESTON Frederick C., “*George Wilhelm Friedrich Hegel*”, Çev.: Nejat Muallimoğlu, içinde: Batı Düşüncesinde Siyaset Felsefeleri, Ed.: Maurice Cranston, MÜİFAV Yay., 2. Bası, İstanbul 2000, ss. 105-113. (“*George Wilhelm...*”)

CRANSTON Maurice, “*Aquinas*”, içinde: Batı Düşüncesinde Siyaset Felsefeleri, Çev.: Nejat Muallimoğlu, Ed.: Maurice Cranston, MÜİFAV Yay., 2. Bası, İstanbul 2000, ss. 34-43.

CRESPIGNY Anthony De, “*F. A. Hayek: İlerleme İçin Özgürlük*”, Çev.: Huri Türsan, içinde: Çağdaş Siyaset Felsefecileri, Der.: A. De Crespigny/K. R. Minogue, Remzi, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 59-74. (“*F. A. Hayek...*”)

CROZAT Charles, Âmme Hukuku Dersleri, C. II, Kısım II, Orta Zamanlar, Çev.:Recai Galip Okandan, İÜ Yay., İstanbul 1946. (Âmme Hukuku...)

- CUHRUK Mahmut M., “*Türk Anayasa Mahkemesi*”, AYD, C. 4, 1987, ss. 5-15. (“*Türk...*”)
- ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları*”, AYD, C. 2, 1985, ss. 163-195. (“*Anayasa Yargısında Yorum Problemi...*”)
- ÇAĞLAR Bakır, “*Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi: Sentetik Bir Deneme İçin Notlar*”, AYD, C. 3, 1986, ss. 137-187. (“*Parlamentolar...*”)
- ÇAĞLAR Bakır, “*Hukuk Devletinde Gündelik Hayatın Estetiği*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 82-88.
- ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi İlk Veriler*”, AYD, C. 6, 1989, ss. 113-158.
- ÇAĞLAR Bakır, Anayasa Bilimi, İstanbul 1989.
- ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’*”, AYD, C. 6, 1990, ss. 51-127.
- ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa’nın Hukuku ve Anayasa’nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler*”, AYD, C. 8, 1991, ss. 13-62. (“*Anayasa’nın Hukuku...*”)
- ÇAĞLAR Bakır, “*‘Hukuk’la Kavranan ‘Demokrasi’ Ya Da ‘Anayasal Demokrasi’*”, AYD, C. 10, 1993, ss. 233-276. (“*‘Hukuk’la Kavranan...*”)
- ÇAĞLAR Bakır, “*Farklı Bir Mekanda Farklı Bir Zamanda Anayasa Yargısı*”, AYD, C. 12, 1995, ss. 311-317.
- ÇAĞLAR Bakır, “*Anayasa Yargısının Güncelliği: ‘Yargıçlar Zamanı’*”, AYD, C. 15, 1998, ss. 51-69. (“*Anayasa Yargısının Güncelliği...*”)
- ÇAĞLAR Bakır, Bir Anayasacının Seyir Defteri, Su, İstanbul 2000.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi*”, AÜEHFD, C. II, S. 1, 1998, ss. 41-54.
- ÇAHA Ömer, Aşkın Devletten Sivil Toplumla, Gendaş, İstanbul 2000. (Aşkın Devletten...)
- ÇEÇEN Anıl, “*Hukuk Devleti ve Yönetim*”, B. Nuri Esen ARMAĞANI, AÜHF Yay., Ankara 1977, ss. 111-136. (“*Hukuk Devleti...*”)

ÇEÇEN Anıl, *Adalet Kavramı*, Gündoğan, 2. Bası, Ankara 1993.

DAĞDELEN İlhan, “*Devlet Bilimi Metodolojisi: Hans Kelsen’in Saf Hukuk Kuramı ve Devlet Anlayışı*”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, S. 1, No. 1, 2004, ss. 1-44, <http://www.insanbilimleri.com/ojs/index.php/uib/article/view/151/151>, E. T.: 17.03.2010.

DAVER Bülent, “*Kanunla İlgili Meseleler*”, *AÜSBFD*, C. 16, S. 4, 1961, ss. 217-246. (“*Kanunla İlgili...*”)

DAVER Bülent, “*Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)*”, *AYD*, C. 3, 1986, ss. 9-27.

DAVID René, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, Çev.: Argün Köteli, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966. (Çağdaş...)

DAVIES Norman, *Avrupa Tarihi*, Çev.: Burcu Çığman/Elif Topçugil/Kudret Emiroğlu/Suat Kaya, İmge, Ankara 2006.

DEENER David, “*Modern Anayasal Sistemlerde Yargı Denetimi*”, Çev.: Tuncer Karamustafaoğlu, *AÜHFD*, C. 26, S. 3-4, 1969, ss. 179-205.

DEL DUCA Lois/ **DEL DUCA** Patrick, “*An Italian Federalism?: The State, Its Institutions and National Culture as Rule of Law Garantör*”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 54, No. 4, 2006, ss. 799-841. (“*An Italian Federalism?...*”)

DEL VECCHIO Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev.: Sahir Erman, İÜHF Yay., İstanbul 1952. (Hukuk Felsefesi...)

DELEUZE Gilles, *Kant’ın Eleştiri Felsefesi*, Çev.: Hüsen Portakal, Cem, İstanbul 2002. (Kant’ın...)

DELEUZE Gilles, *Kant Üzerine Dört Ders*, Çev.: Ulus Baker, Öteki, 2. Bası, İstanbul 2007.

DEMİRKOL Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı, İstanbul 1991.

DENT N. J. H., *Rousseau Sözlüğü*, Çev.: B. Gözkân/N. Ilgıcioğlu/ A. Çitil/ A. Kovanlıkaya, Sarmal, İstanbul Ankara tarihsiz. (Rousseau...)

DEVECİ Cem, “*Faşizmin Yorumlanması ya da Carl Schmitt’in Saf Siyaset Kuramı*”, içinde: *Liberalizm, Devlet, Hegemonya*, Der.: E. Fuat Keyman, Everest, İstanbul 2002, ss. 32-87. (Faşizmin Yorumlanması...)

- DEVELLİOĞLU** Ferit, Osmanlıca-Türkçe Lûgat, AK, 15. Bası, Ankara 1998.
- DICEY** A. Venn, Introduction To The Study of The Law of The Constitution, Macmillan and co., 8. Bası, Londra 1915. (Inrtoduction...)
- DICEY** A. V., “*Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: A. R. Çoban/ B. Canatan/ A. Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 25-38. (“*Hukuk Devleti...*”)
- DIDIER** Jean, John Locke, Çev.: Atakan Altınörs, Paradigma, İstanbul 2009.
- DIETZE** Gottfried, “*Judicial Review in Europe*”, Michigan Law Review, Vol. 55, No. 4, 1957, ss. 539-566.
- DILCHER** Gerhard, “*Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm*”, Çev.: Ahmet Mumcu, AÜHFD, C. 31, S. 1-4, Ankara 1974, ss. 467-485.
- DOEHRING** Karl, Genel Devlet Kuramı, Çev.: Ahmet Mumcu, İnkılâp, İstanbul 2002. (Genel...)
- DOLINGER** Jacob, “*The Influence of the American Constitutional Law on the Brazilian Legal System*”, The American Journal of Comperative Law, Vol. 38, No. 4, 1990, ss. 803-837. (“*The Influence...*”)
- DÖNER** Ayhan, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığına İlişkin Bazı Sorunlar*”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 215-233.
- DUNN** John, Locke, Altın Kitaplar, İstanbul 2008.
- DURAN** Lûtfi, “*Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu*”, AYD, C. 1, 1984, ss. 57-87. (“*Türkiye’de...*”)
- EBENSTEIN** William, Siyasi Felsefenin Büyük Düşünürleri, Çev.: İsmet Özel, Şûle, 2. Bası, İstanbul 2001. (Siyasi Felsefenin...)
- EDWARDS** R. A., “*Bonham’s Case: the Ghost in the Constitutional Machine*”, Denning Law Journal, Vol. 11, 1996, ss. 63-90. (“*Bonhamö’s...*”)

