

ANAYASA YARGISININ MEŞRULUĞU SORUNU

Doç. Dr. Kemal Gözler

Koç Üniversitesi

Hukuk Fakültesi



 zet

Bu makalede anayasa yargısının meşruluğu sorunu incelenmektedir. Anayasa yargısının meşru olduğu yolundaki görüş, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesine dayanır. Kanımızca anayasa yargısının meşruluğu bu ilkeyle açıklanamaz. Çünkü, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı, kendiliğinden anlaşılan, apaçık bir şey değildir. Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına yorum yapılarak karar verilir. Anayasa yargısının olduğu bir sistemde bu yorum anayasa mahkemesi tarafından yapılır. Anayasa yargısının olmadığı bir sistemde ise bu yorum, yasama organı tarafından yapılır. Anayasa mahkemesinin yorumunun, yasama organının yorumundan daha doğru olduğunun ispatlanması mümkün değildir. Yasama organının yorumu da, anayasa mahkemesinin yorumu da yanlış olabilir. Zira, anayasanın yorumu, bir “bilme işlemi” değil, bir “irade işlemi”dir. Diğer bir ifadeyle anayasanın yorumlanması, “bilme alanı”nda değil, “irade alanı”nda yer alır. Bir demokrasi de ise irade gerektiren alanda, karar verme yetkisi hakimlere değil, halka veya halkın temsilcilerine aittir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa yargısı, anayasa mahkemesi, irade işlemi, irade alanı, demokrasi.

Question of the Legitimacy of Constitutional Review

Abstract

This article examines the question of the legitimacy of constitutional review of legislation. The theory supporting the legitimacy of constitutional review is based on the principle of the superiority of the constitution over laws. In our view, the legitimacy of constitutional review cannot be justified by this principle, because the contrariety of a law to the constitution is not a self-evident matter. The question whether a law is contrary to the constitution can only be decided by interpreting the constitution. In a system where the constitutional review exists, this interpretation is made by the constitutional court. In a system where the constitutional review does not exist, this interpretation is made by the legislature. It is not possible to prove that the interpretation made by the constitutional court is more correct than the interpretation made by the legislature. The interpretation made by the constitutional court or that made by the legislature may equally be wrong, since the interpretation of the constitution is not an “act of cognition”, but an “act of will”. In other words, the interpretation of the constitution falls into the “area of will” and not into the “area of cognition”. In a democracy, the power to decide in this area belongs to the people or their representatives, but not to the judges.

Keywords: Constitutional review, constitutional court, act of will, area of will, democracy.

Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, yani anayasa yargısı meşru mudur? Biz bu soruya olumsuz cevap veriyoruz. Kanımızca anayasa yargısının meşruluğu oldukça şüphelidir. Görüşümüzü biraz aşağıda açıklayacağız. Ama önce bu soruya olumlu cevap verenlerin görüşlerini görelim.

Doktrinde neredeyse oy birliğiyle savunulan görüşe göre, anayasa yargısı, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesi meşrudur. Bu görüşü savunanlar görüşlerini şu şekilde ispatlamaya çalışmaktadırlar: Kanunlar ile anayasa arasında hiyerarşi vardır. Anayasa, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alır ve kanunlardan üstündür. Dolayısıyla yasama organı anayasaya aykırı kanun yapmamalıdır. Peki ama yasama organı anayasaya aykırı kanun yaparsa ne olacaktır? Bu kanun anayasaya aykırı olmasına rağmen, yürürlükte kalıp uygulanmaya devam edecek midir? Eğer bu kanun uygulanmaya devam ederse, Anayasanın üstünlüğünün ve dolayısıyla normlar hiyerarşisinin hiçbir anlamı kalmaz. O hâlde, bu hiyerarşiyi müeyyidelendirmek ve anayasaya aykırı olan kanunu geçersiz kılmak gerekir. İşte bu işi anayasa mahkemeleri yapmaktadır. Dolayısıyla anayasa mahkemeleri, anayasanın üstünlüğü ilkesini, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı prensibini yaptırıma bağlamaktadır. Bu nedenle de anayasa yargısı, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi meşrudur.

Yukarıda görüldüğü gibi, anayasa yargısının meşruluğu, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesine dayandırılarak ispatlanmaya çalışılmaktadır. Şüphesiz ki, bize göre de, anayasa ile kanunlar arasında hiyerarşi vardır ve kanunlar anayasaya aykırı olmamalıdır. Bu bir ilkedir. Anayasa yargısının meşruluğu sorunu, bu ilkenin var olup olmadığı sorunu değildir. Anayasa yargısının meşruluğu sorunu, bu ilkenin nasıl ve kim

tarafından müeyyidelendirileceği sorunu, yani bir kanunun anayasaya aykırı olduğuna kimin karar vereceği sorunudur.

I. Bilme Alanı – İrade Alanı

Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı hususu kendiliğinden anlaşılabilir, apaçık bir şey değildir. Diğer bir ifadeyle, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorusuna, hakimler veya anayasa hukuku uzmanları tarafından tartışmasız bir cevap verilmesi mümkün değildir. Çünkü, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu, bilimsel bir faaliyete konu olabilecek bir alanda, bir “bilme (*cognition, connaissance*)” alanında yer almaz. Tersine bu sorun “normatif” alanda yer alır. Normatif alanda bilgi işe yaramaz; zira, normatif alanda bir karar, bilgiye dayanarak değil, iradeye dayanarak alınır. Normatif alandaki işlemler bir “bilme işlemi (*act of cognition, acte de connaissance*)” değil, bir “irade işlemi (*act of will, acte de volonté*)” dir¹.

