Dede / Hacettepe HFD, 4(1) 2014, 125-148

Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme

Hakemli Makale

Kadir DEDE
Araştırma Görevlisi, Hacettepe Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, kadirdede@gmail.com

ÖZET

Anayasa mahkemeleri, aldıkları iptal kararları ile güncel siyasete dair gelişmelere taraf olmakla eleştirilmektedir. Özellikle siyasal iktidarların parlamentonun iradesinin engellenmesi olarak nitelendirdikleri bu husus, Türkiye siyasetine özgü olmayıp genellik arz eder. Mahkemenin işleyiş biçiminin teorik eleştirisi ise demokratik açıdan meşru olmadığı vurgusunu içermektedir. Çalışmada bu noktadaki tartışmalar dört temel başlık / sorun alanı çerçevesinde ele alınacaktır. İlk olarak yargısal denetime demokrasi adına yöneltilen eleştiriler, özellikle demokrasinin nasıl anlamlandırıldığı temelinde incelenecek; anayasal yargının önem ve gerekliliğini vurgulayan fikirlerin eleştirilere verilen bir yanıt olarak demokrasi ile uyumlarını hangi çevrede dile getirdikleri değerlendirilecektir. İkinci olarak temel hak ve özgürlüklerin korunmasında anayasal yargının konumunun, demokratik meşruluğun bir kaynağı sayılıp sayılamayacağı üzerinde durulacaktır. Üçüncü tartışma, anayasal yargı da yorum olgusunun yerine dairdir. Burada yorum, siyasi otoritenin anayasaya riayet etmesi ile anayasa mahkemesine riayet etmesinin aynı anlama gelip gelmediği ve uygulamada anayasayı yazılı metnin mi yoksa yargıçların kararlarının mı vücuda getirdiği sorusunda önemli bir yer sahibidir. Son olarak ise demokratik meşruiyet tartışmalarının bir parçası olarak yüksek yargı mensuplarının göreve geliş biçimleri ele alınacaktır. Çalışma, süregelen tartışmalara dair nihai bir sonuç içermemekte hatta böylesi bir sonuca da ulaşılamayacağını savunmaktadır. Ancak konunun özellikle Türkiye'deki ele alınış biçimlerinin yüzeyselliği göz önüne alındığında, tartışmaların bundan sonraki seyrine dair belli öneri ve beklentiler taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler
Anayasa Mahkemesi, Demokrasi, Meşruiyet, İptal Kararı, Temel Haklar.

ABSTRACT

DEMOCRATIC LEGITIMACY OF THE CONSTUTIONAL JUDICIARY: A CONSIDERATION ON CRITICS AND RESPONCES

Constutional courts are usually critized of being a part of political debates with their annulment decisions. While decisions defined as an obstacle to governments' will; this is not only valid for Turkish system. The main theoretical critic includes a claim that judicary is not democratically legitimate. The study analyses this discussions under four titles. Firstly the being undemocratic accusation to judicary will discuss with referance to different democracy definations and the general idea about their harmony. Secondly the situation of judicary as a protector of rights will analyse as a source of democratic legitimacy. The third discussion will be about interpretation on constutional law. Interpretation will be analyzed especially in relation with the differances between the judges and constution itself and the source of practice, the written document or judges' decision. And last part of the study will cite the characteristics of the members of the supreme courts. The study does not involve a main result about general debates. But it maintains to contribute to the agenda of constutional discussions in Turkey.

Keywords
Constutional Court, Democracy, Legitimacy, Annulment Decision, Rights.

Giriş

Anayasal yargının demokratik bir siyasal yapıdaki yeri ve demokrasinin olağan işleyiş ve mekanizmaları ile uyumluluğu sıkça tartışma konusu olmaktadır. Kuşkusuz bu durum, mevcut Anayasa Mahkemesi çoğu kez güncel siyasi tartışmaların içerisinde yer bulan Türkiye gibi örneklerde daha belirgindir. Öyle ki mahkemenin kendisi politik saflaşmaların bir parçası gibi görülebilmekte ya da bizzat siyasal iktidarın mahkemeyi kendisine ve "milli irade"ye "düşman" olarak tanımlayışına tanık olunmaktadır. Ancak tartışmaların düzeyi ve hukukiliği örnekler arasında farklılık göstermekle birlikte, anayasal yargı organının parlamento tarafından alınan bir kararın uygulanmasını doğrudan veya dolaylı biçimlerde engelliyor oluşunun eleştiri konusu edilmesi evrensellik arz eden bir durumdur.

Genelde kullanılan ifade ile Yüksek Mahkeme'nin ya da Anayasa Mahkemesi'nin maruz kaldığı eleştirilerin temelinde, yargı organı ile demokrasi arasında bir çatışma olduğu ve yargı organının antidemokratik bir niteliği haiz olduğu görüşü yer almaktadır. Bilindiği üzere anayasal yargının ortaya çıkışı, kanunların anayasa uygunluğunun sağlanması noktasında, yargısal denetim işlevinin yerine getirilmesi ile ilgili olmuş; özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında mahkemeye temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hatta genişletilmesi noktasında artan bir önem atfedilmiştir. Ancak bu, yargısal denetimin bütünüyle kabul gördüğü anlamına gelmemekte, özellikle yargısal denetim sonucu anayasaya uygun bulunmayan yasanın iptal edilmesi gibi pratikler, demokrasinin odağına yerleştirilen parlamentonun belli bir konudaki politik tercihinin geçersiz kılınması olarak değerlendirilebilmektedir. Öyle ki iptal kararı hakkında, en

önemli vasfı halkoyu ile oluşmak olan parlamentonun iradesinin sınırlarının mahkeme üyesi yargıçlar tarafından belirlendiği yorumlarıyla karşılaşmak mümkündür. Yasamaya önem ve üstünlük atfeden görüşler, halkın kendi kendini yönetmesi anlayışına vurgu yapmakta, seçilmiş temsilcilerin yargıçların müsamahası halinde iş görebilmeleri olarak nitelendirilen durumun demokratik idealler ile gergin bir ilişki sunduğu savunulmaktadır.[1]

Yargı organının tartışma konusu edilmesinde hareket noktası, kanunların anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin bir denetimin sınırlarının aşıldığı iddiasıdır. Bu bağlamda yargısal denetim düşüncesi, giderek yasama faaliyetinin gerçekleşmesinde son ve en önemli aşama halini almaya başlamıştır. Üstelik anayasa uygunluk ya da uygunsuzluğun tespiti hususu da eleştirilere maruz kalabilmekte; bunun, her zaman için net ve açık bir süreci ifade etmediği savunulmaktadır. Kimi kez anayasaya uygunsuzluk iddiasının üzerinde büyük tartışmalar kopmakta, mahkemenin kararlarının anayasanın muğlâk ve kendisine farklı anlamların yüklenebileceği maddeleri üzerinden vermesi ile gibi durumlarda, yasama faaliyetinin "hukuki" organlar eliyle "siyasi" bir şekilde sınırlandırıldığı iddiaları gündeme gelmektedir.

Bu gerilimli durum, anayasal yargının bir meşruiyet krizi içinde olup olmadığına dair tartışmaların açılmasına[2] ve hatta mahkemelerin gayrimeşru ilan edilmesine değin uzanabilmektedir.[3] Oysa tarihsel gelişimi boyunca anayasal yargı; anayasacılık hareketinde ve anayasal bir demokrasinin tesisinde kritik önem taşımış, yasama faaliyetinin son ve en önemli aşaması olmaktan ziyade yasama organını hukukun ve demokrasinin sınırlarına çekmenin aracı olarak görülmüştür. Dolayısıyla, anayasal yargının anti-demokratik bir vasfa sahip olduğu ile bilakis demokrasiyi pekiştirici bir nitelik taşıdığı şeklindeki ayrışmanın üzerinde durulmasının ve bu ironik tablo hakkında değerlendirmelerde bulunmanın önemli olduğu savunulmaktadır. Üstelik bu, Türkiye'de konunun güncel siyasetteki ele alınış biçimleri ve bunların arz ettiği "üslup sorunu"ndan bir miktar kurtularak değerlendirilmesine de alt yapı sunabilecektir.

Bu doğrultuda çalışmanın ilk kısmında kanunların anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren mahkemelerinin genel özellikleri ve tarihsel gelişimleri üzerinde durulacaktır. İkinci kısımdan itibarense anayasa mahkemeleri ile demokrasi ilişkisinin tartışmalı olduğu temel husus ve örnekler, dört genel başlık halinde ele alınacaktır. Bu bakımdan ikinci kısımda yargısal denetime demokrasi adına yöneltilen eleştiriler, özellikle demokrasinin nasıl anlamlandırıldığı temelinde özetlenecek, bu özet bir yönüyle anayasal yargının önem ve gerekliliğini vurgulayan fikirlerin kendilerini meşrulaştırmada ya da

---

1 WALDRON, Jeremy "The Core of the Case Against Judicial Review", **The Yale Law Journal,** Yıl: 2006, Sayı: 115, s. 1349.

2 GÖZLER, Kemal "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** Yıl: 2006, Cilt: 61, Sayı: 3, (s. 131 – 166); GÖZTEPE, Ece "Anayasa Yargısının Meşruluğu", **Demokratik Anayasa,** (der. E. Göztepe, vd.), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, (s. 387-417).

3 ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Yargısının Gayrı Meşruluğu Üzerine**, http://www.stargazete.com/acikgorus/anayasa-yargisinin-gayri-mesruluguuzerine-89590.htm (erişim tarihi 20.12.2009).

demokrasi ile uyumlarını dile getirmede kullandıkları işlevleri de içerecektir. Çalışmanın üçüncü kısmında çağdaş demokratik toplumlarda yargısal denetimin en önemli meşruiyet kaynağını oluşturan, yargı organlarının hakların korunması ve geliştirilmesi amacıyla hareket ettikleri ve bu konudaki en temel koruyucu mekanizmayı oluşturduğu şeklindeki söylemin geçerliliği sorgulanacaktır. Dördüncü kısmın odaklandığı husus ise siyasi otoritenin anayasaya riayet etmesi ile anayasa mahkemesine riayet etmesinin aynı anlama gelip gelmediği ve uygulamada anayasayı yazılı metnin mi yoksa yargıçların kararlarının mı vücuda getirdiği sorusunun yorum olgusu çerçevesinde değerlendirilmesidir. Son olarak ise seçilmişler – atanmışlar ayrışması ışığında anayasa mahkemesi yargıçlarının göreve geliş biçimleri üzerinde durulacaktır. Çalışmanın sonuç kısmı söz konusu tartışmalara kesin bir çözüm getirmekten ziyade, demokrasinin daha iyi işlemesi açısından meşruluk tartışmalarının ne gibi bir öneme sahip olduğuna dair bir değerlendirmeyi içermektedir.