- ENDICOTT** Timothy A. O., “*The Impossibility of the Rule of Law*”, Oxford Journal of Legal Studies, Spring 1999, ss. 1-18.
- ENGSTER** Daniel, Divine Sovereignty, Northern Illinois Press, Illinois 2001.
- ERDOĞAN** Mustafa, Anayasa ve Özgürlük, Yetkin, Ankara 2002.
- ERDOĞAN** Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2005.
- ERDOĞAN** Mustafa, Anayasa Hukuku, Orion, 4. Bası, Ankara 2007.
- ERGÜL** Ozan, “*Anayasa Mahkemesi ve Hâkim Tarafsızlığı*”, TBB Dergisi, S. 54, 2004, ss. 245-257.
- ERGÜL** Ozan, Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi, Adalet, Ankara 2007. (Yeni...)
- ERİŞİRGİL** Mehmet Emin, Kant ve Felsefesi, İnsan, İstanbul 1997. (Kant...)
- EROĞUL** Cem, Anayasayı Değiştirme Sorunu: Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi, AÜSBF Yay., Ankara 1974.
- EROĞUL** Cem, Devlet Nedir?, İmge Kitabevi, 3. Bası, Ankara 2002.
- EROĞUL** Cem, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri*”, AYD, C. 20, 2003, ss. 196-213.
- EROĞUL** Cem, Anütüze Giriş, İmaj, 10. Bası, Ankara 2009.
- ESEN** Bülent Nuri, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, AÜHF Yay., Ankara 1966.
- ESEN** Bülent Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması, AÜHF Yay., Ankara 1972.
- EVANS** Malcolm, “*The Italian Constitutional Court*”, the International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, No. 3, 1968, ss. 602-633. (“*The Italian...*”)
- FARRELLY** David G./**CHAN** Stanley H., “*Italy’s Constitutional Court: Procedural Aspects*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 6, No. 2/3, 1957, ss. 314-327. (“*Italy’s...*”)
- FENDOĞLU** Hasan Tahsin, Hukuka Giriş, Mimoza, Konya 1995.

- FENDOĞLU H. Tahsin**, “*Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu*”, AYD, C. 17, 2000, ss. 363-385. (“*Uluslararası...*”)
- FEREJOHN John E.**, “*Constitutional Review in the Global Context*”, Legislation and Public Policy, Vol. 6, No. 1, 2002, ss. 49-59.
- FEYZİOĞLU Turhan**, “*Kuvvetlerin Ayrılığı Nazariyesi*”, AÜSBFD, C. 2, S. 1, 1947, ss. 50-60. (“*Kuvvetlerin...*”)
- FEYZİOĞLU Turhan**, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, AÜSBF Yay., Ankara 1951. (Kanunların...)
- FRIEDRICH Carl J.**, Sınırlı Devlet, Çev.: Mehmet Turhan, Gündoğan, Ankara 1999.
- FRIEDRICH Carl Joachim**, “*The Issue of Judicial Review in Germany*”, Political Science Quarterly, Vol. 43, No. 2, 1928, ss. 188-200.
- FROWEIN A. Jochen**, “*İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu*”, AYD, C. 9, 1992, ss. 111-115.
- FURTUN Ayşen**, “*Leviathan Üzerine Birkaç Söz*”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, AÜHF Yay., Ankara 1995, ss. 185-189. (“*Leviathan...*”)
- FURTUN Ayşen**, İngiliz Analitik Pozitivizmi: John Austin’in Hukuk ve Devlet Teorisi, Seçkin, Ankara 1997. (İngiliz Analitik)
- GERÇEKER Hasan**, 2009-2010 Adli Yıl Açış Konuşması, Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2009.
- GIVENS Richard A.**, “*Chief Justice Stone and the Developing Functions of Judicial Review*”, Virginia Law Review, Vol. 47, No. 8, 1961, ss. 1321-1365.
- GÖKBERK Macit**, Felsefe Tarihi, Remzi, 10. Bası, İstanbul 1999.
- GÖNENÇ Levent**, “*Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi*”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, ss. 131-152. (“*Meşruiyet Kavramı...*”)
- GÖREN Zafer**, “*Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru: Anayasa Şikâyeti*”, AYD, C. 11, 1994, ss. 97-134. (“*Anayasa Mahkemesine...*”)

- GÖREN** Zafer, “*Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları*”, AYD, C. 12, 1995, ss. 199-243. (“*Türk...*”)
- GÖREN** Zafer, “*Anayasa Şikâyeti: Külfetsiz, Masrafsız ve Sonuçsuz?*”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 293-337. (“*Anayasa Şikâyeti...*”)
- GÖREN** Zafer, “*Anayasa Koyan Erk ve Anayasa Değişikliklerinin Sınırları*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, 2009, ss. 1-15. (“*Anayasa Koyan...*”)
- GÖZE** Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta, 9. Bası, İstanbul 2000. (Siyasal Düşünceler...)
- GÖZLER** Kemal, *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, US-A, Ankara 1998. (Hukukun...)
- GÖZLER** Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, Bursa 2000.
- GÖZLER**, “*Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?*”, AÜSBFD, C. 55, S. 3, 2000, ss. 81-101. (“*Türk Anayasa Yargısında...*”)
- GÖZLER** Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin, C. I, Bursa 2003.
- GÖZLER** Kemal, “*Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu*”, AÜSBFD, C. 61, S. 3, 2006, ss. 131-166. (“*Anayasa Yargısının...*”)
- GÖZLER** Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin, Bursa 2007.
- GÖZLER** Kemal, “*Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine*”, AÜHFD, C. 56, S. 2, 2007, ss. 45-61.
- GÖZLER** Kemal, *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin, 13. Bası, Bursa 2008. (Anayasa Hukukuna...)
- GÖZLER** Kemal, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Ekin, Bursa 2008.
- GÖZLER** Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 5. Bası, Bursa 2008.

GÖZLER Kemal, “*Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçilmeleri: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*”, <http://www.anayasa.gen.tr:aym-uyesecimi.doc>, E. T., 28.04.2010.

GÖZTEPE Ece, *Anayasa Şikayeti*, AÜHF Yay., Ankara 1998.

GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN Turgut, *İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan, Ankara 2003.

GÖZÜBÜYÜK Şeref A./TAN Turgut, *İdare Hukuku, C. 1, Genel Esaslar*, Turhan, 5. Bası, Ankara 2007.

GRAY John, *Liberalizmin İki Yüzü*, Dost, Ankara 2003. (Liberalizmin...)

GÜL SALLAN Songül, “*20. Yüzyılda Yeni Sağın İdeolojik Yükselişi ve Yeni Sağda Sosyolojiye Saldırmanın Dayanılmaz Hafifliği*”, <http://yaklasim.iibf.gazi.edu.tr/ciltler/11/39/1.pdf>, E. T.: 15.05.2010, ss. 1-22.

GÜLSOY Mehmet Tevfik, “*John Locke’un Siyaset Teorisinin Temel Kavramları ve Yasama Gücü*”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy1.html#fnB1>, E. T.: 29.04.2010. (“John...”)

GÜLSOY Mehmet Tevfik, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ölçü-Norm ve Siyasal Alanın Sınırı Olarak Başlangıç İlkeleri*”, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TGuelsoy.html>, E.T.: 25.08.2010.

GÜLSOY Mehmet Tevfik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin, Ankara 2007. (Özgürlüklerin...)

GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku, İmaj*, 7. Bası, Ankara 2003.

GÜNDOĞAN Ali Osman, “*Hak ve Adalet*”, HFSA, S. 9, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, ss. 82-87.

GÜNEŞ Turan, “*C.H.P.’nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine*”, AÜSBFD, C. 18, S. 3, 1963, ss. 345-361.

GÜR Refik A., *Hukuk Devleti = Kazâi Mürakabe*, Çeltüt Matbaası, İstanbul 1958. (Hukuk Devleti...)

- GÜRAN** Sait, “*Anayasa Mahkemesi’nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması*”, AYD, C. 12, 1995, ss. 193-197. (“*Anayasa Mahkemesinin İşlevi...*”)
- GÜRAN** Sait, “*Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi*”, içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 49-51.
- GÜRBÜZ** Ahmet, Hukuk ve Meşruluk: Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme, Beta, 2. Bası, İstanbul 2004. (Hukuk ve Meşruluk...)
- GÜRİZ** Adnan, “*Hobbes, Şahsiyeti ve Siyasi Fikirleri*”, AÜHFD, C. 12, S. 1-2, Ankara 1955, ss. 298-315. (“*Hobbes...*”)
- GÜRİZ** Adnan, Hukuk Felsefesi, AÜHF Yay., Ankara 1985.
- GÜRKAN** Ülker, Hukukî Realizm Akımı, AÜHF Yay., Ankara 1967.
- GÜVENÇ** Nazım, Hayekizm, BDS, İstanbul 1999.
- HABERMAS** Jürgen, “*Hukuk Devleti ve Demokrasi Arasındaki İçsel İlişki*”, Çev.: Bilal Canatan, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 259-268.
- HACIYEV** Khanlar, “*Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü*”, Çev.: Ersoy Kontacı, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 226-234.
- 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*”, AYD, C. 24, 2007, ss. 525-568.
- HAKYEMEZ** Yusuf Şevki, “*Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu*”, içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN’A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 365-398. (“*Anayasa Mahkemesi...*”)
- HAKYEMEZ** Yusuf Şevki, Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin, Ankara 2009. (Hukuk ve Siyaset)

HALLER Herbert, “*Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar: Avusturya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor*”, AYD, C. 21, 2004, ss. 179-193.