*Bilme (tanıma, idrak) alanı ile irade (istek, emir) alanı arasındaki farkı birkaç örnekle açıklamaya çalışalım. Örneğin bir kişinin, suyun 60 C° derecede kaynadığını iddia ettiğini varsayalım. Bu kişinin iddiası, yani ileri sürdüğü önerme, “bilme (*cognition*)” alanına ait bir önermedir. Dolayısıyla bu önermenin doğru mu, yanlış mı olduğu bilimsel olarak ispatlanabilir. Örneğin bir kaptaki su, sıcaklık derecesi ölçülerek ısıtmaya başlanır. Sıcaklık 60 C° dereceye geldiğinde suyun fokurdamaya başlamadığı görülür. Dolayısıyla bu şekilde suyun 60 C° derecede kaynadığı iddiasının yanlış bir iddia olduğu bilimsel olarak ispatlanmış olur. Bilme alanındaki iddiaların doğruluğunun ispatı teknik olarak bazen zor olabilir; ama bu iddiaların doğruluğunun ispatı gerekli teknik imkânlar oldukça mümkündür. Örneğin fay hattına 1 km uzakta bulunan bir binanın 7,4 şiddetinde bir depreme dayanıp dayanamayacağı iddiasının ispatı, suyun 60 C° derecede kaynayacağı iddiasının ispatına göre çok daha zordur. Ancak bu iddianın da doğruluğu veya yanlışlığı ispatlanabilir. Binanın zemininin sağlamlığı, binada kullanılan kolonların kalınlığı, kolonlarda kullanılan betonun ve demirin miktar ve kalitesi örnek alınarak ölçülür; bu verilere göre, böyle bir zemin üzerinde kurulu ve bu kalitedeki kolonlar tarafından taşınan ve fay hattına 1 km uzaklıktaki böyle bir binanın 7,4 şiddetinde bir depreme dayanıp dayanamayacağı hesaplanabilir. Sadece yukarıda örneği verilen fen veya teknik konular değil, sosyal konular da bilme*

¹“Bilme” ile “irade” arasında ve keza “bilme işlemi (*act of cognition, acte de connaissance*)” ile “irade işlemi (*act of will, acte de volonté*)” arasındaki ayırım konusunda bkz.: KELSEN, 1962: 459-462; KELSEN, 1991: 31, 36; KELSEN, 2002: 10-12, 56, 82-83.

alanına girebilir. Örneğin Avrupa Birliği ülkelerine göre Türkiye’de insanların erken öldüğü iddiasının doğruluğu veya yanlışlığı da ispat edilebilir. Çok değişik şeyler bilme alanına girebilir. Örneğin X’in bir mağazadan saat çaldığı iddiası da bilme alanına giren bir iddiadır. Bu iddianın ortada deliller (tanık, güvenlik kamerası kaydı, çalınan saatin X’in üzerinde daha sonra bulunması, vs.) varsa ispatlanması da mümkündür. Keza kiracı A’nın kira borcunu ev sahibi B’ye ödediği iddiasının ispatı (makbuz, banka havalesi, vs.) da mümkündür.

Ancak bilgi alanına girmeyen, irade alanına giren konulardaki bir önermenin doğruluğunun ispatlanması mümkün değildir. Örneğin yasama organının çıkardığı bir kanunun ülkenin yararına olacağı iddiasının doğruluğunu veya yanlışlığını kimse ispat edemez. Böyle bir konuda ispat için ileri sürülen kanıtların hepsi, kişisel görüşten ibarettir. Mesela, bu satırların yazıldığı günlerde Türkiye’de yıllardır tartışılan türban konusunu ele alalım. Türbanı yasaklayan veya izin veren bir kanunun iyi bir kanun mu olduğu sorusuna da bilimsel olarak cevap vermek mümkün değildir. Bu konuda ileri sürülen bütün argümanlar, bunları ileri sürenlerin kişisel görüşünü yansıtır. Kanun koyma alanında doğrunun ne olduğunun objektif olarak tespiti mümkün değildir. Çünkü yasama alanı, bilme alanı değil; irade alanıdır. Yasama alanında bilgiyle değil, iradeyle karar verilir. Yasama alanında verilen bir karar, bir “bilme işlemi (*act of cognition*)” değil, bir “irade işlemi (*act of will*)”dir. Yasama organı, kanunla düzenlenmesi söz konusu olan konuda iradesini açıklar ve bu konuda karar verilmiş olur. Bir “bilme işlemi” olmadığına göre yasama organının bu kararının, yani çıkardığı kanunun, *doğru* veya *yanlış* olması söz konusu değildir. Böyle bir kanun, bir irade işlemi olarak ancak *geçerli* veya *geçersiz* olabilir. Böyle bir kanun (örneğin türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bir kanun), bunu çıkarmaya yetkili makam (örneğin Türkiye’de TBMM) tarafından çıkarılmış ise, bu kanun geçerlidir. Diyeceğimiz başka bir şey yoktur. Belki buna ilave olarak demokratik sistemde, böyle bir kanunu çıkarmaya yetkili makamın halk tarafından seçilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Yasama organının yaptığı bu kanun, ülkenin yararına da, zararına da olabilir. Bu kanunun uygulanmasından doğacak yarar da, zarar da yasama organına ait olur. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde iyi bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlamento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından ödüllendirilir. Bu kanun halkın çoğunluğunun gözünde kötü bir sonuç doğurmuş ise, bu kanunu kabul eden parlamento çoğunluğu gelecek seçimlerde halk tarafından cezalandırılır.

Böyle bir kanun hakkında Türkiye’de Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptal davası açıldığını varsayalım: Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, bu kanunu Anayasaya aykırı da, uygun da görebilir.

Gerçekte böyle bir kanun, Anayasaya ne aykırıdır; ne de uygundur. Çünkü, Anayasada “türban takılması yasaktır” veya “serbesttir” şeklinde bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesi, böyle bir davada, türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bu kanunun laiklik ilkesine uygunluğunu tartışıp karar verecektir. Laiklik ilkesinin ne olduğu ise anayasada tanımlanmamıştır. Anayasanın 2’nci maddesinde sadece “Türkiye Cumhuriyeti, ... laik... bir Devlet”tir demektir. Acaba türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bu kanun, Anayasanın “Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlettir” diyen ikinci maddesine uygun mudur, yoksa aykırı mıdır? Bu soruya da objektif bir cevap vermek mümkün değildir. Bazılarına göre böyle bir kanun Anayasaya aykırıdır; bazılarına göre ise aykırı değildir. Her iki görüşün de doğruluğunun ispatı bilimsel olarak mümkün değildir.