Yargısal Denetim ve Anayasa Mahkemeleri: Genel Özellikler

1803 yılında Yargıç John Marshall başkanlığındaki ABD Yüksek Mahkemesi'nin Marbury v. Madison davası ile ilgili olarak aldığı karar, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi hakkında yaklaşık iki yüz yıldan beri sürmekte olan tartışmaların fitilini ateşlemiştir. Anayasa metninde açık bir hüküm olmamasına karşılık mahkemenin "içtihat" yoluyla aldığı kararı takip eden süreç, denetim mekanizmaları arasında yargısal denetimi siyasal denetime kıyasla ön plana geçirmiş; yargısal denetim mekanizması ve özellikle de bunun özel bir mahkeme tarafından yapılması, 1900'lerin ikinci yarısı ile beraber en yaygın tercih haline gelmiştir. Söz konusu davada, hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi olduğu, anayasanın öteki yasaların üzerinde yer aldığı ve bir yasanın anayasaya aykırı olması durumunda yasanın geçerliliğini yitireceği savları belirleyici olmuştur.[4] Ayrıca bu üç ilke, sonraki dönem uygulamalarında da birer referans noktası teşkil etmiş, nihayet parlamentonun çıkardığı yasaların başka bir organ tarafından denetlenebilmesine dair karşı çıkışlar, II. Dünya Savaşı sonrasında büyük ölçüde geriye çekilmiştir.

Batıda demokrasinin gelişim süreci, parlamentoları özgürlük ve eşitlik doğrultusunda verilen mücadeleler ve hak kazanımları noktasında önemli ve değerli kılmıştır. Meclisler, monarka karşı verilen mücadelelerin simgesi, ulusun ifadesini bulduğu ve iradesini yansıttığı, temel hakları gerçekleştiren bir organ niteliği taşımıştır. Bu organa atfedilen önem, parlamento tarafından yapılan bir işlemin, düzenin temel değerlerini yansıtan anayasaya uygun olduğu ve kişilerin temel haklarının da parlamento aracılığıyla gerçekleştirildiği fikrini de içermiştir.[5] Fakat II. Dünya Savaşı ile sonuçlanan süreç ve savaş sonrası gelişmelerin anayasa ve parlamento ilişkisindeki yansıması, yasalar yoluyla baskı rejimleri oluşturabileceğinin net biçimde anlaşılması olmuştur. Ayrıca

4 ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 41.

5 GÖZTEPE, Ece, **Anayasa Şikayeti,** 1. Basım, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998, s.1.

yaşananlar, insan haklarının korunması gereğinin ne denli önemli olduğunu bir kez daha ortaya çıkarırken anayasal yargı, bunu gerçekleştirmeye dönük bir işlevle daha çok tanımlanmaya başlanmıştır.[6] Avrupa'nın içine girdiği kriz durumunun teşhisinde parlamentonun üstünlüğü anlayışı da bir sebep olarak değerlendirilmiş, bunu aşabilmek içinse çözüm, nüvesini Kelsen'in görüşlerinde bulan yargısal denetim mekanizmasında görülmüştür.[7] Bu doğrultuda anayasa, düzenin temel değerleri ile ilgili bir ölçü-norm olarak kullanılacak ve anayasaya uygunluk denetimi de bağımsız bir yargı organı olarak anayasa mahkemesi eliyle yapılacaktır. Avrupa'da yaygınlık kazanacak olan model, ABD örneğinden farklı bir şekilde özel olarak ve münhasıran anayasal uyuşmazlığı çözüme bağlamak için kurulmuş, olağan yargı aygıtı dışında yer alan bir yargı merciine tekabül etmektedir.[8] Örgütlenmesi, üyelerinin belirlenmesi, yetkilerinin içeriği gibi hususlarda farklılıklar göstermekle birlikte kıta Avrupa'sında hızlı bir çoğalma gösterecek olan anayasa mahkemelerinin son kertede buluştukları ortak nokta, parlamentonun anayasal düzenin bir parçası olmasını sağlama ve dolaylı olarak düzenin değerlerini ifade eden temel hakları koruma amacıdır.

Anayasa mahkemelerinin günümüzde taşıdığı nitelikler bu tarihsel çerçeve ile birlikte düşünüldüğünde, meşruiyetlerine dair bir tartışmanın gereksiz olduğu izlenimi doğabilecektir. Çünkü hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi söz konusudur ve kanunların anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi bu üstünlük anlayışının mantıksal uzantısında yer almaktadır.[9] En üstün normlar kategorisini oluşturan anayasanın daha alt düzeydeki hukuk kuralları tarafından delinerek pratikte etkisiz hale getirilmemesinin yolu, anayasaya uygunluğunun sağlanması ile mümkün olacaktır. Bu nedenle de normlar hiyerarşisinin böylesi bir nedenle anlamını yitirmesini önlemek için yapılması gereken hiyerarşinin müeyyidelendirilmesi ve anayasaya aykırı olan kanunun geçersiz kılınmasıdır ki bu görevi yerine getiren organ da bizzat anayasa mahkemeleri olmaktadır.[10]

Mahkeme tarafından gerçekleştirilen denetimin hemen her türü ve aşaması önemli olmakla birlikte, yargısal denetim ile demokrasi ilişkisine dair tartışmaların en kritik noktasını mahkeme tarafından alınan kararlar ve sonuçları oluşturmaktadır. Söz konusu denetim türünün evrensel uygulamalarında, yasama organı tarafından kabul edilen bir kanun hakkında yürürlüğe girmesinin akabinde[11] ya da yürürlükteki bir

6 TURHAN, Mehmet, **Anayasal Devlet,** 4. Baskı, Naturel Yayıncılık, Ankara, 2005, s.110.

7 GÖZTEPE, **2012,** s. 393-94.

8 KABAOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı,** 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 1994, s. 9.

9 ARSLAN, Zühtü, **Anayasa Teorisi,** 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 183.

10 GÖZLER, **2006,** s. 133. Denetimin mahkeme tarafından yapılması, esas olarak anayasa uygunluğu sağlamanın var olan yollarından sadece bir tanesidir. Keza siyasal denetim başlığı altında parlamentonun, ülkenin siyasi ortamının, anayasada yer alan soyut güvencelerin, devlet başkanına verilen geri gönderme yetkisinin ve bizzat siyasal bir organ tarafından denetim gibi çözümlerin varlığı da anımsatılmalıdır. Bkz. ALİEFENDİOĞLU, **1996,** s. 35-40.

11 Fransız sisteminde yer alan önleyici denetim, yani yasanın yayımlanmasından önce, yetkili kurul ya da mahkeme tarafından denetlenmesi durumu, bu genel görüntünün istisnasını oluşturmaktadır. Anayasa uygunluğun

kanunun, görülmekte olan bir davada fark edilmesi halinde, anayasaya aykırı olduğu iddiası ile anayasa mahkemesine başvurulmaktadır. Mahkeme bu başvuru üzerine ilgili konuyu başta anayasanın kendisi olmak üzere ölçü normlar ışığında incelemekte ve itiraz konusu olan hukuki işlemin anayasaya aykırılığı iddiasını en genel biçimi ile kabul ya da reddetmektedir. Mahkemenin anayasaya aykırılığı tespit etmesi durumunda dava konusu olan norm iptal edilerek yürürlükten kaldırılmakta ve bu bazı istisnalar dışında[12] genel bir bağlayıcılığa (erga omnes) sahip olmaktadır.

Konunun tartışmalı boyutu ise genel itibarıyla anayasanın normlar hiyerarşisindeki üstünlüğü ya da anayasaya uygunluğun sağlanması için bir denetim yapılması değil; bunun mahkemeler tarafından yapılıyor olmasına ilişkindir.[13] Mahkeme tarafından verilen bir iptal kararının beraberinde birçok soru ve sorunu getirmektedir. Yargısal denetimin işleyişi açısından iptal kararının niteliği, bağlayıcılığı, yasama organı tarafından kabul edilmiş olan bir hukuki işlemin onun iradesi dışında yürürlükten kaldırılıyor olması, denetimi gerçekleştiren mahkemenin oluşum biçimi, dikkate aldığı ölçü normların yargıçların iradesi ile bağlantısı, yazılı anayasanın anlamlandırılmasının çoğu kez yargıcın yorumu ile iç içe geçmesi gibi durumlar bu noktada sıralanabilir. Tartışmaların merkezinde yer alan bu unsurlar, yargı organının ve üyelerinin demokratik meşruluğu konusunun temel taşlarını oluşturmakta olup çalışmanın bundan sonraki kısmında bahsedilen gündem dört başlık / sorun alanı çerçevesinde ele alınacaktır

Demokrasinin Anlamlandırılması ve Yargısal Denetim ile Uyumu

Anayasa mahkemeleri ve yargısal denetime dair eleştirilerde, mahkemenin karar ve uygulamalarının demokrasiye aykırı olduğu ve bu aykırılık nedeni ile meşru olmadığı iddiası en temel önermelerdendir. Ancak aynı önerme, kendi içinde de ciddi belirsizlikleri barındırmaktadır. Bunun başında demokrasinin anlamlandırılması gelir. Demokrasi, ilk ortaya çıkışından günümüze gelinceye kadar olan süreçte, üzerinde uzlaşılmış net bir tanıma sahip değildir. Bilakis karşılaşılan, çeşitli dönemlerde ve isimlerce demokrasinin farklı yönleri üzerine odaklanılarak tarif edilmesi çabasıdır. Öyle ki kimi yaklaşımlarda katılım, temsil ve sorumluluk gibi demokrasiye dair bazı tekniklere odaklanılmakta, bazı örneklerde ise siyasal demokrasi ile ekonomik demokrasi ayrımına gidilerek bununla ilgili karşılaştırmalar üzerinden tanımlar yapılmaktadır. Benzer bir biçimde Rousseau'da katılım, Mill'de temsil, Madison'da fren ve denge, Schumpeter'de elitlerin mücadelesi, Dahl'da çekişme, Tocqueville'de âdemi merkeziyet, Marx'da eşitlik ya da Hayek'de özgürlük kavramlarının her biri, doğrudan ya da dolaylı olarak bir demokrasi algısını – diğer bir deyişle çeşidini–barındırmaktadır. Bu açıdan David Held'in *Models of Democracy'de* işaret ettiği şekliyle en az on farklı demokrasi modeli sıralanabileceği

---

a priori denetim şeklinde ve Anayasa Konseyi tarafından gerçekleştirildiği Fransa örneği ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AVRIL, Pierre, "The Formation of Parliamentary Law in France ",**Constitutionalism and the Role of Parliaments**, (edt. K. Ziegler vd.), First Edition, Hart Publishing, Portland, (s. 47-54).