HALLER Herbert, “*Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri*”, Çev.: Osman Can, AYD, C. 21, 2004, ss. 50-68

HAMILTON Alexander, “*The Federalist No. 78: The Judiciary Department*”, Independent Journal, 14 Haziran 1788. Çevrimiçi metin için: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>, E.T.: 30.05.2010. (“*The Federalist No. 78...*”)

HANÇERLİOĞLU Orhan, *Düşünce Tarihi, Remzi Kitabevi, 12. Bası, İstanbul 2006.*

HASSEMER Winfried, “*Anayasa Mahkemelerinde Yapılanma: Almanya Raporu*”, Çev.: Fazıl Sağlam, AYD, C. 21, 2004, ss. 27-49. (“*Anayasa Mahkemelerinde...*”)

HASSEMER Winfried, “*Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar: Almanya’da Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor*”, AYD, C. 21, 2004, ss. 164-178. (“*Anayasa Şikâyeti...*”)

HAYEK Friedrich A., *Individualism and Economic Order*, The University of Chicago Press, Chicago 1948. (Individualism...)

HAYEK Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago 1960. (The Constitution...)

HAYEK Friedrich A., *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, the Collected Works of F. A. Hayek, Vol. I, Ed.: W. W. Bartley III, The University of Chicago Press, Chicago 1989. (The Fatal...)

HAYEK Freidrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı*, C. II, Çev.: Mustafa Erdoğan, Türkiye İş Bankası Yay., Basım Yeri Belirtilmemiş 1995. (Kanun..., C. II)

HAYEK Friedrich A., *Hukuk, Yasama ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*, C. I, Çev.: Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Yay., Basım Yeri Belirtilmemiş 1996. (Hukuk..., C. I)

HAYEK Friedrich A., “*Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri*”, Çev.: Atilla Yayla, içinde: *Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar*, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 171-185. (“*Liberal Bir Sosyal Düzenin...*”)

HAYEK Friedrich A., “*Liberal Bir Devletin Anayasası*”, Çev.: Mustafa Erdoğan, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 187-192.

(“*Liberal Bir Devletin...*”)

HAYEK Friedrich A., Kölelik Yolu, Çev.: Turhan Feyzioğlu/ Yıldırım Arsan, Liberte, Ankara 2004. (Kölelik...)

HAYEK Friedrich A., “*Siyasî İdeal Olarak Hukuk Devleti*”, Çev.: Sevda Gültekin Göktolga/Alı Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti, Ed.: Alı Rıza Çoban/ Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 41-145. (“*Siyasî...*”)

HAYS Bradley D., “*Review: Due Process of Law, A Brief History*”, Law & Politics Book Review, Vol. 13, No.: 2, 2003,

<http://www.bsos.umd.edu/gvpt/lpbr/subpages/reviews/orth-john.htm>, E. T.: 23.03.2010.

HEGEL Georg W. F., Tüze Felsefesi, Çev.: Aziz Yardımlı, İdea, İstanbul 2006.

HEIMSOETH Heinz, Kant’ın Felsefesi, Çev.:Takiyettin Mengüşoğlu, Doğu-Batı, 4. Bası, Ankara 2007. (Kant’ın...)

HEKİMOĞLU Mehmet Merdan, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasası Yargısının Hukuki Boyutları, Detay, Ankara 2004. (Alman Hukuku Işığında...)

HEPER Altan, “*Alman Anayasa Mahkemesinin Hukuk Devleti Anlayışı*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, Afa, İstanbul 1998, ss. 168-179. (“*Alman...*”)

HIRSCHL Ran, “*The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Polities*”, Stanford Journal of International Law, Vol. 36, 2000, ss. 73-118.

HOBBS Thomas, Leviathan, Çev.: Semih Lim, YKY, 5. Bası, İstanbul 2005.

HOCANOĞLU Şeref A./**OCAKÇIOĞLU** İsmet, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ayyıldız Matbaası, İstanbul 1971.

(Anayasa ve anayasa Mahkemesi...)

HUBER Ernst Rudolf, “*Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet*”, Çev.: Tuğrul Ansay, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, s. 57-81. (“*Modern...*”)

HÜNLER Solmaz Zelyut, “*Adaletin Muadili Nedir?*”, HFSA, S. 9, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2004, ss. 67-72. (“*Adaletin...*”)

İŞIKTAÇ Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz, İstanbul 2004.

İBA Şeref, *Anayasa Hukuku ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2008. (Anayasa Hukuku...)

İKİNCİOĞULLARI Füzuran, “*Hukuk Devleti*”, GÜHFD, C. 1, S. 1, Ankara 1997, ss. 29-32.

İSPİR Naci, “*Thomas Hobbes ve Demokrasi*”, *Felsefe Dünyası*, S. 38, 2003, ss. 141-148. (“*Thomas Hobbes...*”)

İZVEREN Âdil, *Hukuk Felsefesi*, DEÜHF Yay., 2. Bası, Ankara 1994.

JONES W. T, *Batı Felsefesi Tarihi*, C. 1, Çev.: Hakkı Hünler, Paradigma, İstanbul 2006. (Batı Felsefesi..., C. I)

JOWITT Ken, “*Yeni Dünya Düzensizliği*”, Çev.:Levent Köker, içinde: *Demokrasinin Küresel Yükselişi*, Der.: Larry Diamond/ Marc F. Plattner, Yetkin, Ankara 1995, ss. 303-313.

KABOĞLU İbrahim Ö., “*Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi*”, içinde: *Hukuk Devleti*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 89-116. (“*Türkiye’de...*”)

KABOĞLU, İbrahim Ö., “*Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı: Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım*”, AYD, C. 8, 1991, ss. 291-322.

KABOĞLU İbrahim Ö., “*İnsan Haklarının Gelişmeci Özelliği ve Anayasa Yargısı*”, AYD, C. 9, 1992, ss. 121-136.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa ve Toplum*, İmge, Ankara 2000.

KABOĞLU İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal, 3. Bası, İstanbul 2006. (Anayasa Hukuku...)

KABOĞLU İbrahim Ö., Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye, İmge, 4. Bası, Ankara 2007. (Anayasa Yargısı...)

KABOĞLU İbrahim Ö., Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası: Halk Neyi Oylayacak, İmge, Ankara 2010. (Değişiklikler Işığında...)

KALYVAS Andreas, “Who’s Afraid of Carl Schmitt?”, Philosophy & Social Criticism, Vol.: 25, No: 5, 1999, ss. 87-125. (“Who’s Afraid of...”)

KANADOĞLU Korkut O., Anayasa Mahkemesi, Beta, İstanbul 2004.

KANADOĞLU Osman Korkut, “Yeni Anayasa Arayışları ve Karşılaştırmalı Hukuk Bağlamında Anayasa Mahkemesi”, AYD, C. 25, 2008, ss. 61-89. (“Yeni Anayasa...”)

KANADOĞLU Korkut, “Alman Federal Anayasa Mahkemesi”, içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 59-65.

KANT Immanuel, “‘Aydınlanma Nedir?’ Sorusuna Yanıt”, Çev.: Nejat Bozkurt, içinde: Kant, Der.: Nejat Bozkurt, Say, 2. Bası, İstanbul 2008, ss. 261-273. (“‘Aydınlanma Nedir?’...”)

KANT Immanuel, The Science of Right, Çev.: W. Hastie, <http://www.marxists.org/reference/subject/ethics/kant/morals/ch04.htm>, E. T.: 16.10.2010. (The Science...)

KAPANİ Münici, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli, AÜHF Yay., Ankara 1956.

KAPANİ Münici, Kamu Hürriyetleri, Yetkin, 7. Bası, Ankara 1993.

KAPANİ Münici, Politika Bilimine Giriş, Bilgi, 14. Bası, Ankara 2002. (Politika...)

KARAKAMISHEVA Tanja, “Constitutional Complaint- Procedural and Legal Instrument for Development of the Constitutional Justice: Case Study- Federal Republic of Germany, Republic of Croatia, Republic of Slovenia, Republic of Macedonia”, ss. 1-16, http://www.venice.coe.int/WCCJ/Papers/MKD_Karakamisheva_E.pdf, E. T. 23.04.2010. (“Constitutional Complaint...”)

KAYA Meral, Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme, Seçkin, Ankara 2008.

KELSEN Hans, “*Saf Hukuk Kuramı Nedir?*”, Çev.: Kasım Akbaş, HFSA, S. 15, İstanbul Barosu Yay., 2006, ss. 56-63.