Çünkü, nasıl kanun yapma işi, bilme alanına değil, irade alanına giriyorsa, bu kanunun anayasaya aykırılığı hakkında karar verme işi de bilme alanına değil, irade alanına giren bir iştir. Nasıl kanun bilme işlemi değil, irade işlemi ise; bu kanunun anayasaya aykırılığı konusunda verilen karar da bir bilme işlemi değil, bir irade işlemidir. Çünkü, kanunun kendisine aykırı olduğu söylenen Anayasa maddesinin kendiliğinden bilinen objektif bir anlamı yoktur. Bu anlam kişiden kişiye değişir. Anayasanın “Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlettir” diyen ikinci maddesine isteyen her kişi, istediği her anlamı verebilir. Aynı şey, Anayasa Mahkemesi üyeleri için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri bu maddeye istedikleri anlamı verebilirler; türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bir kanunu Anayasaya aykırı da, uygun da bulabilirler. Bu alan bilme alanı değil, irade alanı olduğuna göre, Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyelerinin bu kararının doğru olduğu veya yanlış olduğunu kimse ispat edemez. Hatırlanacağı üzere aynı şeyi yasama organının çıkardığı kanun için de söyledik. O hâlde TBMM de, Anayasa Mahkemesi de yanılabilir. Meclisi halk seçmektedir; o nedenle yanılma hakkı vardır; nihayetle Meclisin yanılığı gelecek seçimlerde halk tarafından yaptırıma bağlanacaktır. Oysa Anayasa Mahkemesi üyelerini halk seçmemektedir; o nedenle yanılma hakları yoktur; çünkü, yanılıklarının meşruluğun kaynağı olan halk tarafından yaptırıma bağlanması mümkün değildir.

Türbanı yasaklayan veya serbest bırakan bir kanunun Anayasanın “Türkiye Cumhuriyeti... laik bir devlettir” diyen 2’nci maddesine aykırı olup olmadığı örneğinde görüldüğü gibi, bir kanunun Anayasanın bir maddesine uygunluğu sorunu *bilme* alanında değil, *irade* alanında bulunan bir sorundur. Çünkü, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına bilgiyle değil, iradeyle karar verilmektedir. Diğer bir ifadeyle bir kanunun anayasaya uygunluğunu saptamanın bilimsel olarak ispatlanmış bir yöntemi, tekniği yoktur. Henüz, bir kanunun anayasaya aykırılığını gösteren bir “turnusol kağıdı” icat edilmemiştir.

Henüz kanunların anayasaya aykırılığını tespit eden bir makine, bir bilgisayar yapılmamıştır; bu alan bilgi alanına değil, irade alanına girdikçe de böyle bir şeyin yapılması mümkün değildir. Çünkü bir kanunun kendisine aykırı olup olmadığı araştırılan anayasa normu, anayasanın bir maddesinin metni değil, bu metnin anlamıdır ve bu anlam kendiliğinden bilinebilen bir şey değildir; bu anlam ancak yorum yoluyla tespit edilir ve yorum yorumcuya sıkı sıkıya bağlıdır. Bu son cümlelerin ne demek olduğunu biraz daha yakından görelim.

II. Anayasa Normu, Bir Anayasa Maddesinin Metninin Kendisi Değil, Bu Metnin Anlamıdır ve Bu Anlam Yorum Yoluyla Tespit Edilir ve Yorum Yorumcuya Bağlıdır

1. Anayasa Normu, Anayasa Maddesinin Metni Değil, Onun Anlamıdır

Pek çok kişi bir kanunun anayasaya uygunluğunun araştırılması işinin basit bir iş olduğunu düşünür. Muhtemelen pek çok iyi niyetli kişi, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı araştırılırken, anayasa mahkemesi üyelerinin bir eline anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanunu, diğer eline de anayasayı alıp bu iki metni karşılaştırdıkları, bu iki metin arasında bir uyumsuzluk varsa, kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar verdiklerini düşünmektedir. Bu doğru değildir. Çünkü, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde karşılaştırılan şeyler, anayasa *metni* ve kanun *metni* değil, anayasa *normu* ve kanun *normu*dur. Norm ise, bir “metnin (*text*)” kendisi değil; onun “anlam (*meaning, signification*)”ıdır². Yani norm, beyaz kağıt üzerindeki siyah harfler değil, bu harflerle ifade edilen anlamdır. Diğer bir ifadeyle, bir anayasa maddesinin metninde norm değil, kelimeler vardır. Norm ise kelimelerin kendileri değil, anlamlarıdır. Kısacası, bir anayasa normu, bizatihi anayasanın bir maddesinin *metni* değil, bu metnin *anlamıdır*. Diğer bir ifadeyle, biz bir metni okuruz ve bu okumanın sonucunda zihnimize bir anlam belirir. İşte norm, okuduğumuz kelimeler değil, zihnimize beliren anlamdır. Bu anlam okuyucunun zihninde belirdiğine göre, okuyucudan okuyucuya farklı şekilde olacaktır. Bir metnin okunup, anlamının belirlenmesine hukukta “yorum (tefsir, *interpretation, interprétation*)” denir.

²Normun bir hukukî metnin kendisinin değil, bu metnin anlamı olduğu yolundaki açıklamalar için bkz.: KELSEN, 1962: 2-9, özellikle 7; KELSEN, 1991: 31-36, 163-165, 170-171; KELSEN, 2002: 8-12.

2. Yorum Kaçınılmazdır

Klasik anlayışta yoruma ancak kanunun sözlerinin müphem olması durumunda başvurulur. Kanunun sözlerinin anlamı açık ise yorum yapılamaz. Bu anlayış Batı hukukunda Latince olarak “*interpretatio cessat in claris*”³ özdeyişiyle ifade edilmiştir. Aynı anlayış Mecellenin 14’üncü maddesinde de yerini bulmuştur. Bu maddeye göre “*mevrid-i nasda içtihadada mesağ yokdur*” (BERKİ, 1959: 141; İLHAN, 2003: 18). Klasik anlayışta bazı hukuk kurallarının uygulanmasında yorum yapılır, bazılarında ise yapılmaz. Kanımızca bu anlayış doğru değildir. Hukuk uygulamasında yorum kaçınılmazdır; istisnasız her hukuk kuralının, bu arada her anayasa kuralının uygulanmasından önce mutlaka bir yorum yapılır⁴.