12 Portekiz, Polonya ve Romanya'da parlamento, 2/3 oy çoğunluğuyla mahkeme kararını askıya alabilmektedir.

13 ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi,** 7. Basım, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 84.

gibi, ayrıntılardaki farklılıklar ele alındığında bu listenin daha da uzaması mümkündür.[14] Dolayısıyla anayasa mahkemelerine ve yargısal denetim olgusuna demokrasi adına eleştiriler getirilirken demokrasiden ne anlaşıldığı ve kavramın geniş içeriği karşısında nelerin merkeze alındığının bilinmesi önem taşımaktadır.

Alaine Tourine'nin yaptığı tanım uyarınca demokrasi, yurttaşların geniş sivil ve siyasal haklara sahip olduğu, önemli pozisyonların ve siyasal liderliklerin serbest ve adil seçimler sonucu hukuk kuralları ışığında belirlendiği siyasal sistemdir.[15] Güçler ayrılığı, yerel yönetim ve iktidarın sınırlandırılması demokrasinin tamamlayıcı özellikleri arasında yer alırken, bir sistemi demokrasi olarak nitelendirmede bazı başka ölçütlerin eklenmesi de olasıdır. Çok sayıda partinin yarıştığı özgür ve düzenli seçimler, özgür kitle iletişim araçları ve inanç özgürlüğü, siyasi çoğulculuk ve yarışma, insan hakları ve özellikle de düşünce ve eleştiri özgürlükleri, özel alana devletin müdahalesinin sınırlandırılması ve hukuk devleti ilkesinin işlerliği bu yönde ilk akla gelenlerdir.[16] Yargısal denetim ile demokratik mekanizmaların işleyişi konulu tartışmalarda bunlardan öne çıkan ise genellikle yarışma ve yönetici makamlara seçimle gelinmesi prensibine bağlı olarak çoğunluk ilkesi ile iktidarın sınırlandırılması olgusudur. Bu iki başlıktan ilki, daha ziyade anayasa mahkemelerine eleştirel biçimde yaklaşan görüş sahiplerince vurgulanmakta, ikincisi ise anayasa mahkemesinin demokratik meşruiyet açısından herhangi bir sorun arz etmediği ve bilakis demokrasiyi pekiştirdiği yönündeki argümanlara dayanak teşkil etmektedir.

Felsefi temelleri açısından çoğunluk ilkesi; gerçeğin, sağduyunun ve adaletin çoğunluğun kararında yattığı anlayışına dayanmaktadır. Bu açıdan Antik Yunan'a değin götürülebilecek olan ilke hakkında Aristoteles'in "*nasıl ki herkesin katkıda bulunduğu bir şölen, tek bir adamın kesesinden verilen şölene oranla daha iyi olursa, tek tek ele alınınca aralarında hiçbir iyi adamın olmadığı çoğunluk her birlikte ele alındığı zaman azlıktan daha iyi olacaktır*" ifadesi anlamlıdır.[17] Aristoteles ve sonrasındaki çoğunluk vurgusu, bu yönüyle herhangi bir kararın alınmasında doğrunun çoğunluğun tercihi ile bulunabileceği mantığına dayanmaktadır. Üstelik bu düşünce, içinde bulunduğumuz çağda da varlığını bir şekilde sürdürmektedir. Çoğunluk prensibi, halkın yönetimini sağlamadaki demokratik zorunlulukları çalışır hale getirmenin bir yolu olarak kabul edilmiştir. Bu kabulün akabinde, bunun en iyi yol mu, yoksa iyi yollardan biri mi olduğu ayrı bir tartışmadır.[18]

Bu düşüncenin güncel siyasi pratiğe yansıyışı ise yasama organının aldığı kararların "doğru"luğuna dairdir. Çünkü yasama organını oluşturan temsilciler çoğunluk prensibi doğrultusunda bu makama gelmiş, alınan karar ise temsilcilerin çoğunluğunca alınmıştır.

---

14 LANE, Jan-Erik, **Constitutions and Political Theory,** First Edition, Manchester University Press, Manchester, 1996, s. 244.

15 TOURAINE, Alain, **What is Democracy,** First Edition, Westview Pres, Boulder, 1997.

16 İBA, Şeref, **Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda),** 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.69-70.

17 McKEON, Richard, **Introduction to Aristotle,** First Edition, The Modern Library, New York, 1947.

18 GARVEY, John H. / ALEINIKOFF, T. Alexander / FARBER, Daniel A., vd., **Modern Constitutional Theory: A Reader,** Fifth Edition, Thomson/West, St. Paul, 2004, s. 72.

Parlamento tarafından yapılan kanunların mahkemeler tarafından –anayasaya aykırılık gerekçesi ile de olsa–geçersiz kılınabilmesinin demokratik olmadığı argümanı da temelini büyük ölçüde bu anlayıştan almaktadır. Bu tablo karşısında soru; demokratik bir toplumda, mahkemeler gibi aslında demokratik olmayan kurumların nasıl olup da halk tarafından seçilmiş görevlilerce alınmış bir karar hilafına tasarrufta bulunabildiğidir.[19] Söz konusu soru cümlesi, demokratik olmama durumunun belirlenmesinde, seçim mekanizmasını ve seçmene karşı sorumluluğu barındırmakla beraber, asıl olarak bir kararın alınmasındaki çoğunluk desteğine atıfta bulunmaktadır.

Genel itibarıyla siyasi kararların alınabilmesi, sorumlu-tutulabilir organlar için öngörülmekte olup, yargısal denetimin taşıdığı özelliklerin, bu yöndeki demokrasi ilkesi uyarınca sorunlu olduğu açıktır. Keza demokrasilerde, siyasal toplumun kaderi ile ilgili nihai kararları alma yetkisi seçilmiş halk temsilcilerine ait olduğundan, parlamentonun yaptığı kanunların mahkeme ya da kurul gibi bürokratik bir organ tarafından geçersiz kılınması demokrasiye aykırı görülmektedir.[20] Üstelik sistemin yukarıda özetlenmiş bulunan işleyişi göz önüne alındığında, yargısal denetim organı adeta bir son karar verici konumunda olmakta; özgür ve demokratik bir topluma has özelliklerle uyumsuz bir biçimde yargının yasama ve yürütme organından üstün olabileceği bir görüntü yaratmaktadır.[21] Anayasa mahkemelerinin önüne gelen konunun ortaya çıkışı nihayetinde demokratik mekanizmalar çerçevesinde şekillenmiş bir çoğunluk kararına dayanmaktadır. Fakat böylesi bir kararın kanunların anayasaya aykırılığı gerekçesiyle mahkeme tarafından geçersiz kılınması, çoğunluk karşıtı siyaset örneği olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü burada söz konusu olan bir yönüyle çoğunluğun yönetme hakkına dair temel demokrasi kuralının ihlalidir.[22] Yargı organının müdahaleci veya aktivist tutum izlemesi ise yargı denetimiyle görevli olan mahkemeyi dar anlamda "anayasaya uygunluk" denetimi yapmanın ötesine geçirerek, politik-ideolojik yönelimli kararları ön plana çıkarabilmektedir.

Böylesi eleştiriler karşısında anayasa mahkemesinin varlığını ve önemini savunan çeşitli görüşlerin de bizzat demokrasinin tanım ve içeriğine dayanarak kendilerini ifade ettiği gözlenmektedir. Bu bağlamda öncelikli vurgu, demokrasinin yalnızca çoğunluk ilkesinden ibaret olmadığıdır. Demokrasinin, kararların çoğunluk oyu doğrultusunda uygulanması olarak tanımlanması yetersiz ve sığ bir anlayışa tekabül etmekte olup söz konusu sığlık, yargı denetiminin antidemokratik bulunmasında da kendini göstermektedir.[23] Bir kişi – bir oy ve basit çoğunluk gibi hususlar demokrasinin minimum uygulamaları olarak değerlendirdiğinde göze çarpan, onun farklı ek düzenlemelere ihtiyacı olduğudur. Bu noktada anayasallık ile demokrasinin bir araya gelmeleri mümkün olabilecek, anayasal devletin basit bir versiyonu demokrasinin ihtiyaçlarını

---

19 DUCAT, Craig R., **Modes of Constitutional Interpretation,** West Publishing Co, St. Paul Minn:, 1978, s.3.

20 ERDOĞAN, **2005,** s. 84-5.

21 WALDRON, **2006,** s. 1348; ARSLAN, **2005,** s. 184.

22 ERDOĞAN, **2005,** s. 85.

23 DUCAT, **1978,** s. 173.

karşılayabilecektir.[24] Anayasaya uygunluk denetimi de böylesi bir bakışın devamında, demokrasinin gelişmesinin bir aşaması olarak değerlendirilebilir. Demokrasi yalnızca iktidarın oyunun kurallarına göre el değiştirmesi ile ilgili olmayıp, onun kullanılması ile de ilgilidir. Bu kullanımda temel hakların gelişmesini sağlayıp onları güçlendirilmesi ise – ki anayasa mahkemesinin katkısı bu noktada ortaya çıkmaktadır–demokrasinin gelişimine de uygundur.[25] (Teziç, 1986: 23).

Kararların alınmasında çoğunluğun tercihi kuşkusuz önemlidir. Ancak demokrasinin yalnızca bundan ibaret görülmesi ve çeşitli pratiklerin çoğunluğa atıfla demokratik/antidemokratik şeklinde sınıflandırılması tartışmalı bir durumdur. Üstelik anayasanın telos'u ekseninde düşünüldüğünde çoğunluk kararının bir şekilde sınırlandırılması kaçınılmazdır. Bu sınırlandırma ise bizzat temel hak ve özgürlükler bağlamında olacaktır. Çoğunluğa bağlı olarak şekillenmiş bir meclis ve iktidar yapısının önemi aşikâr olmakla birlikte bu, iktidarın hukukun üstünlüğünü kabul etmesini ve hukukun sınırları içinde hareket etmesini engelleyemez. Diğer bir deyişle hukuk olmadan herhangi bir özgürlükten de bahsedilemeyecektir keza onun yokluğunda söz konusu olan demokrasi değil anarşidir (Garbey vd., 2006: 74).