KELSEN Hans, “*Norm ve Değer*”, Çev.: Kasım Akbaş, HFSA, S. 15, İstanbul Barosu Yay., 2006, ss. 64-69.

KELSEN Hans, “*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*”, Çev.: Cemal Bâli Akal, içinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 425-456. (“*Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk...*”)

KELSEN Hans, “*The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization*”, The Yale Law Journal, Vol. 53, No: 2, 1944, ss. 207-220.

KEMPIN Frederick G., Historical Introduction to Anglo-American Law, West Publishing, 3. Bası, St. Paul 1990.

KEYMAN Selahattin, “*Hukuki Pozitivizm*”, AÜHFD, C. 35, S. 1-4, Ankara 1978, ss. 17-55.

KILIÇ Haşim, “47. Kuruluş Yılı Törenini Açış Konuşması”, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=haber&id=1>, E. T.: 25.04.2010.

KILIÇ Haşim, “*Türk Anayasa Mahkemesinin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Öneri (Türkiye Raporu)*”, AYD, C. 21, 2004, ss. 80-94. (“*Türk Anayasa Mahkemesinin...*”)

KILINÇ Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Seçkin, Ankara 2006.

KILINÇ Bahadır, “*Common Law (Ortak Hukuk) Sistemine Sahip Ülkelerden A.B.D. ve İngiltere’de Anayasa Kavramı ve Yargısal Denetim*”, içinde: Anayasa Yargısı İncelemeleri, C. 1, Ed.: Mehmet Turhan/ Hikmet Tülen, Ankara 2006, ss. 113-148. (“*Common Law...*”)

KILINÇ Bahadır, “*Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*”, AYD, C. 25, 2008, ss. 19-59. (“*Karşılaştırmalı...*”)

KILINÇ TOKER Nilgün, “*Modern Devletin İcrası Olarak Modernleşme*”, <http://www.birikimdergisi.com/birikim/makale.aspx?mid=153>, E. T.: 22.06.2010.

- KILLIAN** Johnny H./ **COSTELLO** George A./ **THOMAS** Kenneth R. (Co-Editors), *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, Washington 2004.
- KIM** Yang-Kyun, “*Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi*”, AYD, C. 9, 1992, ss. 347-355. (“*Kore’de...*”)
- KING** Edward/ **HAWLEY** Joseph, “*İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi*”, Çev.: İlhan Lütem, AÜHFD, C. 16, S. 1-4, 1959, ss. 178-233.
- KING** Edward/**HAWLEY** Joseph, “*Amerikan Hükûmet Sisteminin Umumi Hatları*”, Çev.: İlhan Lütem, AÜHFD, C. 17, S. 1-4, 1960, ss. 47-97. (“*Amerikan Hükûmet Sisteminin...*”)
- KIRATLI** Metin, *Alman Federal Anayasa Mahkemesi*, AÜSBF Yay., Ankara 1963. (Alman...)
- KIRATLI** Metin, “*Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler*”, AÜSBFD, C. 37, S. 3-4, 1982, ss. 125-129. (“*Anayasa...*”)
- KISKER** Gunter, “*The West German Federal Constitutional Court as Guardian of the Federal System*”, Publius, Vol. 19, No. 4, 1989, ss. 35-52.
- KIŞLALI** Ahmet Taner, *Siyasal Çatışma ve Uzlaşma*, İmge Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1993. (Siyasal Çatışma...)
- KİA AKKAYA** Rukiye, *Moderniteden Postmoderniteye Egemenlik ve Hukuk*, Beta, İstanbul 2006. (Moderniteden...)
- KNIGHT** Jack/ **EPSTEIN** Lee, “*On The Struggle for Judicial Supremacy*”, *Law & Society Review*, Vol. 30, No. 1, 1996, ss. 87-120.
- KOOPMANS** Tim, *Courts and Political Institutions: A Comperative View*, Cambridge 2003.
- KORTMANN** Constantijn, “*The French Republic*”, Çev.: Pete Thomas, içinde: *Constitutional Law of 15 EU Members*, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 239-308.
- KÖKÜSARI** İsmail, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, XII Levha, İstanbul 2009. (Anayasa Mahkemesi...)

KUBALI Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku: Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1965.
(Anayasa Hukuku...)

KUBALI Hüseyin Nail, Devlet Anahukuku Dersleri, C. I, Fasikül 1, Adnan Kitabevi, İstanbul 1946. (Devlet Anahukuku...)

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, III, Demir Demir, 6. Bası, İstanbul 2001.
(Hukuk...)

KUTLU Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı, Seçkin, Ankara 2001. (Kuvvetler...)

KUTLU Mustafa, “*Hukuk Devletinde Yargıç Meşruiyetinin Görünüm Biçimleri*”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., 2003, ss. 119-158.

KÜÇÜK Adnan, “*Hukuk Devleti Kavramı ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti*”, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Adres Yay., Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, ss. 351-454. (“*Hukuk Devleti...*”)

LARRÉRE Catherine, “*Grotius Hugo*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim Yay., İstanbul 2003, ss. 349-354.

LARRÉRE Catherine, “*Montesquieu*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim Yay., İstanbul 2003, ss. 600-609.

LANDFRIED Christine, “*The Selection Process of Constitutional Court Judges in Germany*”, içinde: Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World, Ed. Kate Malleson/Peter H. Russell, University of Toronto Press, Toronto 2007, ss. 196-210.

LEONI Bruno, Freedom and the Law, D. Van Nostrand Co., New Jersey, 1961.

LESSNOFF Michael H., Political Philosophers of the Twentieth Century, Blackwell, Oxford 1999.

LIMBACH Jutta, “*The Concept of the Supremacy of the Constitution*”, The Modern Law Review, Vol. 64, No: 1, 2001, ss. 1-10.

LIPSET Seymour Martin, Siyasî İnsan, Çev.: Mete Tunçay, Türk Siyasî İlimler Derneği Yay., Ankara 1964.

- LIPSON** Leslie, Politika Biliminin Temel Sorunları, Çev.: Tuncer Karamustafaoğlu, AÜHF Yay., Ankara 1973. (Politika Biliminin...)
- LOCKE** John, Hükümet Üzerine Birinci İnceleme, Çev.: Fahri Bakırcı, Kırlangıç Yay., Ankara 2007.
- LOCKE** John, Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'den Seçme Parçalar, Çev.: Mete Tunçay, içinde: Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi, Seçilmiş Yazılar: Yeni Çağ, Der.: Mete Tunçay, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2002. (Uygur Yönetim...)
- LOCKHART** William B./**KAMISAR** Yale/**CHOPER** Jesse H./**SHIFFRIN** Steven H./**FALLON** Richard H. Jr., Constitutional Rights and Liberties: Cases, Comments, Questions, West, 8. Bası, St. Paul 1996. (Constitutional Rights...)
- MACHACEK** Rudolf, "Avusturya Anayasa Mahkemesi", AYD, C. 4, 1987, ss. 17-25.
- MAGEE** Bryan, Büyük Filozoflar: Platon'dan Wittgenstein'a Batı Felsefesi, Paradigma Yay., İstanbul 2000. (Büyük Filozoflar...)
- MALLESON** Kate, "Introduction", içinde: Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World, Ed. Kate Malleson/Peter H. Russell, University of Toronto Pres, Toronto 2007, ss. 3-10.
- MARDİN** Şerif, "Tabii Hukuk, Batı Toplumunu ve Bizler", HFSA, S. 9, İstanbul 2004, ss. 13-18. ("Tabii Hukuk...")
- MARIGNE** Leon-Jozeau, "Fransız Anayasa Mahkemesi", AYD, C. 4, 1987, ss. 53-58. ("Fransız...")
- MARMOR** Andrei, "Hukuk Devleti ve Sınırları", Çev.: Sevdâ Gültekin Göktolga, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Adres Yay., Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Ankara 2008, 169-207. ("Hukuk Devleti...")
- MAYO** H. B., Demokratik Teoriye Giriş, Çev.: Emre Kongar, Ankara 1964. (Demokratik Teoriye...)
- McNEILL** William H., Dünya Tarihi, Çev.: Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, 5. Bası, Ankara 2001.