Çünkü, bir anayasa normunun, yani bir anayasa maddesinin metninin anlamının, yorum yapılmaksızın belirlenmesi mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle yorum yapmadan bir metnin anlamını tespit edemeyiz; yani bu metnin içerdiği normun ne olduğunu söyleyemeyiz. Zira, metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar. Açıkçası, metinlerin dili olmadığı için, ne anlama geldiklerini kendileri söyleyemezler⁵. Anayasanın uygulanmasında yorum kaçınılmazdır; anayasanın istisnasız her maddesinin uygulanmasından önce mutlaka bir yorum yapılır. Zira anayasa maddesinin kendisi, üzerinde birtakım yazılar olan bir kağıt parçasından başka bir şey değildir. Bu kağıt parçasının üzerindeki yazının kendiliğinden uygulanması, bir hukukî sonuç doğurması haliyle mümkün değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, anayasa normu, bu metin değil, onun anlamıdır. Bu anlam ise doğrudan doğruya algılanabilir, bilinebilir bir şey değildir; o ancak yorum ile tespit edilebilir. O halde uygulanacak olan normun belirlenmesi için kaçınılmaz olarak bu normun içinde yer aldığı metnin yorumlanması gerekmektedir (TROPER, 1981: 520-521; 1990: 34; KELSEN, 1962: 453; AARNIO, 1992: 77).

3“*Açıklık durumunda yorum yapılmaz*” (GRIDEL, 1992: 556).

4Yorumun kaçınılmazlığı konusunda bkz.: TROPER, 1990: 34; TROPER, 1994: 334.

Bu konuda Hans Kelsen şöyle diyor: “Bir yargı organı, hukuku uygulayacak ise, kaçınılmaz olarak, uygulayacağı normların anlamını belirlemesi, onları yorumlaması gerekir” (KELSEN, 1962: 453).

5Eğer metinler kendi kendilerini yorumlasaydılar, bir anayasa normu ile bir kanun normu arasında çelişki var mı yok mu apaçık ortaya çıkardı ve bu durumda da bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorusuna açıkça cevap verilebilir ve bu şekilde anayasa yargısı meşru olurdu.

3. Bir Anayasa Maddesinin Metni Birden Fazla Norm İçerebilir

Anayasanın bir maddesinin metni anlam bakımından devamlı olarak belirsizdir. Bu belirsizlik iradî veya gayri iradî olabilir (KELSEN, 1962: 454-456). Diğer bir ifadeyle, anayasanın metninde geçen bir cümle, birden fazla anlam taşıyabilir (TROPER, 1975: 142). Açıkçası, anayasanın bir metni vardır, ama bu metin alternatif normlar içerebilir. Eğer anayasanın bir maddesinin metni, birden fazla norm içerebiliyorsa, somut olaya bu normların hepsi uygulanamayacağından bu alternatif normlardan birisinin seçilmesi gerekir. İşte anayasanın yorumu, anayasa maddesinin içerdiği alternatif normlardan birisinin seçilmesini içeren bir karardır (AARNIO, 1992: 62). Diğer bir anlatımla, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde, anayasanın bir maddesini uygulamak durumunda olan anayasa mahkemesi, her şeyden önce, uygulayacağı bu anayasa maddesinin metninin anlamını, yani bu metnin içerdiği normu belirlemelidir. Yukarıda açıklandığı gibi, bu metin değişik anlamlar içerebileceği için anayasa mahkemesi, uygulayacağı normu seçmek zorunda kalır. İşte anayasanın yorumu bu seçimden ibarettir.

4. Anayasanın Yorumu, Yorumcuya Bağlıdır

Eğer bir metin kendi kendini yorumlayamaz ise, yorum kaçınılmaz olarak yorumcu tarafından yapılır. Eğer hukukta yorum, bir metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimden ibaret ise ve metinler de kendi kendilerini yorumlayamıyorsa, yorum bu seçimi yapana, yani yorumcuya bağlıdır. Diğer bir ifadeyle yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür (TROPER, 1975: 143). Yani, anayasa maddesinin içerdiği alternatif normlar arasında yorumcu serbestçe seçimde bulunur. Yorumcu, metnin anlamını tespit ederken geniş bir özgürlükten yararlanır. Hiçbir kurala tâbi değildir⁶. Yorumcu yorumu serbestçe yapar.

⁶“Yorum metotları” olarak sunulan ilkeler, hukuk kuralı değildir. Hakim karşısında hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Doktrinde geliştirilen, lafzî yorum, gaî yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum ve menfaatler içtihadı gibi “yorum metotları”nın ya da *analogia*, *argumentum a fortiori*, *argumentum a contrario* gibi “yorumda kullanılan mantık kuralları”nın hiçbir pozitif hukuki değeri yoktur. Kelsen’in gösterdiği gibi, bunlar “sözde” metotlar ve ilkelerdir. Bunlar doktrinin ürettiği yapılardır. Hukuk kuralı değildirler. Hukukî geçerlilikten yoksundurlar. Yargıç karşısında hiçbir hukuki bağlayıcılıkları yoktur (KELSEN, 1962: 458-459).