Yargısal denetim organlarının, iktidarın temel hak ve özgürlükler ekseninde kullanımı ve çoğunluk kararlarının uygulanmasına sınır oluşturması dışında demokrasi açısından olumlanan bir diğer özelliği de "çoğunluğun tiranlığı"nı engelleyici fonksiyonunda kendini göstermektedir. Göreve geliş biçimi açısından seçmen çoğunluğuna dayanan yasama organlarının, söz konusu gücün verdiği imkânlar neticesinde demokrasiye aykırı olarak bir tiranlık oluşturmaları potansiyel olarak mümkündür. Böylesi bir durumunun önüne geçme ve bunun gerçekleşme olasılığını azaltma çabası çeşitli kurumların varlık sebeplerinde ve faaliyet biçimlerinde gözlenmekte olup anayasal denetim organları da bunlar arasında yer alır. Dolayısıyla çoğunluk kararının aksine bir hareket tarzını içerdiği için antidemokratiklik eleştirisine maruz kalan anayasa mahkemesi, diğer taraftan çoğunluğun sınırlanması ihtiyacına cevap vererek demokrasiler için bir gereklilik olan çoğunluğun baskıcı eğilimlerinin frenlenmesine katkı sağlayabilmektedir.[26]

Çoğunluğun tiranlığının siyasal açıdan ne derece istenmeyen bir şey olduğu açık olmakla birlikte, anayasa mahkemelerinin bunu engellemeye dönük bir işlev taşıdığı fikrinin aynı genellikte kabul gördüğünden ise bahsedilemez. Bu bağlamda anayasa mahkemeleri ve yargısal denetimin meşruiyeti konusunda en kapsamlı eleştirilerden birini yöneltmekte olan Waldron'un görüşleri dikkat çekicidir. O, her şeyden önce yargı organlarını ön plana çıkarmak doğrultusunda azınlık haklarının korunmasına dair vurgunun kafa karıştırıcı olduğu düşüncesindedir. Demokratik kurumların kimi zaman haklar konusunda yanlış kararlar alabileceği ve bu kararlara zorla riayet edilmesini sağlayabileceği, dolayısıyla söz konusu organların tiranlık benzeri davranışlar

24 LANE, **1996,** s. 263.

25 TEZİÇ, Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", **Anayasa Yargısı - Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler,** Anayasa Mahkemesi Yayınları, (s. 19-38).

26 ERDOĞAN, **2005,** s. 87.

sergileyebilecekleri ihtimalini o da kabul etmektedir. Buna karşılık Waldron, aynı potansiyel ve ihtimalin mahkemeler için de geçerli olduğuna dikkat çekmekte, onların tiranca davranışlar göstermeyeceğinin garantisi olmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla da Waldron'un ifade ettiği üzere tiranlık tiranlıktır ve bu tarz bir yönetimin kötülüğü, kararların nasıl alındığı hususundan bağımsızdır.[27]

Netice itibarıyla bugün içinde yaşadığımız sosyal ve siyasal ortam, demokrasinin yalnızca çoğunluk prensibi ekseninde tanımlanmasının yeterli olamayacağı bir karmaşıklığı ve çeşitliliği arz etmektedir. Temel haklar ve özgürlüklerin bireyler ve toplumlar için taşıdığı önem bu derece fazlayken, bu hususları tamamıyla göz ardı eden bir demokrasi anlayışının savunulması zaten mümkün değildir. Böylesi bir demokrasi anlayışına atıf yapılarak yasama organı kararlarının denetlenmesi hususuna karşı çıkmak veya böylesi bir gerekliliği öne süren savları çürütmek ise tamamıyla olanaksızdır. Ancak bu; anayasa mahkemelerinin demokrasi için mutlaka olumlu bir katkı sağlayacağının düşünülmesine de yol açmamalıdır.

Kuşkusuz çağımızın demokrasi anlayışı, çoğunluğun her istediğini yapabildiği basit bir mantığın çok ötesine geçmiş olup yargısal denetim ilkesi ve anayasa mahkemesi gibi kurumsal mekanizmalar, çoğunlukçu rejimden çoğulcu rejime geçişi simgelemektedir.[28] Buna karşılık siyasal yapının gelişiminde hangisinin diğeri üzerinde daha belirleyici olduğunu söylemek kolay değildir. Diğer bir deyişle demokratik mekanizmanın gelişmişliğinin mi anayasa yargısının karakterini demokrasi ile uyumlu kıldığı yoksa anayasa mahkemesi gibi kurumların mı siyasal sistemi demokratikleştirdiğinin yanıtı açık değildir. Bu bulanıklık karşısında Shapiro, bazı ipuçlarının aydınlatıcı olduğu kanaatindedir. Öyle ki yargısal denetimin ya da anayasa mahkemesi türünden kurumların bulunmadığı bazı örneklerde demokrasi gayet başarılı bir biçimde işleyebilirken serbest seçimlere dayalı demokrasinin işlemediği hiçbir ülkede başarılı bir anayasa yargısı örneği gözlenmemektedir. Teorik açıdan konuya yaklaşıldığında yargının başarısı, var olan çoğunluğun gelecekte değişebilmesi ihtimali ile de yakından alakalıdır. Keza çoğunluğun böylesi bir denetim aygıtına uyması ancak kendisinin gelecekte azınlığa düşebileceği ihtimalini göz önüne alması ile mümkündür.[29] Bu tabloyu oluşturabilecek olan yegâne yapının demokrasi olduğu ise gözden kaçmamalıdır.

Anayasal yargının çoğunluğun tiranlığını önlemeye yarayan araçsal vasfı karşısında gözden kaçırılmaması gereken bir diğer nokta ise demokrasinin, sınırsız bir çoğunluk hakimiyeti rejimi olmamasının yanında azınlığın çoğunluğa tahakküm ettiği bir rejim de olmayışıdır.[30] Yargısal denetimin ilgili önermenin ilk maddesini vurgulamak uğruna ikincisine yönelmesi durumunun pratikte karşılaşılan biçimleri, demokratik yaşama çoğunluğun tiranlığı kadar zarar verebilecek niteliktedir.

---

27 WALDRON, **2006,** s. 1396.

28 KABAOĞLU, **1994,** s. 115.

29 SHAPIRO, Martin, "Judicial Review in Developed Democracies", **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies,** (ed. S. Gloppen, vd.), First Edition, Frank Cass Publishers, London, 2004, (s. 5-18).

30 ÖZBUDUN, Ergun, **Türkiye'nin Anayasa Krizi,** 1. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2009, s. 51.

Anayasal Yargının Haklar Temelinde Olumlanışı ve Eleştirisi

Anayasacılık, çoğunluğun iradesinin bazı bakımlardan etkisiz bırakılmasını onaylamak anlamında düşünülürse, bunun neye dayanılarak haklılaştırıldığı hususu önem arz eder. Bu noktada cevabın temel hakların korunmasına atıfla verilmesi mümkündür.[31] Anayasanın tanımı ve varlık nedenine dair farklı görüşler olmakla birlikte, günümüz anayasacılık ve anayasal demokrasi anlayışı karşısında anayasanın yalnız devletin temel kuruluş, örgütleniş ve işleyişini ortaya konması yetersiz kalacaktır. Bu nedenle konunun ele alınmasında Sartori tarafından benimsenmiş olan teleolojik yaklaşım önem taşımakta olup, söz konusu eksende anayasanın anlam ve işlevinin, onun telos'u yani amacı ekseninde anlaşılabileceği ileri sürülmektedir. Sartori'nin ileri sürdüğü ve günümüzde de geniş kabul gören telos anlayışını ise bireyin haklarının garanti altına alınması oluşturmaktadır.[32] Anayasacılık olgusunun hakların korunması ile ilgisi, özellikle bireysel özgürlüklere dair tehditlerin sadece yürütme ve idareden değil parlamentodan da gelebilecek olması ile ilişkilidir. Bu manada yasama organlarının fiili düzenleme alanlarının genişlemesi beraberinde özel alanların sınırlarının daralması sonucunu doğurmaktadır.[33] Anayasanın en önemli işlevlerinden biri, söz konusu organın sınırlandırılması olduğundan bu; özel alanın daralması durumuna da engel olabilecektir.

Konuya bu şekilde yaklaşıldığında, anayasa mahkemesinin karar ve uygulamalarının temel haklarının sınırlandırılması ve ortadan kaldırılmasına dönük tutumlara engel olduğu iddiası, onun meşruluğunu vurgulamada "hak eksenli" bir yaklaşımı yaygınlaştırmıştır. Mademki temel hak ve özgürlüklere dair en ciddi tehlike çoğunluktan ve çoğunluğun desteğini arkasında bulan siyasal iktidardan gelmektedir; o halde hakların korunması bizzat çoğunluğun insafına bırakılamaz. Dolayısıyla da anayasal denetim, siyasi değil yargısal nitelikte olacaktır. Siyasi mekanizmanın işleyişindeki hesap verebilirlik ve siyasal sorumluluk gibi etkilerden bağımsız olan yargıçlar, bu özellikleri sayesinde daha iyi bir koruma sağlayacaklardır.

Anayasa mahkemelerini hakların korunması noktasında önemli kılan bir diğer mekanizma ise anayasa mahkemesine kişisel başvuru üzerine gerçekleşen bir denetim biçimi olarak anayasa şikâyetidir.[34] İlgili mekanizmada kişisel başvuru, devletin temel hak ve özgürlükler alanında olumlu edimini gerektiren her hangi bir konuda, yasama organının hareketsizliğinden dolayı temel haklarının zedelendiğini düşünen bireyin anayasa mahkemesine başvurabilmesine imkân tanıyan bir dava türüdür. Haklarının ihlal edildiğini düşünen herkes tüm idari ve yargısal denetim yollarını tükettikten sonra, söz konusu ihlalin hala devam ettiği kanısında ise konuyu başvurusu ile anayasa mahkemesine taşıyabilmektedir. Hakkın ihlali, ilgili kişiye anayasaya aykırı olan bir kanunun uygulanması sonucunda gerçekleşiyorsa, anayasa mahkemesi söz konusu kanunu iptal edebilmektedir.[35]

---

31 ERDOĞAN, **2005,** s. 24.

32 TURHAN, **2005,** s. 69.

33 ERDOĞAN, **2005,** s. 86.

34 SAĞLAM, Fazıl. "Anayasa Şikayeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", **Demokratik Anayasa,** (ed. E. Göztepe, vd.), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, (s. 418-465); GÖZTEPE, **1998.**

35 İBA, **2006,** s. 185.