- McWHINNEY** Edward, “*Judicial Restraint and the West German Constitutional Court*”, Harvard Law Review, Vol. 75, No. 1, 1961, ss. 5-38.
- MEIJ De Jan**, “*The Kingdom of Sweden*”, Çev.: Louise Punt-Heyning, içinde: Constitutional Law of 15 EU Member States, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 799-860.
- MELNIK** Stefan, “*Kanun Hakimiyeti Prensibinin Anlam ve Önemi*”, Çev.: Bican Şahin, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Der.: Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 193-198. (“*Kanun Hakimiyeti...*”)
- METİN** Yüksel, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yay., Ankara 2008. (Anayasanın...)
- MICHALOWSKI** Sabine/**WOODS** Lorna, German Constitutional Law: The Protection of Civil Liberties, Ashgate & Dartmouth, Aldershot 1999. (German Constitutional Law...)
- MONTESQUIEU** Charles de, The Spirit of Laws, Çev.: Thomas Nugent, http://www.constitution.org/cm/sol_01.htm#001, E.T.: 03.01.2010
- MONTESQUIEU**, De l’Esprit Des Lois, http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/esprit_des_lois_Livre_1.pdf, E.T.: 03.01.2010.
- MONTESQUIEU**, Kanunların Ruhu Üzerine, C. I, Çev.: Fehmi Baldaş, Toplumsal Dönüşüm Yay., 2. Bası, İstanbul 1998. (Kanunların Ruhu..., C. I)
- MONTESQUIEU**, Kanunların Ruhu, Çev.: Bülent Daver, içinde: Devlet Felsefesi, Ed.: Yavuz Abadan, AÜSBF Yay., Ankara 1959.
- MOORE** Barrington JR., Diktatörlüğün ve Demokrasinin Toplumsal Kökenleri, Çev.: Şirin Tekeli/Alâeddin Şenel, İmge, 2. Bası, Ankara 2003.
- MORGAN** Henry L., Eski Toplum, C. II, Çev.: Ünsal Oskay, Payel, 2. Bası, İstanbul 1998.
- NAGEL** Heinrich, “*Judicial Review in Germany*”, The American Journal of Comperative Law, Vol. 3, No. 2, 1954, ss. 233-241.

NARİN Serdar, Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Hukuksal Yaptırımı ve Etkisi, DEÜSBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2001. (Türk Anayasa Mahkemesinin...)

NARİN Serdar, “1982 Anayasası Düzeninde Anayasa Mahkemesi Yargıçlarında Aranılan Nitelikler, Görev Süreleri ve Yargıçları Belirleme Kuralları”, İzBD, Y. 73, S. 1, 2009, ss. 163-238. (“1982 Anayasası...”)

NEUMAN Gerald L., “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi”, Çev.: Ali Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti, Adres Yay., Ed.: Ali Rıza Çoban/ Bilal Canatan/ Adnan Küçük, Ankara 2008, ss. 557-574. (“Amerika’da...”)

OCAKÇIOĞLU İsmet, “Anayasa Mahkemesi Kararları” , Prof. Dr. OSMAN F. BERKİ’ye ARMAĞAN, AÜHF Yay., Ankara 1977, ss. 567-586. (“Anayasa Mahkemesi...”)

ODYAKMAZ Zehra, “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, AYD, C. 25, 2008, ss. 155-204. (“Yeni Anayasa...”)

OKANDAN Recai Galip, Umumî Âmm Hukukumuzun Ana Hatları, C. I, İÜHF Yay., İstanbul 1948.

OKANDAN Recai Galip, Umumî Âmm Hukuku: Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları, İÜHF Yay., İstanbul 1976.

OKTAY Cemil, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği”, AYD, C. 1, 1984.

OKUTAN Cevat (ed.), Küreselleşme ve Türkiye: Türkiye’de Devletin Gelişimi, Seçkin Yay., Ankara 2007.

ONAR Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993. (1982 Anayasasında...)

ONAR Erdal, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi Alanında Ülkemizdeki Öncüler, AÜHF Yay., Ankara 2003. (Kanunların...)

- ONAR** Sıddık Sami, “*Amme Hukukunda Hukukî Tasarruflar ve Kazaî Murakabe*”, İÜHFD, Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul 1939, ss. 275-335. (“*Amme...*”)
- ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukuku, İÜ Yay., İstanbul 1942. (İdare Hukuku)
- ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, Akgün Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1960. (İdare Hukukunun..., 1960)
- ONAR** Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, Akgün Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1966. (İdare Hukukunun..., 1966)
- OTACI** Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, Birey Yay., İstanbul 2004.
- OTAR** Gogilaşvili, “*Doğal ve İradi Hukuk Arasındaki İlişki*”, HFSA, S. 10, İstanbul 2004.
- OVACIK** Mustafa, İngilizce Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Bası, BTHAE, Ankara 1986.
- ÖDEN** Merih, “*Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Anayasa Yargısı*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2673.pdf>, E.T. 28.03.2010.
- ÖDEN** Merih, “*Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması*”, AÜHFD, C. 43, S. 1-4, 1993, ss. 61-124.
- ÖDEN** Merih, “*Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı*”, AÜSBFD, C. 55, S. 4, 2000, ss. 47-81.
- ÖKÇESİZ** Hayrettin, “*Hukuk Devleti*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 17-34.
- ÖKÇESİZ** Hayrettin, “*Hukuk Devleti Olgusu*”, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, ss. 44-56.
- ÖKÇESİZ** Hayrettin, “*Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama Şeması*”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2003. (“*Hukuk ve Siyaset Geriliminde...*”)
- ÖKTEM** Niyazi/**TÜRKBAĞ** Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der, 3. Bası, İstanbul 2003. (Felsefe...)
- ÖKTEM** Ülker, “*Kant Ahlakı*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/34/922/11498.pdf>, E.T.: 15.01.2010.

- ÖZAY** İl Han, “Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmişi ve Geleceğiyle İtalyan Anayasa Mahkemesi”, AYD, C. 6, 1989, ss. 215-232. (“Yargının...”)
- ÖZAY** İl Han, “Anayasa Mahkemeleri (Ya Da Yargısının) Meşruiyeti”, AYD, C. 9, 1992, ss. 67-74. (“Anayasa...”)
- ÖZAY** İl Han, “Yeni Bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulü”, AYD, C.12, 1995, ss. 45-49.
- ÖZBUDUN** Ergun, “İngiltere’de Parlamento Egemenliği Teorisi”, AÜHFD, C. 25, S. 1-2, 1968, ss. 59-79. (“İngiltere’de...”)
- ÖZBUDUN** Ergun, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri”, AÜHFD, C. 36, S. 1-4, 1979, ss. 3-26.
- ÖZBUDUN** Ergun, Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, Bilgi, İstanbul 1993. (Demokrasiye Geçiş Sürecinde...)
- ÖZBUDUN** Ergun, “Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, AYD, C. 24, 2007, ss. 359-364. (“Demokrasiye Geçiş...”)
- ÖZBUDUN** Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin, 10. Bası, Ankara 2009.
- ÖZCAN** Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Set, 2. Bası, İstanbul 2003.
- ÖZCAN** Mehmet Tevfik, “Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti”, HFSA, S.16, İstanbul 2007, ss. 190-208.
- ÖZCAN** Mehmet Tevfik, Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha, İstanbul 2008. (Modern Toplum...)
- ÖZCAN** Mehmet Tevfik, “Hukuk Devleti ve İnsan Erdemi”, HFSA, S. 21, 2010, ss. 128-137.
- ÖZCAN** Zeki, “Ortaçağ’da Birey ve Bireyleşme”, Doğu-Batı, Y. 8, S. 33, 2005, ss. 11-37.
- ÖZÇELİK** Selçuk A., Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, C. I, Umumi Esaslar, İÜHF Yay., İstanbul 1978. (Esas Teşkilât Hukuku...)
- ÖZDEK** Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye: AİHS Sistemi, AİHM Kararlarında Türkiye, TODAİE Yay., Ankara 2004. (Avrupa...)

- ÖZER** Attila, *Anayasa Hukuku: Genel İlkeler*, Turhan, 3. Bası, Ankara 2009. (Anayasa Hukuku...)
- ÖZKORKUT ÜNAL** Nevin, “1876 Anayasası’nın Hukuk Devleti Unsurları Açısından Osmanlı Devlet Anlayışına Getirdiği Yenilikler”, C. 53, S. 1, 2004, ss. 173-184.
- ÖZLEM** Doğan, “Evrenselcilik, İnsan Hakları, Liberalizm Üstüne”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., 2003, ss. 54-61.
- PACZOLAY** Péter, “Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar: Venedik’te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor”, AYD, C. 21, 2004, ss. 194-203. (“Anayasa Şikâyeti...”)
- PACZOLAY** Péter, “The Jurisdiction of the Hungarian Constitutional Court”, [http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU\(2008\)040-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2008/CDL-JU(2008)040-e.asp), 05.04.2010. (“The Jurisdiction...”)
- PARPWORTH** Neil, *Constitutional and Administrative Law*, Butterworths, 2. Bası, London 2002. (Constitutional...)
- PAZARCI** Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan, 3. Bası, Ankara 2005.
- PEKCANITEZ** Hakan, “Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, AYD C. 12, 1995, ss. 257-287. (“Mukayeseli Hukukta...”)
- PETERS** R. S., “Hegel ve Ulus-Devlet”, içinde: THOMSON David, *Siyasi Düşünce Tarihi*, Çev.: Ali Yaşar Aydoğan ve diğerleri, Şûle, 3. Bası, İstanbul 2000, ss. 154-168. (“Hegel...”)
- PIERCE** J. Richard Jr., “*Morrison v. Olson, Separation of Powers, and the Structure of Government*”, *The Supreme Court Review*, Vol. 1988, 1988, ss. 1-41.
- PIERSON** Christopher, *Modern Devlet*, Çev.: Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000.
- PINO** Giorgio, “The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States”, *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, 1999, ss. 513-536. (“The Place of...”)
- PLATO**, *Letters*, içinde: *Plato in Twelve Volumes*, Vol. 7, Çev.: R. G. Bury, Cambridge, MA, Harvard Univ. Press., London 1966, www.perseus.tufts.edu/hopper.
- PLATO**, *Crito*, Çev.: Benjamin Jowett, <http://classics.mit.edu/Plato/crito.html>.