Yorumlanan anayasa maddesinin metni aynı da olsa, bu metni herkes değişik şekilde yorumlayabilir. Anayasanın aynı maddesi, yasama organı tarafından başka türlü, cumhurbaşkanı tarafından başka türlü, anayasa mahkemesi tarafından başka türlü yorumlanabilir. Hatta yasama organı kaç üyeden oluşuyor ise söz konusu madde o kadar değişik şekilde de yorumlanabilir. Örneğin Türkiye'de Anayasanın bir maddesinin yasama organı tarafından 550 değişik şekilde anlaşılması mümkündür. Aynı şekilde anayasanın aynı maddesi anayasa mahkemesi üyeleri tarafından da değişik şekillerde yorumlanabilir. Örneğin Türkiye'de Anayasanın bir maddesinin metninin Anayasa Mahkemesi tarafından onbir değişik şekilde yorumlanma ihtimali vardır. Nitekim gerek bizde, gerek başka ülkelerde, anayasa mahkemesi kararlarının önemli bir kısmı, oybirliğiyle değil, oy çokluğuyla verilir. Karara muhalif kalan üyeler, karara “karşı oy (*dissenting opinion, opinion dissidente*)” yazarlar; burada anayasanın tartışma konusu olan maddesini, çoğunluk üyeleri gibi yorumlamadıklarını açıklarlar. Hatta çoğunluk görüşünü oluşturan üyeler bile aynı maddenin değişik şekillerde yorumlanması konusunda “ayrık oy (*concurring opinion; opinion concurrente*)” yazarlar. Şimdi buna kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini icat etmiş olan bir mahkemenin, ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararından örnek verelim:

Örnek.- ABD Yüksek Mahkemesi 1992 tarihli *Planned Parenthood v. Casey* kararında⁷ kürtaj yapılmasını yasaklayan federe devlet kanununun Anayasaya aykırı olduğuna dörde karşı beş oyla karar vermiştir. Ancak bu kararı veren dokuz hakim tam beş ayrı gruba ayrılmıştır. Kararda tam beş ayrı gerekçe (*opinions*) vardır. Yani aynı Anayasa, Yüksek Mahkemenin dokuz üyesi tarafından tam beş değişik şekilde yorumlanmıştır. Şöyle: Üç hakime (O'Connor, Kennedy ve Souter) göre, kürtajın hamileliğin son üç ayı dışında yasaklanması Anayasaya aykırıdır. Hakim Stevens söz konusu kanunun Anayasaya aykırı olduğu sonucuna bir başka gerekçeyle ulaşmıştır. Hakim Blackmun da daha başka bir gerekçeyle aynı sonuca ulaşmıştır. Bu beş üyenin görüşü, Mahkemenin kararı haline gelmiştir. Dört hakim ise (Rehnquist, White, Scalia ve Thomas) kürtajı büyük ölçüde yasaklayan dava konusu kanunun Anayasaya uygun olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Ancak bunlar da kendi içinde iki değişik şekilde yorum yapmışlardır. Rehnquist, Kanunun Anayasaya

7 505 U.S. 833 (1992). Kararın tam metni <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=505&page=883> adresinde bulunmaktadır. Keza kararın metnine ve yorumuna Amerikan anayasa hukuku *casebook*larının hemen hemen hepsinden ulaşılabilir. Örneğin: FISHER, 2003: 966-970; STEPHENS / SCHEB, 2003: 695-701.

uygunluğunu bir şekilde açıklamış; White, Scalia ve Thomas ise aynı Kanunun Anayasaya uygunluğunu bir başka şekilde açıklamışlardır.

Görüldüğü gibi ortada tek Kanun metni ve tek Anayasa metni, ama beş değişik yorum vardır. Beş değişik yorum olmasının tek sebebi, Yüksek Mahkemenin dokuz hakimden oluşmuş olmasıdır. Bu dokuz hakim, aynı olayda aynı Anayasa hükmünü beş değişik şekilde yorumlayabilmişlerdir. Hatta beş değil, dokuz değişik şekilde de yorumlayabilirlerdi! Bu da şunu göstermektedir ki, anayasa metninin standart bir anlamı yoktur. Bu anlam, bu metni okuyup yorumlayan kişiye göre değişmektedir. Ne kadar yorumcu varsa, o kadar yorum, dolayısıyla o kadar değişik norm vardır. Anayasa mahkemesi üyelerinin anayasa hukukunu bildiği ve anayasa hukukunun kişiden kişiye değişmeyen, belirli bir şey olduğu görüşü doğru değildir⁸. Hukukçular da, anayasa mahkemesi üyeleri de anayasayı kendi görüş, istek, inanç ve ideolojileri doğrultusunda yorumlamaktadırlar. Hukukçuların hayal gücü de anayasayı yorumlamaya geldiğinde, gazetecilerin, romancıların ve hatta şairlerin hayal gücünden aşağı kalmamaktadır.

Jean Giraudoux'nun 1935 yılında yazdığı *La Guerre de Troie n'aura pas lieu* isimli tiyatro oyununda Hector'a söylediği gibi,

“hukuk hayal kurma okullarından en güçlüsüdür. Hukukçuların gerçekliği yorumlamada gösterdikleri serbestliği, şairler tabiatı yorumlamada hiçbir zaman gösteremediler (*Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité*)” (GIRAUDOUX , 1935: 111).

5. Yorum, Bilme İşlemi Değil, İrade İşlemidir; Dolayısıyla Anayasayı Yorumlamak, Yargısal-Teknik-Bilimsel Bir Faaliyet Değil, Siyasî Bir Faaliyettir

Yorumun bu derece yorumcuya bağlı olmasının nedeni, yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi, yorumun bir “bilme işlemi (*act of cognition, acte de connaissance*)” değil, bir “irade işlemi (*act of will, acte de volonté*)” olmasından kaynaklanmaktadır (KELSEN, 1962: 459-462; KELSEN: 2002: 82-83). Yani bir anayasa maddesinin, bilimsel olarak gözlemlenebilecek, önceden bilinebilecek objektif bir anlamı yoktur ve bu nedenle de yorum kişiden kişiye değişmektedir. Dolayısıyla anayasanın yorumu, yorumcuya bağlıdır. Bu şu anlama gelmektedir ki, anayasanın yorumu, hukukî, yargısal, teknik veya

⁸ Kelsen bu konuda “hukukî kesinlik yanılsaması (*illusion of legal certainty*)”ndan bahseder (KELSEN, 2002: 83-84).

bilimsel faaliyet değil, tamamıyla siyasî bir faaliyettir. Çünkü, bu yorum “bilme (*cognition*)” alanında değil, “irade (*will*)” alanında bulunmaktadır. Bu alanda ise alınacak kararlar, akla, tekniğe, bilime değil, karar verenin kişisel tercihine ve iradesine dayanarak alınmaktadır. O hâlde anayasa metnini yorumlamak, yani bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına karar vermek, hukukî-teknik-bilimsel bir faaliyet değil, siyasî bir faaliyettir. Bir demokraside ise siyasî kararlar, hakimler tarafından değil, halk veya halkın temsilcileri tarafından alınır. Dolayısıyla, hakimlerin siyasî kararlar alması anlamına gelen anayasa yargısı meşru bir şey değildir.