Esas olarak haklara saygı duyulması ve korunması, yalnızca anayasal denetimin meşruluğunun değil, bir sistemin demokratik olup olmadığının da kıstası sayılabilecektir. Örneğin Dworkin, *Özgürlük Hukuku*'nda insanların sahip oldukları haklara saygı gösterilmediği takdirde demokratik karar alma nosyonunun doğal olarak tiranlık anlamına geleceği fikrindedir.[36] Bu bakış açısı, haklara saygı duyulmasını herhangi bir siyasi karar alma sisteminin meşruiyetinin arka planına yerleştirmektedir. Buna rağmen hak nosyonu, yasama ve yürütme organlarının çok çeşitli etkiler altında kaldığı gerekçesiyle, bizzat anayasacılık düşüncesi ve anayasal yargı organlarının siyasal kararlara etkide bulunmasının dayanağı halini almaktadır. Anayasa mahkemeleri, anayasaya dair uyuşmazlıkların değerlendirilmesinde bireylerin hak ve özgürlüklerine öncelik veren bir yöntem ve yorumu geliştirdiğinde yargı organının meşruiyetini güçlendirecek ve demokrasiyi de pekiştirecektir.[37] Dolayısıyla da anayasa yargısının demokratik meşruluğu, mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolundaki inanca dayanacaktır.[38] Tam da bu noktada konuyla ilgili pragmatik argümanların hukuk teorisi ile ne derecede ilgili olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Öyle ki Gözler'in de ifade ettiği gibi yasama organı tarafından yapılmış bir kanunun anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumu karşısında, konunun anayasacılık ve anayasa mahkemesinin hakları koruyucu bir kurum olduğu vurgusu ile savunulması hukuki değil siyasi bir mevzudur.[39] Üstelik çağdaş anayasacılık anlayışının temel hak ve hürriyetleri korumaya dönük içeriği ortada olmakla birlikte, anayasa yargısının böylesi bir koruma işlevine sahip olup olmadığı veya bunun ön planda oluşu tartışmaya açıktır. Bir yandan anayasa yargıcı, insan hakları hazinesinin bekçisi olarak nitelendirilirken[40] mahkemenin varlık nedeninin gerçekten bu mu, yoksa kanunların anayasaya aykırı olamayacakları ilkesinin müeyyidelendirilmesi mi olduğunun yanıtının verilmesi önem taşır.

Bu soruyla ilgili yanıtlardan bir kısmı, anayasa mahkemesinin kendini hak temelli bir konuma yerleştirmesi hususunda eleştirel bir tutum takınmaktadır. Kuşkusuz mahkemelerin koruyucu misyonunun parlamentoya kıyasla daha işlevsel olduğu konusunda çok sayıda geçerlilik nedeni sıralanabilir. Örneğin mahkemelerin sadece teorik hak mefhumu ile değil doğrudan pratik olayların çözümlemesiyle uğraştığı, kararlarını alırken temel hak ve özgürlükleri temel alan çeşitli tarihsel ve siyasal dokümanlara dayandığı ve verdiği kararların her zaman için hukuki gerekçeleri ile birlikte sunduğu bu çerçevede değerlendirilebilir.[41] Fakat mahkemeler hakkında ne kadar olumlu nitelikler addedilirse addedilsin, temel hak ve özgürlükleri demokratik mekanizmalardan daha iyi

---

36 WALDRON, **2006,** s. 1399.

37 ARSLAN, **2005,** s. 240-42.

38 ÖZBUDUN, Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", **Demokrasi ve Yargı,** (ed. O. Ergül), 1. Basım, TBB Yayınları, Ankara, 2005, (s. 1-16 – ayrı bası).

39 GÖZLER, **2006,** s. 147.

40 KABAOĞLU, **1994,** s. 159.

41 WALDRON, **2006,** s. 1379.

koruyabilecekleri ne ampirik ne de kavramsal olarak ispatlanabilir. Buna karşın Britanya ve Hollanda gibi örneklerde erklerin sınırlandırılması ve bireysel hakların, anayasal bir yargı organı olmamasına rağmen garanti altına alınabildiği ortadadır.[42] Dolayısıyla mahkemenin yürütme ve yasamaya kıyasla daha özgürlükçü bir tavır takınacağı fikri bir varsayımdan ibarettir.[43]

Anayasa mahkemesinin demokratik meşruiyetinin en önemli temelinin varsayımsal bir boyutta olması, bu düşünceye karşı çıkışların da oldukça kapsamlı olmasına imkân tanımaktadır. Bu anlamda düşünülebilecek örnekler, hak temelli vurguların kendisinin ötesinde, mahkemelerin hak tanımlarının ve anlayışlarının her zaman için yeterli ve geçerli olup olmadığını da sorunsallaştırmaktadır. Öyle ki hakların nasıl tanımlanacağı ve ölçülerinin ne olduğu konusunda azımsanmayacak derecede görüş uyuşmazlığı bulunmakta olup bunlardan bazıları felsefi bağlamda, bazıları doğrudan yasama sürecinde, bazıları ise bireysel bazda söz konusu olabilmektedir.[44] Dolayısıyla böylesi kapsamlı ve derin bir konu hakkında felsefi arka planı, tarih boyunca süregelmiş anlayışları ve mevcut toplumsal yapıdaki hak taleplerini geri plana iterek, sınırlı sayıdaki yargıcın iradesi ile şekillenmiş bir hak anlayışının koruyuculuğuna sığınmak düşündürücüdür. Bununla ilgili olarak ABD örneğinden hareket edildiğinde ırk ve cinsiyet ayrımcılığının doğası ile kürtaj ve eşcinsellik gibi güncel meselelerde mahkemenin hak anlayışının niteliği tartışılabilmektedir. Bu noktada ilgili konular hakkındaki hak taleplerinin medyaya, kamuoyuna ve doğrudan kongre koridorlarına ulaştırılabilmesi mümkünden, hakların koruyucusu olma iddiasındaki mahkemeye sesini ne ölçüde duyurabildiği belli değildir.[45]

Sonuçta anayasaya uygunluktan, devletlerin kişilerin hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi anlaşılacaksa, bunu gerçekleştirmenin tek yolunun anayasaya uygunluğun yargısal denetimi değildir.[46] Herhangi bir ülkede çoğunluğun tiranlığını önlemenin yegâne yolunun birkaç yargıcın iradesine dayanan kararlardan ziyade siyasi aktörlerin tutum ve davranışları olması gibi, benzer bir mantık hakların korunması ekseninde de gündeme gelebilir. Bu noktada da ilk akla gelen, insan haklarının korunmasının, parlamentonun genel işlevlerinden biri olarak kabul görmesi ya da bu kabulün daha etkin bir biçimde pratiğe aktarılması olacaktır.[47] İletilen şikayetlere bir çözüm getirmeye dönük araçlara sahip olması, yasama faaliyeti ile haklar konusunda gerekli düzenlemeleri kanun gücü ile yerine getirebilmesi, idari mekanizmayı doğrudan denetleme imkanına sahip olması başta olmak üzere parlamentonun sahip olduğu yetkiler, doğrudan ve dolaylı

---

42 TUSHNET, Mark, **Taking Constitution Away from The Courts.** First Edition, Princeton University Press, New Jersey, 1999, s. 163.

43 ARSLAN, **2005,** s. 31.

44 WALDRON, **2006,** s. 1367.

45 GARVEY / ALEINIKOFF / FARBER vd., **2004,** s. iii.

46 TURHAN, **2005,** s. 104.

47 EWING, Keith, "The Parliamentary Protection of Human Rights", **Constitutionalism and the Role of Parliaments,** (edt. K. Ziegler, vd.), First Edition, Hart Publishing, Portland:, 2007. (s. 253-270).

olarak hakların korumasına yöneltilebilecektir. Kuşkusuz parlamentonun bunun aksi bir tutumda olabileceği ileri sürülebilir ancak en başta belirtildiği gibi mahkemelerin meşruluğu belirli varsayımlara dayanırken parlamentonun hak temelli bir anlayış geliştirmesi durumunu varsaymamamız için geçerli bir neden bulunmamaktadır.

Mevcut hukuksal ve siyasi yapı içinde adeta vazgeçilmez bir konum kazanmış olan anayasa mahkemelerinin hak-temelli veya hak-eksenli bir yorum biçimi kabul etmeleri ve bireylerin hak ve özgürlüklerine öncelik veren bir yorumla denetim faaliyetinde bulunması, hem anayasacılık olgusunun gelişimi, hem de demokrasiye dair anlamlandırmanın genişlemesi açısından kuşkusuz yararlıdır. Buna karşılık şu an için ne anayasal denetimin ilk planda hakların korunması ilkesini gözettiğini, ne kapsamlı bir hak anlayışını barındırdığını, ne de böylesi bir misyonu parlamentoya kıyasla daha başarılı bir biçimde yerine getirdiğini söylemek için somut bir delil mevcut değildir. Fakat şu da belirtilmelidir ki, anayasa mahkemesinin temel hakları koruyucu işlevinin onun yegâne meşruiyet kaynağını oluşturup oluşturamayacağı tartışmalı iken, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yer vermeyen bir yargı sisteminin meşru olamayacağına şüphe yoktur.

Anayasanın Anlamlandırılması ve Yargıda Yorum Olgusu

Anayasanın kanunlara üstünlüğü ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağı anlayışı çerçevesinde konunun öznesinin anayasa olması beklenebilir. Fakat anayasanın içeriği, özellikle de anayasa maddelerinin değerlendirilmesine sıra geldiğinde, normlar hiyerarşine dair genel kabulleri çeşitli noktalardan tartışmalı kılmaktadır. Bunun temel nedeni anayasanın ya da içinde yer alan bir maddenin öneminin anlamında yatması, ancak bu anlamın ne olduğunun teşhis edilmesinin güçlüğüdür. Gözler'in ifade ettiği gibi yargısal denetimin gerçekleştirilmesinde, anayasa metni ile kanun metni arasında değil, anayasa normu ile kanun normu arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır.[48] Söz konusu karşılaştırma metnin kendisini değil anlamını ifade eden norm üzerinden olmaktadır. Fakat asıl sorun da tam bu noktada kendisini gösterir, keza metnin her bir kişi için farklı anlamlar ifade etmesi kaçınılmazdır. Anlamın böylesi bir göreceliğe sahip olması, anayasaya aykırılık iddia edildiğinde bunun anayasaya mı yoksa anayasanın ilgili maddesine yargıç tarafından yüklenen anlama mı aykırı olduğu sorusunun yanıtını zorlaştırmaktadır. Çünkü bu noktada açık olan kişiden kişiye değişen niteliği ile anayasa maddesinin kendiliğinden bilinen objektif bir anlamının olmayışıdır.

Anayasa mahkemelerinin demokratik bir yapı içindeki konumunu tartışmalı hale getiren hususlardan biri, tam da bu noktada yer alır. Hukukta yorum kavramı, bir metnin okunup, anlamının belirlenmesini ifade eder. Anayasa yargısının işleyişine bu yönüyle bakıldığında ise söz konusu olan yargıçlar tarafından yasama organınca çıkarılan kanunun ve anayasanın yorumlanmasıdır. Realist hukuk anlayışı perspektifinden bakıldığında ise anlamda ve yorumda objektiflik sorunsalı kendini gösterecektir. Dworkin'in ifade ettiği gibi anayasa yargısında objektif yorumun olması mümkün değildir. Dolayısıyla da

48 GÖZLER, **2006,** s. 135.

bu, kaçınılmaz olarak yorumlanan metni, yorumlandığı ortam, kültür ve yorumlayanın dünya görüşü gibi etkenlerin altında "sübjektif" kılacaktır.[49] Üstelik yorumun bilme (*cognition*) alanında değil, irade (*will*) alanında olması onu hukukî, yargısal, teknik veya bilimsel değil, tamamıyla siyasî bir faaliyet kategorisine yerleştirmektedir.