- PLATO**, The Statesman, Çev.: Benjamin Jowett, <http://ebooks.adelaide.edu.au/p/plato/p71st/index.html>, E. T.: 18. 06.2010.
- PLATON**, Yasalar, Çev.: Candan Şentuna/ Saffet Babür, Kabalcı, 3. Bası, İstanbul 2007.
- PLATON**, Devlet, Çev.: Sabahattin Eyüboğlu/M. Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Yay., 14. Bası, İstanbul 2008.
- PLUCKNETT** F. T. Theodore, “*Bonham’s Case and Judicial Review*”, Harvard Law Review, Vol. 40, No. 1, 1926, ss. 30-70. (“*Bonham’s Case...*”)
- POGGI** Gianfranco, Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2. Bası, İstanbul 2002.
- POGGI** Gianfranco, Devlet: Doğası, Gelişimi ve Geleceği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Çev.: Aysun Babacan, İstanbul 2007. (Devlet...)
- POPPER** Karl, Açık Toplum ve Düşmanları, C. II, Çev.: Harun Rızatepe, Remzi Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 2000. (Açık Toplum..., C. II)
- POST** Robert/**SIEGEL** Reva, “*Popular Constitutionalism, Departmentalism, and the Judicial Supremacy*”, California Law Review, Vol. 92, No. 4, 2004, ss. 1027-1043.
- POUND** Roscoe, The Ideal Element in Law, Liberty Fund, Indianapolis 2002.
- PRAKKE** Lucas, “*The Republic of Austria*”, Çev.: Kath Starsmore, içinde: Constitutional Law of 15 EU Member States, Ed.: Lucas Prakke/ Constantijn Kortmann, Kluwer, Deventer 2004, ss. 3-75.
- PROVINE** Doris Marie/**GARAPON** Antoine, “*The Selection of Judges in France: Searching For A New Legitimacy*”, içinde: Appointing Judges In An Age of Judicial Power: Critical Perspectives From Around The World, University of Toronto Press, Toronto 2007, ss. 176-195. (“*The Selection...*”)
- RADBRUCH** Gustav, “*Hukuk Devleti*”, Çev.: Hayrettin Ökçesiz, içinde: Hukuk Devleti, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, HFSA Yay., İstanbul 1988, s. 11-16.
- RADIN** Max, “*Legal Realism*”, Columbia Law Review, Vol. 31, 1931, ss. 824-828.

RAYNAUD Philippe, “*Liberalizm*”, Çev.: Necmettin Kâmil Sevil, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/ Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, ss. 533-542.

RAYNAUD Philippe, “*LOCKE John*”, Çev.: Necmettin Kâmil Sevil, içinde: Siyaset Felsefesi Sözlüğü, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003, ss. 542-552.

RAZ Joseph, “*Hukuk Devleti ve Erdemi*”, Çev.: Bilal Canatan, içinde: Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: A. R. Çoban/ B. Canatan/ A. Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 149-166.

ROSENFELD Michel, “*Constitutional Adjudication in Europe And The United States: Paradoxes and Contrasts*”, içinde: Science and Technique of Democracy, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2005, ss. 165-200.

ROSENFELD Michel, “*Hukuk Devleti ve Anayasal Demokrasinin Meşruiyeti*”, Çev.: Ali Rıza Çoban, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 211-255. (Hukuk Devleti...)

ROTUNDA Ronald, Constitutional Law: Principles and Cases, West Publishing, St. Paul, 1987.

ROUSSEAU Jean-Jacques, İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çeviren: Rasih Nuri İleri, Say, İstanbul-tarihsiz. (İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı...)

ROUSSEAU Jean-Jacques, Toplum Sözleşmesi, Çev.: Vedat Günyol, Türkiye İş Bankası Yay., IV. Bası, İstanbul 2009.

RUHİ Emin, “*Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğün Durdurulması*”, AÜEHFD, C. 5, S. 1-4, 2001, ss. 129-150. (“*Türk Anayasa Yargısında...*”)

RUNKLE Gerald, A History of Western Political Theory, The Ronald Press Company, New York 1968. (A History...)

RÜTHERS Bernd, “*20’nci Yüzyılın Siyasi Düşünürü: Carl Schmitt*”, Çev.: Hüseyin Özcan/Muaz Şeker, KHUKA, Eylül 2006, ss. 135-145. (“*20’nci Yüzyılın...*”)

SABINE George H./**THORSON** Thomas L., A History of Political Theory, Harcourt Brace College Publishers, 4. Bası, Forth Worth 1973. (A History of...)

SABUNCU Yavuz M./**ARNWINE ESEN** Selin, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli: Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, AYD, C. 21, 2004, ss. 229-246. (“Türkiye için...”)

SABUNCU Yavuz, Anayasaya Giriş, İmaj, 14. Bası, Ankara 2009.

SADURSKI Wojciech, Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe, Springer, Dordrecht 2005.

SAĞLAM Fazıl, “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, AYD, C. 13, 1996, ss. 43-60. (“Yetki ve İşlev Bağlamında...”)

SAĞLAM Fazıl, “Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, içinde: Anayasa Yargısı İncelemeleri, C. 1, Ed.: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2006, ss. 71-111. (“Anayasa Şikayeti...”)

SAĞLAM Fazıl, “Türk ve Alman Hukukları Açısından Anayasa Yargısının Sorunları”, Erdoğan TEZİÇ’e ARMAĞAN, Galatasaray Üniversitesi Yay., İstanbul 2007, ss. 137-152. (“Türk ve Alman Hukukları Açısından...”)

SAN Coşkun, “Toplumda Demokratikleşme Alanları”, AYD, C. 10, 1993, ss. 411-428. (“Toplumda...”)

SANCAR Mithat, ‘Devlet Akli’ Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim, 3. Bası, İstanbul 2004. (‘Devlet Akli’...)

SANCAR Mithat, “Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?”, içinde: Demokrasi ve Yargı, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 44-57. (“Anayasal Demokrasi...”)

SANCAR Mithat, “Demokratik Hukuk Devleti ve Seküler Etik”, 30.04.2009, Taraf.

SANTOLAYA Pablo, “The Procedure At The Spanish Constitutional Court In Cases Concerning Conflict Between Certain Authorities of Autonomus Regions”, [http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-JU\(2000\)029-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2000/CDL-JU(2000)029-e.asp), 10.04.2010.