III. Anayasa Yargısına Meşruluk Kazandırmanın Bir Yolu Yok mudur?

Acaba anayasa yargısına, yani kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimine meşruluk kazandırmanın bir yolu yok mudur? Bu konuda şu iki yol düşünülebilir: Anayasa Mahkemesi üyeleri ya halk tarafından seçilmeli, ya da üyeler anayasanın sözünü tekrarlayan bir “ağız” olmakla yetinmelidirler.

1. Anayasa Mahkemesi Üyelerini Halkın Seçmesi, Anayasa Yargısına Meşruluk Kazandırır mı?

Anayasanın yorumlanması işlemi, bir “irade işlemi” olduğuna göre, anayasa mahkemesi üyelerinin faaliyeti de siyasî bir faaliyettir. O hâlde anayasa mahkemesi üyelerini doğrudan doğruya halk seçmelidir. Bu şekilde anayasa mahkemesinin yaptığı işe, yani kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi işine meşruluk kazandırılmış olur. Ancak uygulamada anayasa mahkemesi üyelerinin doğrudan doğruya halk tarafından seçildiği bir ülke yoktur. Bununla birlikte, pek çok ülkede, anayasa mahkemesi üyelerinin tamamı veya bir kısmı parlâmentolar tarafından seçilmektedir (BAŞLAR, 2005: 91-93). Bu ülkelerde bu şekilde anayasa mahkemelerine bir ölçüde meşruluk kazandırıldığı iddia edilmektedir. Kanımızca bu düşüncede isabet payı yoktur. Çünkü, günümüz demokrasi anlayışında seçimlerin iki dereceli değil, tek dereceli olması gerekmektedir. Yani günümüzde halkın temsilcileri, halkın seçtiği ikinci seçmenler tarafından değil, doğrudan doğruya halk tarafından seçilmektedir. O nedenle kanımızca anayasa mahkemesi üyelerinin bir kısmının veya hatta hepsinin parlâmento tarafından seçilmesi anayasa yargısına meşruluk kazandıramaz. (Burada şunu da belirtelim ki, Türkiye’de TBMM’nin Anayasa Mahkemesinin üye seçme yetkisi de yoktur).

Anayasa mahkemesi üyelerinin tamamı doğrudan doğruya halk tarafından seçilse dahi, anayasa yargısının meşruluğu sorunu çözümlenmemektedir. Çünkü, bu durumda da burada şu iki sorun ortaya çıkar: *Bir kere*, böyle bir durumda, artık ortada bir “yargı organı” değil, bir “siyasal organ” vardır. Ve bu organ tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi artık bir *yargısal* denetim değil, *siyasal* denetimdir. Oysa biz burada kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal denetiminin değil, *yargısal* denetiminin meşruluğu sorununu tartışıyoruz. *İkinci olarak*, anayasa mahkemesi veya bu işle görevli organın üyeleri halk tarafından seçilirse, bu organ ülkenin normal yasama organının üstünde yer alan bir yasama organı, bir süper meclis haline gelir. Normal meclis, bu süper meclise kanun tasarısı hazırlayan bir komisyon haline dönüşür ki, böyle bir şey, ne anayasacılık, ne kuvvetler ayrılığı, ne de demokrasi bakımından gereklidir.

2. Anayasa Mahkemesi Üyeleri, “Anayasanın Ağız” Olmakla Yetinebilirler mi ve Yetinseler Anayasa Yargısı Meşruluk Kazanır mı?

Anayasa mahkemesi üyelerinin tamamı halk tarafından seçilmediğine göre, seçilse dahi bu durumda ortadaki denetimin bir yargısal denetim değil, siyasal denetim olacağına göre, anayasa yargısına meşruluk kazandırmanın geriye tek bir yolu kalıyor: *Anayasa mahkemesi üyeleri, anayasa metninin sözlerini tekrarlayan bir “ağız” olmakla yetinsinler*. Yani anayasa mahkemesi üyeleri bir nevi “anayasa papağanı” olsunlar. Hakimlerin kanunların sözlerini telaffuz eden bir “ağız” olmakla yetinmeleri gerektiği düşüncesi, bizim tarafımızdan icat edilmiş bir düşünce değildir. Hakimlerin yorum yaparak, kanunun sözlerini genişletmek, daraltmak ve değiştirmek gibi bir yetkilerinin olmadığı, kanunu değiştirmek yetkisinin yasama organına ait olduğu düşüncesi hukuk tarihinde çok eski zamanlardan beri savunulan köklü bir düşüncedir. Örneğin bu düşüncüyü Francis Bacon, 1605 yılında yayınladığı *The Advancement of Learning* isimli ünlü eserinde şu Latince özdeyişle dile getirmiştir:

“Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum receditur a litera, judex transit in legislatorum” (Sözden uzaklaşan yorum; yorum değil, kehanettir. Hakim sözden uzaklaşırsa, kanun koyucu haline gelir) (BACON, 1605: Book II, XVIII, 8).

Şüphesiz hakimlerin kanunların sözlerini telaffuz eden bir “ağız” oldukları düşüncesi, en güzel bir şekilde, kuvvetler ayrılığı teorisinin kurucusu olan Montesquieu tarafından 1748 yılında yayınlanan *Kanunların Ruhu (Esprit des lois)* isimli ünlü eserinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bazen bir kanun aynı zamanda ileri görüşlü ve kör, bazen de çok katı olabilir. Fakat *ulusun hakimleri, kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan* ve kanunun ne gücünü veya ne katılığını yumuşatabilen *bir cansız varlıktan başka bir şey değildir*”⁹.