Yargının işlevinin, yasama ve yürütmeden farklı olarak siyasî olmadığı ve olmaması gerektiği şeklindeki geleneksel kabul, konu anayasal yargı olduğunda bütünüyle zedelenmekte, ülkeyi yönetmek veya kamu siyasetlerini belirlemek değil; aksine hukuku somut durumlara uygulamakla görevlendirilen mahkemelerin ilgili alandaki işlevleri tersyüz olmaktadır.[50] Üstelik anayasada yer alan maddelerin anlamlarının gerçekte ne olduğunun kararının son kertede anayasa mahkemesi tarafından söylenecek olması, gerçek yasayıcının metnin sahibi değil; onu yorumlayan olduğu sonucunu doğurabilmektedir.[51] Bu durumun yarattığı manzara, teorik olarak anayasanın üstünlüğü ilkesi ile ilgili olarak geliştirilen mekanizmanın pratik işleyişin–farklı yorumların mevcudiyetine rağmen–yaptığı yorum herkes için bağlayıcı olan mahkemenin ve onun üyelerinin üstünlüğünü mümkün kılmasıdır. *Kanunların Ruhu Üzerine* de hâkimleri kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağız ve cansız varlıklar olarak değerlendiren Montesquieu'nun görüşünün geçerliliği bütünü ile ortadan kalkmıştır.[52] Bilakis anayasa yargısı ekseninde geçerli olan, ABD Yüksek Mahkemesi'ne başkanlık yapmış olan Charles Evan Hughes'in 1908'de zikrettiği *"Biz bir Anayasaya tâbiyiz; ancak Anayasa hakimler ne diyorsa odur"* cümlesindeki anlayışa denk gelecektir.[53]

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı önemli olmakla birlikte, siyasal ortamın bu tarzda şekillenmesinin anayasacılık ve anayasal demokrasi anlayışıyla uyumu sorgulanmaya muhtaçtır. Burada denetim faaliyeti, nihayetinde denetlenen olguların yargıçların geliştirdikleri yorum bağlamında işlemektedir. Yorumlamaya dair farklı biçimler varsa da burada sorun arz eden yöntemden ziyade sürecin öznel bir nitelik taşımasıdır. Kararı veren makamın "kuralların tarafsız uygulayıcısı yargıç"lardan oluşması imkânsız olduğu gibi, tarafsız olma gayreti gütseler ve görevlerinin teknik gereklerinin sınırları içinde kalmaya çalışsalar dahi hukuku yorumlayışları en azından kendi ideolojik ve siyasî tasavvurlarının etkisi altındadır. Dahası Hirsh'in ifade ettiği üzere yorum konusunda sahip olan yetki, toplum içindeki hegemonya mücadelesi ile de ilişkilidir. Hegemonik siyasî elitlerin kendilerinden yana olan statükonun devamını sağlayabilmeleri, yargısal atama süreçlerinin büyük ölçüde kendileri tarafından kontrol edildiği ve yargının anayasal içtihadının onların kültürel eğilimlerini ve siyaset tercihlerini yansıttığı durumlarda kolaylaştığından, yargının güçlendirilmesi, çoğunlukçu karar verme süreçlerinin kendi yararlarına işlemediği durumlara karşı kendi

---

49 ARSLAN, **2005,** s. 32.

50 ERDOĞAN, **(Anayasa Yargısının Gayrı Meşruluğu Üzerine).**

51 KABAOĞLU, **1994,** s. 154.

52 GÖZLER, **2006,** s. 143.

53 HATCH, Orrin G., "The Constitution as the Playbook for Judical Selection", **Harvard Journal of Law and Public Policy,** Yıl: 2009, Cilt: 32, Sayı: 3, (s.1035-1044).

siyasî tercihlerine kalıcı bir güvence sağlamaktadır.[54] Sonuç olarak günümüz anayasal yargısı ile ilgili sıklıkla olumlanarak kullanılan yargıçların kararlarını verirken siyasi önyargılardan, dünya görüşlerden, kısaca hukuk-dışı mülahazalardan soyutlandıkları ve sadece anayasa ve hukuka bağlı kaldıkları iddiası, bir mitostan ibarettir.[55]

Yargıçların idealleştirilen görüntüden bu denli uzak olmalarına karşın, yargısal denetim sistemi onları ön planda tutmakta ve demokratik yapı içinde ayrıksı bir konuma yerleştirmektedir. Bu anlamda anayasanın üstünlüğünün pratikte, mahkemenin ve yargıçların üstünlüğüne tekabül ettiği iddiası giderek daha yüksek sesle ifade edilirken, tartışmanın ağırlık merkezi de yargısal denetim olgusunun kendisinden ziyade yargıçlar olmaktadır.[56] Bu tartışma, yöneticilerin denetlenmesi belli mekanizmalar aracılığıyla mümkün olurken denetleyicilerin herhangi bir denetime konu olmayışlarına dair bir vurguyu da içerir.[57] Üstelik denetleyicilerin denetlenmesinin de dar anlamda alınmaması gerekmektedir. Konuyla ilgili diğer hususlarla –göreve geliş biçimi, kararları hakkında sorumluluklarının olmaması, yasama organıyla ilişkilerinin seyri– birlikte düşünüldüğünde, yargıçların yorumlamada ve karar almada en özgür konumdaki kişiler oldukları ortaya çıkmaktadır. Yargıçların böylesi bir alanda yer alışları ise ifade edildiği gibi anayasadan ziyade yargıçların üstünlüğü çağrışımını güçlendirmekte ve yasama organı temsilcilerinin buna riayet etmeleri vurgusu ile sürdürülmektedir. Oysa temsilcilerin göreve başlarken sadakat yemini ettikleri anayasa mahkemesi değil anayasadır.[58]

Anayasa mahkemesinin yasama organı tarafından gerçekleştirilen bir faaliyeti anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal etmesi, bunu yaparken her zaman insan haklarının korunması ilkesini göz önünde bulundurmaması ve hatta çoğu kez siyasi gerekçelerle bunun aksine bir tarzda hareket etmesi ve son olarak kararların alınmasında anayasa yargısının doğası gereği yargıcın yorumunun etkin olmasının demokratik sistemin normal işleyişi ile uyumu çok da mümkün görünmemektedir. Sıralanan bu hususlara ek olarak yorumu yapacak olan ve yorumları bağlayıcılık taşıyan yargıçların göreve nasıl geldikleri ve bu geliş biçimlerinin demokrasi ile uyumlu hale getirilip getirilemeyeceğine değinmek yararlı olabilir.

Yargıçların Göreve Geliş Biçimleri

Anayasa mahkemesinde görev yapan yargıçların hangi yöntemle belirlendikleri/belirlenmeleri gerektiği, yargısal denetim ile demokratik yönetim ilişkisinin boyutları değerlendirilirken gündeme gelen bir diğer konu başlığıdır. Bu noktada sahip olunan yetkiler bir yana bırakılarak göreve geliş biçimi, özellikle de seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğünün demokratik ilkelerden biri olarak değerlendirilmesi çerçevesinde önem

---

54 ERDOĞAN, **(Anayasa Yargısının Gayrı Meşruluğu Üzerine).**

55 ARSLAN, **2005,** s. 32.

56 TUSHNET, **1999,** s. 155.

57 MARAVALL, Jose Maria, "The Rule of Law as a Political Weapon". **Democracy and The Rule of Law,** (edt. J.M. Maravall, vd.), First Edition, Cambridge University Press, New York, 2003, (s. 261-301).

58 TUSHNET, **1999,** s. 6.

taşır. Öyle ki mahkeme üyelerinin belirlenme biçiminin demokratik seçim mekanizmasına ve parlamentonun etkisine olan uzaklığı, haklarındaki gayrimeşruluk iddialarını arttırabildiği gibi bunum tam tersi de söz konusudur. Mahkeme üyelerinin parlamento tarafından belirlendiği örnekler, seçilmişlerin süreçteki etkinliği çerçevesinde demokratik işleyişin bir parçası olarak da değerlendirilebilmektedir.

Yargı organı üyelerinin belirlenmesine ilişkin yöntemleri en genel biçimde farklılıklar ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki İtalya, Avusturya, Belçika gibi örneklerde görülen ve uygulamada birbirlerinden farklılıklar arz eden atama yöntemidir. Burada parlamentonun yargıçların belirlenmesine dair etkileri sınırlanmakta ve atama işlemleri genellikle devlet başkanının belirleyiciliği ve/veya onayı ile olmaktadır.[59]

Göreve gelişte izlenen ikinci yöntem ise mahkeme üyelerinin yasama organı tarafından seçilmeleri biçimindedir. Almanya, Portekiz, Macaristan, Polonya gibi ülkelerde örneklerine rastlanan bu türde, öngörülen süreler için geçerli olmak ve yöntemi izlemek üzere yargıçlar bizzat yasama meclisi tarafından seçimle belirlenmektedir. Böylesi bir yöntemin uygulanmasının, anayasa mahkemelerinin demokratik meşruiyetini arttırdığı sıkça savunulmaktadır. Keza anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde sıkça karşılaşılan bir durum, mahkemelerinin oluşumunda siyasi iradeye belirleyici bir yer verilmesinin, demokratik meşruiyeti sağlamanın yollarından biri olarak görülmektedir.[60] Mahkeme üyelerinin seçiminde siyasal partilerin kullandıkları oylar ile pay sahibi olmaları, üyelerin göreve geliş süreçlerinin daha demokratik bir görünüme sahip olmasını sağlayacağı gibi, denetlenen organların denetleyicilerinin belirlenmesine katılmış olma duygusunu sağlaması açısından da önemlidir.[61]

Yargı üyelerinin belirlenmesinde herhangi bir seçim prosedürünün bulunmayışı ise yine demokrasi temelinde belli eleştirileri ortaya çıkarmaktadır. Mahkemenin işlevleri "negatif yasama" ya da "ikinci meclis" biçiminde değerlendirildiğinde[62], anayasa mahkemesinin yetkileri, halk tarafından seçilmemiş ve halkın denetimine tabi olmayan bir yasama faaliyeti şeklinde yorumlanabilecektir.[63] Üstelik bu tarzdaki bir faaliyet, her ne kadar yargısal denetim savunucularınca bir avantajmış gibi sunuluyorsa da, temsil ve seçmene karşı sorumluluk gibi unsurları barındırmayan bir karakterdedir.[64]

---

59 Örneğin atama sürecinin Türkiye örneğinde mahkeme üyeleri bütünüyle cumhurbaşkanı tarafından atanmakla beraber, asıl üyelerden yalnızca üçünün ataması doğrudan doğruya bu makamca gerçekleştirilmekte; diğer üyeler ise anayasa tarafından benimsenen kurumlarca gösterilen adaylar arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir.