- SARIBAY** Ali Yaşar, “*Politik Anayasacılık: Hukukun Politik Mantığı*”, içinde: Prof. Dr. Ergun Özbudun’a ARMAĞAN, C. I: Siyaset Bilimi, Yetkin, Ankara 2008, ss. 383-397.
- SARIBAY** Ali Yaşar/ÖĞÜN Süleyman Seyfi, Politikbilim, Alfa-Aktüel, 3. Bası, Bursa 2006.
- SARICA** Murat, 100 Soruda Siyasî Düşünce Tarihi, Gerçek, 8. Bası, İstanbul 1999.
- SARTORI** Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev.: Tunçer Karamustafaoğlu/Mehmet Turhan, Yetkin, Ankara 1996. (Demokrasi Teorisine...)
- SAVAŞ** Fuat Vural, “*Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım*”, HFSA, S. 8, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2003.
- SAVCI** Bahri, “*Anayasaya Aykırılık Meselesi ve Bir Özel Kanun Yolu ile Düzenlenmesi*”, AÜSBFD, C. 15, S. 1, 1960, ss. 334-346.
- SAVCI** Bahri, “*Kanun Tekniği İle İlgili Meseleler’ Üzerinde Bir Seminer*”, AÜSBFD, C. 16, S. 4, 1961, ss. 205-215.
- SAYE** Albert B., Constitutional Law: Cases and Comments, Callaghan, Mundelein 1965. (Constitutional Law...)
- SCHEFOLD** Dian, “*Anayasa Yargısı ve Yüksek Yargı*”, Çev.: İrfan Yazman, AÜHFD, C. 31, S. 1-4, 1974.
- SCHMITT** Carl, Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, Çev.: Emre Zeybekoğlu, Dost, 2. Bası, Ankara 2005. (Siyasi İlahiyat...)
- SCHMITT** Carl, Parlamenter Demokrasinin Krizi, Çev.: A. Emre Zeybekoğlu, Dost, Ankara 2006. (Parlamenter...)
- SCHMITT** Carl, Siyasal Kavramı, Çev.: Ece Göztepe, Metis, İstanbul 2006.
- SCHMITT** Carl, Roma Katolikliği ve Politik Form, Çev.: Gültekin Yıldız, Paradigma, İstanbul 2009.
- SENNETT** Richard, Otorite, Çev.: Kamil Durand, Ayrıntı, 2. Bası, İstanbul 2005.
- SERİM** Bülent, “*Anayasa Değişikliğinin Gerçek Hedefi...*”, 27.01.2009, Cumhuriyet.
- SEROZAN** Rona, Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

SEZER DÜNDAR Tijen, “Dernek Kurma Özgürlüğünün İçeriği ve Gelişim Süreci Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, DEÜSBE Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, ss. 1-50.

SHAPIRO Martin/**SWEET STONE** Alec, On Law, Politics & Judicialization, Oxford Uni. Press, Oxford 2002. (On Law...)

SMITH Carsten, “Yüksek Mahkeme Uygulamalarında Anayasaya Uygunluk Denetimi Norveç Deneyimi Üzerine Düşünceler”, AYD, C. 9, 1992, ss. 307-314.

SMITH George P. II, “Dr. Bonham’s Case and the Modern Significance of Lord Coke’s Influence”, Washington Law Review, Vol. 41, Issue 2, 1966, ss. 297-314. (“Dr. Bonham’s Case...”)

SOMER Pervin, “Leges Saturae E Lex Caecilia Et Didia: Roma Hukuku’nda Torba Kanun Yasağı”, içinde: 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 23-29.

SOYASLAN Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, AÜEHFD, C. 7, S. 3-4, 2003, ss. 9-26.

SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek, 10. Bası, İstanbul 1993. (100 Soruda...)

STEINBERGER Helmut, “Models of Constitutional Jurisdiction”, [http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU\(1991\)001-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/1991/CDL-JU(1991)001-e.asp), E. T. 05.04.2010. (“Models of...”)

STRAUSS Leo, “Tabii Hak ve Tarih”, Çev.: Ozan Erözden, içinde: Devlet Kuramı, Der.: Cemal Bâli Akal, Dost, Ankara 2000, ss. 269-320. (“Tabii Hak...”)

SUNAY Reyhan, Tartışılan Egemenlik, Yetkin, Ankara 2007. (Tartışılan...)

SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 2. Bası, İstanbul 2006.

SYPNOWICH Christine, “Ütopya ve Hukuk Devleti”, içinde: Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal, Ed.: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres, Ankara 2008, ss. 325-345. (“Ütopya...”)

ŞAHBAZ İbrahim, “Anayasa Yargısında Yokluk”, A.B.D., Y. 56, S. 4, 1999, ss. 23-48.

ŞAYLAN Gencay, Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, İmge, 2. Bası, Ankara 2003. (Değişim...)

ŞEN Murat, “1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, AÜEHFD, C. 2, S. 1, 1998, ss. 87-119.

ŞENEL Alâeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat, 6. Bası, Ankara 1996. (Siyasal Düşünceler...)

TAMMELO Lyndall Lorna, “Adaletin Özü Olarak Eşitlik”, Çev.: Murat Önderman, HFSA, S. 1, 1993, ss. 75-81.

TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS, 3. Bası, İstanbul 1994. (Türkiye'nin...)

TANÖR Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, YKY, 19. Bası, İstanbul 2010. (Osmanlı-Türk...)

TANÖR Bülent/**YÜZBAŞIOĞLU** Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta, 8. Bası, İstanbul 2006. (1982...)

TATE Neal C., “Judicial Review”, www.britannica.com/EBchecked/topic/307542/judicial-review, E.T.: 13.02.2010.

TESAURO Alfonso/**CAPOCELLI** Ginevra, “The Fundamentals of the New Italian Constitution”, The Canadian Journal of Economics and Political Science, Vol. 20, No. 1, 1954, ss. 44-58.

TEZİÇ Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yay., İstanbul 1972. (Türkiye'de...)

TEZİÇ Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, AYD, C. 2, 1985, ss. 21-38. (“Kanunların...”)

TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku: Genel Esaslar, Beta, 12. Bası, İstanbul 2007. (Anayasa Hukuku...)

TEZİÇ Erdoğan/ **YAYLA** Yıldızhan/ **BAYRAKTAR** Köksal/ **YURTCAN** Erdener/
ÖZTEK Selçuk/ **BATUM** Süheyl/ **YÜZBAŞIOĞLU** Necmi, Yargılama Düzeninde Kalite,
TÜSİAD Yay., İstanbul 1998.

THAYER James Bradley, “*The Origin and the Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*”, Harvard Law Review, Vol. 7, No. 3, 1893, ss. 129-156. (“*The Origin...*”)

TİKVEŞ Özkan, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı, EÜİTBF Yay.,
İzmir 1978.

TİMUÇİN Afşar, “*Hukuk ve Adalet Karşıtlığı*”, HFSA, S. 13, İstanbul Barosu Yay.,
İstanbul 2005, ss. 68-71.

TİMUÇİN Ali, Rousseau’nun Toplum Anlayışı, Bulut, İstanbul 2009. (Rousseau’nun...)

TOCQUEVILLE Alexis de, Democracy in America, Çev.: Arthur Goldhammer, New York
2004.

TOKARCZYK Roman A., “*Sosyal Düzenin Evrensel Temeli Olarak Doğal Hukuk*”, Çev.:
Sururi Aktaş, AÜEHFD, C. 1, S. 1, Erzincan 1997, ss. 267-275. (“*Sosyal Düzenin...*”)

TOKU Neşet, John Locke ve Siyaset Felsefesi, Liberte, Ankara 2003. (John Locke...)

TOKU Neşet, “*Liberalizmin Meşruiyet Zeminini*”, HFSA, S. 7, İstanbul Barosu Yay., İstanbul
2003, ss. 62-72.

TOKU Neşet, “*Pozitif Hukukun Meşruiyet Zeminini*”, HFSA, S. 11, İstanbul Barosu Yay.,
İstanbul 2005, ss. 155-161.

TOPÇUOĞLU Hâmide, XXinci Yüzyılda Tabiî Hukuk Rönesansı, Ankara 1953.

TOPUZKANAMIŞ Engin, Montesquieu’nün Düşünce Dünyasında Hukuk ve Siyaset,
DEÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2005.

TORUN Yıldırım, Hugo Grotius’un Hukuk ve Siyaset Felsefesi, Kaknüs, İstanbul 2005.
(Hugo Grotius...)

TREANOR William Michael, “*Original Understanding and Whether, Why, and How of Judicial Review*”, The Yale Law Journal, 116: 218, 2007.

TREMBLAY Luc B., “*The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures*”, I.CON, Vol. 3, No: 4, 2005, ss. 617-648.

TRIGEAUD Jean-Marc, “*Hukuk*”, Çev.: İsmail Yerguz, içinde: *Siyaset Felsefesi Sözlüğü*, Haz.: Philippe Raynaud/Stéphane Rials, İletişim, İstanbul 2003.

TROPER Michel, “*Anayasa Yargısı ve Demokrasi*”, Çev.: Ender Ethem Atay, GÜHFD, C. 1, S. 2, 1997, ss. 293-309.

TROPER Michel, “*Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi*”, içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 12-24.

TROPER Michel, “*Constitutional Law*”, içinde: *Introduction to French Law*, Ed.: Gerorge A. Bermann/Etienne Picard, Kluwer, Austin 2008, ss. 1-34.

TROPER Michel, “*The Judicial Power And Democracy*”, EJLS, Vol. 1, No: 2, ss. 1-16.

TUNAYA Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, Ekin, 5. Bası, İstanbul 1982. (Siyasal Kurumlar...)

TUNÇ Hasan, *Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu*, Atatürk Üniversitesi Yay., Erzincan 1992. (Türk Anayasa Yargısında...)

TUNÇ Hasan, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları, Yetkin*, Ankara 1997. (Karşılaştırmalı...)