Yani Charles Louis de Secondat Montesquieu’ye göre, bir kanunun katı olması durumunda, hakimler yorum yoluyla bu kanunu yumuşatamazlar; kanunu yumuşatma veya değiştirme yetkisi münhasıran yasama organına aittir. Hakimler, kanunu ne olursa olsun uygulayan, “cansız varlıklar (*êtres inanimés*)”dır. Hakimler “kanunun ağızı (*bouche de la loi*)”dır. Fransa’da Montesquieu’nün dile getirdiği, hakimlerin “cansız varlıklar” veya “kanunun ağızı” olması gerektiği görüşü, uygulamaya aktarılmaya da çalışılmıştır. Fransız ihtilalinden sonra ortaya çıkan anlayışa göre, yargı organı yorum yapmamalı, kanun metnini doğru bir tündengelim yoluyla somut olaylara uygulamakla yetinmelidir (PERELMAN, 1976: 16). Bu doğrultuda Fransa’da 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun, hakimlerin kanunları yorumlamaya kalkmasını cezaî müeyyideye bağlayarak açıkça yasaklıyordu. Bu Kanunun 12’nci maddesine göre, “mahkemeler kanunların yorumlanmasına gerek duydukları zaman, hüküm vermeyecekler, ama yasama organına başvuracaklardır” (*Ibid.*). Aslında yorum türlerinden biri olan, “yasama yorumu (*interprétation législative, référé législatif*)”nun altında yatan ana fikir, hakimlerin yorum yapmaya yetkilerinin olmadığı düşüncesidir. Bu arada 1924 Türk Anayasasının, pek muhtemelen benzer bir düşünceyle, teşriî yorum usûlünü kabul etmiş olduğunu hatırlatalım.

Anayasa yargısının meşruluğu sorununa çözüm olarak “anayasanın ağız” görüşü üzerinde durulmaya değer bir görüştür. Kanımızca, yukarıda açıklanan sorun karşısında en makul tavır, anayasa mahkemesi üyelerinin anayasayı yorumlama yetkisine sahip olmadıklarını, anayasa mahkemesi üyelerinin anayasanın sözlerini tekrarlayan bir ağızdan ibaret olmaları gerektiğinin söylenmesidir. Bu görüş yönünde denebilir ki, bir kanunun anayasaya aykırı olduğu iddia edildiğinde, anayasa mahkemesi üyelerinin bir eline anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanun metnini, diğer eline de anayasa metnini alıp okumaları ve bunların arasında çelişki görürlerse, kanunu iptal etmeleri gerektiği söylenebilir. Bu görüş doğru değildir. Çünkü, yukarıda açıklandığı gibi anayasa normu, anayasa maddesinin metni değil, onun anlamıdır ve bu

9 “Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais *les juges de la nation ne sont*, comme nous avons dit, que *la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés* qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (İtalikler bize ait) (MONTESQUIEU, 1748: XI, 6).

anlam kendiliğinden ortaya çıkan, apaçık bir şey değildir; bu anlam anayasa mahkemesi üyelerinin madde metnini yorumlamaları sonucunda ortaya çıkar. Bu yorum da yukarıda açıklandığı gibi farklı şekillerde yapılabilir. Uzun lafın kısası, anayasa maddesinin metni ve keza kanun maddesinin metni okunarak bunların arasında çelişki olup olmadığı anlaşılabilir.

Belki bunun anlaşılabilirliği, yani sırf anayasa maddesinin ve kanun maddesinin metnini okuyarak, yani bunların sözlerini tekrarlayarak, kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorununun çözümlenebileceği yolundaki görüşü desteklemek için bazı istisnaî örnekler de bulunabilir. Örneğin varsayalım ki, bir ülkenin anayasasında “hakimler 65 yaşında emekli olurlar” diye bir hüküm vardır. Yine varsayalım ki bu ülkede yasama organı “64 yaşını bitiren hakimler emekliye sevk edilirler” diye bir kanun hükmü kabul etmiştir. Bu kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla anayasa mahkemesine iptal davası açılmış ise, anayasa mahkemesi üyeleri, bir anayasanın hükmünü (“hakimler 65 yaşında emekli olurlar”), bir de kanun hükmünü (“64 yaşını bitiren hakimler emekliye sevk edilirler”) okurlar ve bunların arasında çelişki olduğunu görüp, kanunu iptal ederler.

Şüphesiz bu istisnaî örnek, anayasa yargısını meşru göstermek için bulunabilecek en güzel örnektir. Ancak bu örnek dahi yukarıdaki görüşün doğruluğunu ispatlamaya yetmez. Çünkü, bu basit örnekte dahi norm, “hakimler 65 yaşında emekli olurlar” şeklindeki beş kelimedenden oluşan bu cümlelerin kendisi değil, onun anlamıdır. Bu anlam ise ancak bir insanın zihninde oluşabilir. Bu cümleyi bir banda kaydedip, bunu bir hayvana tekrar tekrar dinletebilirsiniz. İnsan dışında bir varlığın bunun ne anlama geldiğini anlaması mümkün değildir. Belki bu cümleyi bir papağana tekrarlatmak da mümkündür. Ancak bu papağanın zihninde bu cümlelerin anlamının belirmesi imkansızdır. Cümle ne kadar basit olursa olsun, bu anlam ancak insan zihninde oluşabilir. Bu anlam insan zihninde oluşacak ise, bu anlam insandan insana değişir. Şüphesiz “hakimler 65 yaşında emekli olurlar” örneği, pek çok kişinin bu cümlelerin anlamı konusunda uzlaşabileceği bir örnektir. Ancak bu örnekte yer alan böylesine basit bir cümle dahi farklı şekillerde yorumlanabilir. Acaba, 65 yaştan kast edilen şey nedir? 65 yaş demek, kişinin doğduğu günden itibaren 64’üncü yılın dolup, 65’inci yıldan gün almak demek midir? Yoksa 65’inci yılın günlerini de bitirip, 66’ncı yıla girmek mi gerekir? Bu yorumlardan birincisi seçilirse, “64 yaşını bitiren hakimler emekliye sevk edilir” diyen kanun anayasaya uygun, yok eğer bunlardan ikincisi seçilirse, aynı kanun anayasaya aykırı hâle gelir. İşte böylesine basit bir konuda dahi, yorum yoluyla farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür.