60 ARSLAN, **2005,** s. 258.

61 KABAOĞLU, **2004,** s. 157-58.

62 Kelsen'in getirdiği ayrım temel olarak parlamento üyelerinin faaliyetlerini pozitif, anayasa mahkemesi üyelerinin kararlarının neticelerini ise negatif yasama şeklinde ifade etmektedir .Ona göre anayasa mahkemesi tarafından parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanunun iptal edilmesi genel bir norm tesis etmek anlamına gelmektedir çünkü bir kanunun iptali, onu yapılması ile aynı karakteri taşımaktadır. Bu türden bir faaliyet de negatif bir işlemle kanun yapılması şeklinde okunmaktadır. Bkz. SHAPIRO, Martin / SWEET, Alec Stone, **On Law, Politics, and Judicialization,** First Edition, University Press Inc, New York, 2002.

63 LANE, **1996,** s. 155.

64 WALDRON, **2006,** s. 1363.

Buna karşılık mahkeme üyelerinin tamamı ya da bir kısmının parlamento tarafından seçilmesi durumunun mahkemeyi demokrasi ile uyumlu ve demokratik ilkeler ekseninde meşru kılıp kılmayacağının teşhisi, bu yöndeki yoğun iddialara rağmen çok da kolay değildir. Bunun bir sebebi seçim olgusunun tek başına bir meşruluk kriteri oluşturmasının sorunlu oluşudur. Belli bir makamda görev alan kişilerin atanmaları halinde gayrimeşru, seçilmeleri halinde ise meşru olarak değerlendirilmeleri, meşruiyet kavramının siyasal, sosyolojik ve tarihsel açıdan taşıdığı önemi tam olarak yansıtmamaktadır. Dahası parlamento tarafından gerçekleştirilen bir seçimin demokratik ilkeler açısından bir mükemmelliğe işaret ettiğinden de söz edilemez. Gözler'in ifade ettiği gibi günümüz demokrasi anlayışında seçimlerin en temel niteliği seçmenlerin doğrudan doğruya kullandıkları oy ile yani tek dereceli seçimlerle belirleyici olmalarıdır. Mahkeme üyelerinin parlamento tarafından seçilmesi ise çift dereceli bir seçim görünümünde olacaktır.[65]

Üstelik göreve geliş biçimi ile ilgili tartışmalarda bu konunun gündemde tuttuğu yer kadar önemli olmadığı iddiası da göz önünde tutulmalıdır Örneğin Dworkin yargıçların seçilmemişliğinden kaynaklanan itirazların, konunun tüm boyutları ile ele alınmasına engel olduğu fikrindedir. Ona göre seçilmiş bir parlamenterin bir içişleri, maliye ya da savunma bakanı olarak topluma, bir yargıcın tüm meslek yaşamı boyunca veremeyeceği kadar çok zarar verebilmesi mümkündür.[66] Bu ifadenin arka planında yargıçların yetki ve etkilerinin savunulduğu kadar yoğun olmadığı yatmakta olup, sahip olunan yetkinin sınırlılığı da göreve geliş biçiminin önemini ikincilleştirmektedir. Dahası bir kurumun şekilleniş biçiminin demokratikliği ile o kurumunun kendisinin demokratik olması arasında mutlak bir ilginin bulunmadığı da açıktır. Böylesi bir yaklaşımın mantıksal sonucu, oluşum aşaması demokratik olmayan bir kuruluşun doğası gereği antidemokratik ve meşruluktan uzak olacağını düşünmek için neden olmadığıdır. Bu açıdan bir ülkenin merkez bankası ya da silahlı kuvvetleri gibi kurumlarının da yönetici kademeleri demokratik olmayan yollardan işbaşına gelmektedirler. Ancak bu yöntemle göreve gelmelerinin onları gayrimeşru kılacağı iddia edilemez.[67]

Sonuç olarak yargıçların göreve geliş biçimleri, anayasa mahkemelerinin demokratik ilkelerle uyumu ve demokratik açıdan meşru olup olmadığına dair tartışmaların önemli bir cephesini oluşturmaktadır. Fakat taşıdığı bu önemin, demokrasi ve meşruiyet hakkında temel bir ölçüt oluşturmada yeterli olmadığı açıktır. Keza ifade edildiği gibi ne atama mekanizmasının muhakkak antidemokratik olduğu, ne de yasama organının seçiminin her zaman için meşru bir organı inşa edeceği söylenemez. Dolayısıyla konunun kapsamının genelliği, burada kendisini bir kez daha göstermektedir. Anayasa metninin demokrasi ile uyumu, demokratik mekanizmalar ile birey hak ve hürriyetlerinin üzerinde uzlaşılan konular olması ve anayasa mahkemelerinin de işleyiş ve kararlarında bu durumu ön planda tutması, üyelerin seçimi konusunu talileştirebilecektir.

65 GÖZLER, **2006,** s. 141.

66 GÖZTEPE, **1998,** s. 7.

67 SADURSKI, Wojciech, **Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**, First Edition, Springer, Dordrecht, 2005, s. 35.

Sonuç Yerine

Anayasa mahkemelerinin işleyiş biçimleri ve demokrasi ile uyumu noktasında tartışmalı olan noktaların dört başlık altında değerlendirilmesi neticesinde oluşan tablo üzerinden bazı değerlendirmelerde bulunulabilir. Ancak en başta ifade edildiği üzere bu değerlendirmeler, konuya dair net bir çözüm sunmaktan uzaktır. Üstelik bu yöndeki tartışmaların genel kabul görecek bir sonuca kavuşması da olası görünmemektedir. Bu bağlamda yapılacak yorumlar, şimdiye değin süregelmiş olan tartışmalar hakkında ara sonuçlara ulaşmak ve konunun ele alınışının bundan sonraki seyrine dair öneri ve beklentilerde bulunmaktan ibarettir.

Anayasa mahkemesi ve demokrasi ilişkisi üzerine tartışmaların ortaya çıkardığı ilk husus iki olgu arasındaki yüksek yoğunluklu gerilim durumudur. Anayasa mahkemesi örneğindeki kurumsal mekanizmaların, varlık nedenlerinin kuvvetler ayrımı ilkesi ve parlamentodaki çoğunlukların arz ettiği tehlike potansiyeline atıfla açıklanması ve bu açıklamanın da herkes tarafından kabul görmesini beklememek mümkün değildir. Dahası demokrasiye dair tartışmaların her birinde konu bir şekilde yargısal denetimin uygulamalarına gelmektedir. Ancak yargısal denetimin anayasa mahkemeleri türünden kurumlar aracılığıyla yerine getirilmesi durumu iddia edildiği şekilde üzerinde uzlaşma sağlanan bir husus olmamıştır. Demokrasi kavramının içerdiği genişlik, farklı demokrasi anlayışlarını ortaya çıkarmakta ancak her bir anlayış bir şekilde kararların alınmasında halkın doğrudan ya da dolaylı yollarla da olsa rol alması gerektiğini ve kararların alınmasında çoğunluk fikrinin bir şekilde belirleyici olduğunu vurgulamaktadır. Buna karşılık anayasa mahkemeleri, teorik olarak demokrasinin işleyişi için bir "denetim" mekanizması olarak öngörülmüşken onun denetimle ilgili konuları aşarak, giderek güncel politik meselelerde rol oynayan bir özne konumuna yükselişi, ne çoğunluğun tehlikeleri, ne tiranlık, ne de hakların korunması olgusu ile ilgili görünmektedir. Bu da kaçınılmaz bir şekilde mahkemeler hakkındaki eleştirel yaklaşımları ortaya çıkarmakta, söz konusu yaklaşımların her birinin ortak noktasını da anayasa mahkemelerinin demokrasi ile uyumsuz olduğu hatta demokratik açıdan meşru olmadığı iddiası oluşturmaktadır.

Konuya dair tartışmaların anlamlı hale gelmesinde belki de en önemli husus anayasa mahkemelerinin eleştirilmesi ile anayasanın ve anayasacılık anlayışının eleştirilmesinin aynı şey olmadığının farkına varmaktır. Öyle ki demokrasinin yalnızca serbest seçim mekanizmasından, eşit oy prensibinden, iktidarın çoğunluğun oyu ile belirlenmesinden ve siyasal yaşamın siyasi partilerce sürdürülmesinden ibaret olduğunu düşünmek tümüyle olanaksızdır. Bu noktada özellikle insan hak ve özgürlüklerinin gelişimi ve iktidar yapısının sınırlandırılması gerekliliği Barnum'un ifadesi ile çağımız demokrasilerini "çoğunlukçu demokrasi" den çıkararak "anayasal demokrasi" çerçevesine yerleştirmiştir.[68] Ancak anayasanın sahip olduğu üstünlüğün anayasa mahkemesinin de siyasal ve toplumsal yaşantının en üst noktasına yerleştirilmesini gerekli kılmadığı ve herkesin anayasaya duyduğu saygıyı anayasa mahkemesine ve onun üyelerine duyması gerekmediği ifade edilmelidir. Hakkında "yüce", "ulu", "âli" türünden sıfatlar kullanılıyor olsa da söz konusu

68 ERDOĞAN, **2005,** s. 85.

olan doğrudan halkın oyu ile göreve gelmeyen hâkimlerden oluşan, denetim faaliyeti için anayasanın yorumlanması gereğini de her zaman için anayasacılığın telosu ile uyumlu değil, zaman zaman kişisel düşüncesi ve ideolojik konumu ekseninde gerçekleştiren bir kurumdur. Üstelik mahkeme, üyeleri halkoyuyla göreve gelen ve yorumlarını da hak ve özgürlükler temelinde yapan bir yapı olsa dahi "yüce"liğine herkesin saygı duyması ve bunun demokrasi ile tamamıyla uyumlu olması beklenemez. Keza yargısal denetim olgusu ile demokrasi arasında tesis edebileceği uyum ancak nispi niteliktedir. Çoğunluk kararı ile yasalaşmış bir hukuki işlemin anayasa mahkemesi yargıçları tarafından denetlenmesi ve bu denetimin ister istemez anayasanın mahkeme üyelerinin yorumları ile anlamlandırılarak gerçekleşmesi sonucunda iptali, iddialar ve yöntemler ne olursa olsun çoğunluk merkezli bir demokrasi tanımıyla bütünüyle uzlaşamaz. Fakat kanunların anayasa uygunluğunun sağlanması açısından denetimin bir şekilde gerekli olması ve bunun siyasiden ziyade hukuki bir içerik kazanması gereği, anayasa mahkemelerinin olmadığı bir sistemi – her ne kadar bunun İngiltere ve Hollanda gibi örnekleri varsa da – düşünmeyi güçleştirmektedir. Mahkemenin yapısına ve yetkilerine yönelik çokça ve haklı eleştirilerin dile getirilmesi mümkün olmakla birlikte, bunların mahkemenin bizzat varlığına karşı çıkma noktasına gelmesinin demokratik sistem açısından, özellikle de onun çağımızda ulaştığı nitelikler açısından çok da olumlu olmadığı açıktır.[69]