TURHAN Mehmet, “*Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri*”, AÜHFD, C. 33, S. 1-4, 1976, ss. 63-104. (“*Anayasaya Aykırı...*”)

TURHAN Mehmet, “*Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri ve Türk Anayasa Mahkemesi*”, AYD, C. 8, 1991, ss. 401-420.

TURHAN Mehmet, *Siyaset ve Anayasa*, Gündoğan, 2. Bası, Ankara 2000.

TURHAN Mehmet, “*Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı*”, AÜSBFD, C. 62, S. 3, 2007, ss. 379-404.

TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi, “*Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart*”, HFSA, S. 12, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2005, ss. 49-64. (“*Evren ve İnsan...*”)

- TÜRKONE** Mümtaz'er (Ed.), *Siyaset*, Lotus, 9. Bası, Ankara 2008.
- TÜRKÖNE** Mümtaz'er, "*Anayasa Mahkemesi Yetkisini Aştı*", 10.06.2008, Zaman.
- TÜRME** Rıza, "*Anayasa Paketinde Yargı Bağımsızlığı*", 19.04.2010, Milliyet.
- TÜRME** Rıza, "*Demokraside Yargının Önemi ve Weimar Dersleri*", Milliyet, 19.02.2010.
- TÜRME** Rıza, "*Yargısız Bir Demokrasi Mi?*", Milliyet, 21.02.2010.
- ULUSOY** Ali, "*İdari Yargının Demokratik Sistem İçindeki Konumu*", içinde: *Demokrasi ve Yargı*, Ed.: Ozan Ergül, TBB Yay., Ankara 2005, ss. 352-365.
- ULUŞAHİN** Nur, "*Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği*", içinde: Prof. Dr. ERGUN ÖZBUDUN'A ARMAĞAN, C. II, Yetkin, Ankara 2008, ss. 675-737. ("*Yokluk Teorisinin...*")
- UNGER** Roberto Mangabeira, "*İzonomi ve Adalet*", Çev.: HFSA, S. 1, 1993, ss. 83-87.
- USLU** Cennet, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Liberte*, Ankara 2009. (Doğal Hukuk...)
- UYGUN** Oktay, "*İnsan Hakları Kuramı*", içinde: *İnsan Hakları*, YKY, İstanbul 2000, ss. 13-44.
- UYGUR** Gülriz, "*Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?*", AÜHFD, C. 52, S. 1-3, 2003, ss. 145-176.
- UZUN** Ertuğrul, "*Amerikan Hukukî Realizmi*", içinde: *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik, İstanbul 2004, ss. 61-73.
- UZUN** Ertuğrul, "*İskandinav Hukukî Realizmi*", içinde: *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, Teknik, İstanbul 2004, ss. 75-92.
- UZUN** Ertuğrul, "*Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak*", HFSA, S. 16, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2007, ss. 343-350.
- ÜLGEN** Özen/**ALTUNÇ** Sinan, "*Fransız Anayasa Konseyi*", içinde: *2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı*, Ed.: Bahri Öztürk/Fikret İlkiz/Ümit Kocasakal, Seçkin, Ankara 2010, ss. 53-58.
- ÜNAL** Şeref, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, TBMM Yay., Ankara 1994. (Anayasa Hukuku Açısından...)

- ÜNSAL** Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, AÜSBF Yay., Ankara 1980.
- ÜSKÜL** Zeynep Özlem, Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke, İstanbul 2003.
- ÜSREŞLER** Aysun, Amerika Birleşik Devletlerinde Yargıçlar Hükümeti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, Frankfurt 1992. (Amerika Birleşik Devletlerinde...)
- VERGARA** Francisco, Liberalizmin Felsefi Temelleri: Liberalizm ve Etik, Çev.: Bülent Arıbaşı, İletişim, İstanbul 2006. (Liberalizmin...)
- VERGİN** Nur, Siyasetin Sosyolojisi: Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar, Bağlam, İstanbul 2003. (Siyasetin...)
- VIEIRA** Edwin Jr., “*Dangers of ‘Judicial Supremacy’*”, <http://www.thenewamerican.com/usnews/constitution/794>, E.T.: 18.06.2010, ss. 25-29.
- VIGORITI** Vincenzo, “*Italy: The Constitutional Court*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 20, No. 3, 1972, ss. 404-414. (“*Italy...*”)
- VINOGRADOFF** Paul, “*Constitutional History and The Year Books*”, Law Quarterly Review, Vol. 29, Issue 3, 1913, ss. 273-284.
- VLASTOS** Gregory, “*Isonomia*”, The American Journal of Philology, Vol. 74, No: 4, 1953, ss. 337-366.
- VON ASTER**, Felsefe Tarihi Dersleri, Ankara 1962-1963. (Felsefe Tarihi...)
- WALDRON** Jeremy, The Law, Routledge, London 1990.
- WALINE** Marcel, “*The Constitutional Council of the French Republic*”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 12, No: 4, 1963, ss. 483-493.
- WATKINS** William, “*Popular Sovereignty, Judicial Supremacy and the American Revolution: Why the Judiciary Cannot Be The Final Arbiter of Constitutions*”, Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy, Vol.: 1, 2006, ss. 159-258.
- WEBER** Alfred, Felsefe Tarihi, Çev.: H. Vehbi Eralp, Sosyal, 5. Bası, İstanbul 1998.
- WHEARE** Kenneth C, Modern Anayasalar, Çev.: Mehmet Turhan, Değişim, 2. Bası, Ankara 1985.
- WOOD** Allen W., Kant, Çev.: Aliye Kovanlıkaya, Dost, Ankara 2009.

YAYLA Atilla, *Liberalizm, Liberte*, 5. Bası, Ankara 2008.

YAYLA Atilla, *Özgürlük Yolu: Hayek'in Sosyal Teorisi, Liberte*, 2. Bası, Ankara 2000.
(Özgürlük...)

YAYLA Yıldızhan, “*Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü*”, Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına ARMAĞAN, İÜHF Yay., İstanbul 1979, ss. 973-1040. (“*Anayasa Mahkemesine Göre...*”)

YENİSEY Feridun, “*Mukayeseli Hukukta Adli Yargı Yüksek Mahkemelerinin Konumu ve Üyelerinin Seçimi*”, AYD, C. 25, 2008, ss. 135-154. (“*Mukayeseli Hukukta...*”)

YOLCU Serkan, “*Küreselleşme Sürecinde Anayasa Yargısının Meşruluğu*”, içinde: Uluslararası Davraz Kongresi Bildiriler kitabı, Haz.: Uysal Kerman, Isparta 2009, ss. 1910-1926.

YUMER Ruhdan, “*Hayekçi Liberalizmin Temel İlkesi*”, içinde: Sosyal ve Siyasal Teori: Seçme Yazılar, Siyasal Kitabevi, 2. Bası, Ankara 1999, ss. 159-170.

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜHF Yay., İstanbul 1993. (Türk Anayasa Yargısında...)

YÜZBAŞIOĞLU Necmi, “*İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması*”, içinde: İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000, ss. 397-406.

ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, “*Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri*”, AÜHFD, C. 14, S. 1-4, 1957, ss. 219- 240. (“*Thomas Hobbes...*”, 1957)

ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, “*Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri*”, AÜHFD, C. 15, S. 1-4, 1958, ss. 141-164. (“*Thomas Hobbes...*”, 1958)

ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, “*Thomas Hobbes, Hayatı, Eserleri ve Hukuki Fikirleri*”, AÜHFD, C. 16, S. 1-4, 1959, ss. 277- 297. (“*Thomas Hobbes...*”, 1959)

ZABUNOĞLU Yahya Kâzım, *Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlanması*, Ankara 1963. (Bir Hukuk...)

ZEIDLER Wolfgang, “*Federal Almanya Anayasa Mahkemesi*”, AYD, C. 4, 1987, ss. 37-43.
(“*Federal Almanya...*”)

ÇEVİRİMİÇİ ERİŞİM ADRESLERİ:

http://confinder.richmond.edu/admin/docs/greek_2001.pdf.

http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/anglais/en2009_595dc.pdf

<http://duhaime.org/LegalDictionary/J/JudicialReview.aspx>.

<http://law.jrank.org/pages/25193/Eakin-v-Raub-Marshall-v-Gibson-Head-Head.html>.

<http://law.jrank.org/pages/6484/English-Law-DR-BONHAM-S-CASE.html>.

http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html.

<http://supreme.justia.com/us/5/137/case.html>.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/english/presentation/presentation.25739.html>.

<http://www.merriam-webster.com/dictionary/police%20state>.

http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended_6328.aspx.

http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html.

<http://www.usconstitution.net/magna.html>.

www.judiciary.gov.uk/judgement_guidance/judicial_review/index.html.