Bu anlamda demokratik açıdan geniş bir meşruiyet tabanına sahip bir anayasa yargısı sistemi belki hiçbir zaman mümkün olamayacaksa da, yargısal denetimin demokratikleştirilmesine çabalamak bazı sonuçlar getirebilir. Bu açıdan Tushnet'in ortaya koyduğu fikirler, bazı önemli ipuçlarını sunabilmektedir. Kendisinin kitabına adını da veren vurgusu, anayasanın mahkemelerden kurtarılmasına dönükken, eleştirdiği hususun anayasanın kendisi ve anayasacılık kavramı olmadığı açıktır. Bu şiardan hareketle anayasanın değil ancak mahkemenin her zaman için tartışılır olacağı ve hatta tartışılmasının da demokrasinin bir gereği olabileceğinden bahsedilebilir. Ayrıca Tushnet tarafından vurgulanan "popüler anayasa hukuku" anlayışı ve anayasa hukukun hâkimlerin değil halkın merkezinde olduğu bir saha olarak düzenlenmesi[70] tek başına bir mükemmellik ifade etmeyecekse de demokrasi ile anayasa mahkemesi arasındaki ilişkilerin nispeten daha uyumlu hale getirilmesinde bir alternatif sayılabilir.

Son olarak altı çizilmesi gereken bir husus, anayasa mahkemesi ile demokrasinin uyumluluğu ve mahkemelerin demokratik bir meşruiyete sahip olup olamayacağı yönündeki tartışmaların genelde anayasanın yazılı metninin bilfiil demokratik nitelikte olduğu ön kabulü ile gerçekleştirildiğidir. Demokratik kurum ve mekanizmaların köklü bir geçmişe sahip olduğu örneklerde anayasaların içeriği de bu hâlden sapmalar göstermemektedir. Ancak Türkiye gibi demokratik teamüllerin yerleşemediği ve anayasanın demokrasi ile ne ölçüde uyumlu olduğunun tartışmalı olduğu bir örnekte,

---

69 SEVİNÇ, Murat, **Anayasa yargısının meşruiyeti ve yargı kararlarının eleştirilebilirliği**, http://www.radikal.com.tr/radikal2/anayasa_yargisinin_mesruiyeti_ve_yarginin_elestirilebilirligi-881045 (erişim tarihi 10.03.2014).

70 TUSHNET, **1999,** s. 183.

böylesi bir anayasanın üstünlüğü adına denetimi üstlenen mahkemenin konumu çok daha tartışmalı olacaktır. Üstelik pekişmiş ve istikrarlı bir demokraside insanların sabah akşam anayasa sorunları ile boğuşmaları tasavvur edilemezken anayasa sorunlarının bu kadar sıklıkla ve yoğunlukla tartışılması da açık bir sağlıksızlık belirtisidir.[71] Bu ortamda mahkemenin sağlıksızlık durumundan etkilenmeyeceği ve ayrıksı bir konumda olacağını düşünmek ise temelsiz bir iyimserlik olacaktır.

Kökleri, çeşitli değişiklikler geçirmiş olsa da bir askeri darbeye dayanan ve halk tarafından kabulü yürürlükteki bir cuntanın varlığından bağımsız olmayan; demokratik mekanizmanın işleyişine sıklıkla yukarıdan müdahaleyi öngören ve bu tarz müdahaleleri kurumsallaştıran; hak ve özgürlükleri korumak bir yana bunları sıklıkla ve muğlak gerekçelerle sınırlandıran; temel hak kavramının içeriğinin doldurulmasında belki de en dar yaklaşımı sergileyen ve ideolojik yönü ağır basarken içeriğindeki muğlak ifadelerle yorum olgusunu bu ideolojinin eksenine çeken bir anayasanın meşruluğu zaten yeterince tartışmalıdır. Hâl böyle iken bir de bu anayasanın kanunlara üstünlüğünü denetlemekle yükümlü bir organın, demokratik açıdan ne ölçüde meşru ve demokrasi ile ne derecede uyumlu olduğunu değerlendirmek anlamsız görünmektedir. Dahası normlar hiyerarşisinin korunmasına ek olarak Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin başka önemli işlev ve görevleri yüklendiği de göze çarpmaktadır. Bu bağlamda siyasi partilerin mali denetimi, siyasi partilerin kapatılması davaları, Yüce Divan sıfatı ile yargılama yapması bunlardan ilk akla gelenlerdir. Teorik açıdan gereklilikleri ne ölçüde kabul edilirse edilsin, siyasetin güncel işleyişi içinde bir kurumun, bir yandan çoğunluk kararını anayasaya aykırı olması nedeni ile iptal edip öte yandan aynı yasama organında yer alan partilerin kapatılıp kapatılmaması kararını verebiliyor olmasının, demokrasinin hangi yönü ile uzlaşacağını kestirmek kolay değildir. Netice itibarıyla Selçuk'un ifade ettiği biçimi ile anayasa yargısının, anayasaya aykırı bir yasal metni iptal etmekle, yasama organına ne ayak bağı olduğu, ne de onun yerine geçtiği; sadece onu hukukun içine çekerek, hukuk devletinin oluşmasına katkıda bulunduğu görüşü, ideal bir duruma işaret etmektedir.[72] İdeal anlayıştan oldukça uzak konumdaki Türkiye örneğinde ise iktidarların mahkemeye değil Anayasa'ya uyduklarını söylemek çok açıklayıcı olmamaktadır.

71 ÖZBUDUN, **2009,** s. 250.

72 SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne,** 6. Basım, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2000, s. 426.

Kaynakça

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, 1. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

ARSLAN, Zühtü, **Anayasa Teorisi,** 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

AVRIL, Pierre, "The Formation of Parliamentary Law in France", **Constitutionalism and the Role of Parliaments**, (edt. K. Ziegler vd.), First Edition, Hart Publishing, Portland, 2006, (s. 47-54).

DUCAT, Craig R., **Modes of Constitutional Interpretation,** First Edition, West Publishing Co, St. Paul Minn, 1978.

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Yargısının Gayrı Meşruluğu Üzerine**, http://www.stargazete.com/acikgorus/anayasa-yargisinin-gayri-mesruluguuzerine-89590.htm (erişim tarihi 20.12.2009).

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi,** 7. Basım, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.

EWING, Keith, "The Parliamentary Protection of Human Rights", **Constitutionalism and the Role of Parliaments,** (edt. K. Ziegler, vd.), First Edition, Hart Publishing, Portland, 2006, (s.253-270).

GARVEY, John H. / ALEINIKOFF, T. Alexander / FARBER, Daniel A., vd., **Modern Constitutional Theory: A Reader,** Fifth Edition, Thomson/West, St. Paul, 2004.

GÖZLER, Kemal "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi,** Yıl: 2006, Cilt: 61, Sayı: 3, (s. 131 – 166).

GÖZTEPE, Ece "Anayasa Yargısının Meşruluğu", **Demokratik Anayasa,** (der. E. Göztepe, vd.), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, (s. 387-417).

GÖZTEPE, Ece, **Anayasa Şikayeti,** 1. Basım, AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.

HATCH, Orrin G., "The Constitution as the Playbook for Judical Selection", **Harvard Journal of Law and Public Policy,** Yıl: 2009, Cilt: 32, Sayı: 3, (s.1035-1044).

İBA, Şeref, **Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda),** 1. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

KABAOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Yargısı,** 2. Basım, İmge Kitabevi, Ankara, 1994.

LANE, Jan-Erik, **Constitutions and Political Theory,** First Edition, Manchester University Press, Manchester, 1996.

MARAVALL, Jose Maria, "The Rule of Law as a Political Weapon". **Democracy and The Rule of Law,** (edt. J.M. Maravall, vd.), First Edition, Cambridge University Press, New York, 2003, (s. 261-301).

McKEON, Richard, **Introduction to Aristotle,** First Edition, The Modern Library, New York, 1947.

ÖZBUDUN, Ergun, "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", **Demokrasi ve Yargı,** (ed. O. Ergül), 1. Basım, TBB Yayınları, Ankara, 2005, (s. 1-16 – ayrı bası).

ÖZBUDUN, Ergun, **Türkiye'nin Anayasa Krizi,** 1. Basım, Liberte Yayınları, Ankara, 2009.

SADURSKI, Wojciech, **Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe**, First Edition, Springer, Dordrecht, 2005.

SAĞLAM, Fazıl. "Anayasa Şikayeti – Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", **Demokratik Anayasa,** (ed. E. Göztepe, vd.), 1. Basım, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, (s. 418-465).

SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne,** 6. Basım, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2000.

SEVİNÇ, Murat, **Anayasa yargısının meşruiyeti ve yargı kararlarının eleştirilebilirliği**, http://www.radikal.com.tr/radikal2/anayasa_yargisinin_mesruiyeti_ve_yarginin_elestirilebilirligi-881045 (erişim tarihi 10.03.2014).

SHAPIRO, Martin / SWEET, Alec Stone, **On Law, Politics, and Judicialization,** First Edition, University Press Inc, New York, 2002.

SHAPIRO, Martin, "Judicial Review in Developed Democracies", **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies,** (ed. S. Gloppen, vd.), First Edition, Frank Cass Publishers, London, 2004, (s. 5-18).

TEZİÇ, Erdoğan, "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun 'Esas' Açısından Denetimi", **Anayasa Yargısı – Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler,** 1. Basım, Anayasa Mahkemesi Yayınları, (s. 19-38).

TOURAINE, Alain, **What is Democracy,** First Edition, Westview Pres, Boulder, 1997.

TURHAN, Mehmet, **Anayasal Devlet,** 4. Basım, Naturel Yayıncılık, Ankara, 2005.

TUSHNET, Mark, **Taking Constitution Away from The Courts.** First Edition, Princeton University Press, New Jersey, 1999.

WALDRON, Jeremy "The Core of the Case Against Judicial Review", **The Yale Law Journal,** Yıl: 2006, Sayı: 115, (s. 1346-1406).