“Hakimler 65 yaşında emekli olurlar” hükmü yerine 1982 Türk Anayasasının 1’inci maddesini ele alalım: “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir”.

Bu madde pek çok şekilde yorumlanabilir. Bu maddenin ne anlama geldiğini tespit edebilmek için öncelikle “cumhuriyet” kavramını tanımlamak gerekmektedir. Anayasada cumhuriyetin ne olduğu tanımlanmamıştır. Doktrinde çok değişik şekilde cumhuriyet tanımları yapılmaktadır. Bir görüş, cumhuriyeti dar bir şekilde, devlet başkanlığının babadan oğula irsî olarak intikal etmediği devlet şekli olarak tanımlarken (örneğin GÖZLER, 1999: 51-62), Türk Anayasa Mahkemesinin çoğunluk üyeleri 1961 Anayasası döneminde verdiği pek çok kararında cumhuriyeti geniş anlamda tanımlamış, onun içine demokratik devlet, laik devlet, hukuk devleti, sosyal devlet gibi değişik ilkeleri de katmıştır¹⁰.

Yorum sorununun ne kadar zor bir sorun olduğunu göstermek için şimdi, 1982 Türk Anayasasının 1’inci maddesini değil, 2’nci maddesini ele alalım:

“MADDE 2.- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir”.

Anayasanın bu maddesinde ifade edilen anayasa normunu tespit edebilmek için, bu maddede geçen “toplumun huzuru”, “millî dayanışma”, “adalet anlayışı”, “insan haklarına saygı”, “Atatürk milliyetçiliği”, “demokratik devlet”, “lâik devlet”, “sosyal devlet” ve “hukuk devleti” gibi kavramların ne anlama geldiğini tespit etmek gerekir. Bu kavramların hiçbiri Anayasada tanımlanmamıştır. Bu kavramların herkesçe kabul edilen standart tanımları da yoktur. Bu kavramları herkes kendi istediği gibi tanımlayabilir. Yasama organının kabul ettiği bir kanun, acaba toplumun huzuruna millî dayanışmaya, adalet anlayışına, insan haklarına, Atatürk milliyetçiliğine, demokratikliğe, lâikliğe, sosyal devlet anlayışına veya hukuk devleti anlayışına aykırı mıdır? Bu soruya belki sonsuz sayıda cevap verilebilir. Belki bu soruyu ne kadar çok değişik kişiye sorma ihtimaliniz varsa, o kadar değişik cevap alma ihtimaliniz olabilir. Bu soruyu bin kişiye sorarsanız, bin değişik cevap alabilirsiniz. Aynı şey Anayasa Mahkemesi üyeleri için de geçerlidir. Yukarıdaki soruyu Anayasa Mahkemesinin onbir üyesine sorarsanız, pek muhtemelen onbir değişik cevap alabilirsiniz.

Dolayısıyla anayasa mahkemesi üyelerinden yorum yapmalarını, sadece “anayasanın ağzı” olmalarını istemek mümkün değildir. Çünkü, yorum yapmadan, anayasa mahkemesinin üyelerinin, anayasanın metninde yazan kelimeleri anlamaları, bu metinde ifade edilen normun ne olduğunu söylemeleri mümkün değildir. O hâlde, anayasa mahkemesi üyeleri anayasanın sözlerini

10 Örneğin Anayasa Mahkemesi, 16 Haziran 1970 Tarih ve E.1970/1 ve K.1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, s.323.

tekrarlayan bir ağız olmakla yetinsinler; bu şekilde anayasa mahkemesinin meşruluğu sağlansın düşüncesinde tutarlılık yoktur. Uzun lafın kısası, kanunların anayasaya uygunluğu yargısal denetimine meşruluk sağlamanın bir yolu bulunmamaktadır.

IV. Anayasa Mahkemesi, Anayasayı Yasama Organına göre Daha mı Doğru Yorumlar?

Bir anayasa maddesi, yasama organının çoğunluk üyeleri tarafından başka türlü, anayasa mahkemesinin çoğunluk üyeleri tarafından başka türlü yorumlanabilir. Yasama organının çoğunluk üyelerinin yaptığı yorumu da, anayasa mahkemesinin çoğunluk üyelerinin yaptığı yorumu da çeşitli açılardan yanlış bulup eleştirebiliriz. Bunların ikisi de bir yorum olarak eş değerdedir. İkisi de bize göre yanlış olabilir. Ancak bu yorumlardan hangisine geçerlilik tanınacaktır? *Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin olmadığı bir sistemde*, bir anayasa maddesinin anlamı konusunda son sözü söylemek, yani nihai ve kesin yorum yapmak yetkisi yasama organının çoğunluk üyelerine aittir. Böyle bir sistemde, yasama organının çoğunluk üyelerinin yaptığı yorum, bize göre apaçık yanlış olsa bile, geçerlidir; bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. *Anayasa yargısının olduğu bir sistemde ise*, yasama organının çoğunluk üyelerinin yorumu ile anayasa mahkemesinin çoğunluk üyelerinin yorumu arasında bir fark varsa, geçerli olan yorum anayasa mahkemesinin çoğunluk üyelerinin yorumudur. Anayasa yargısının olduğu bir sistemde son sözü söyleme yetkisi anayasa mahkemesine aittir. Anayasa mahkemesi yorumu bize göre, veya yasama organı çoğunluk üyelerine göre apaçık yanlış olsa bile, anayasa mahkemesinin dediği olur. Ancak kanımızca, anayasa mahkemesinin çoğunluk üyelerine böyle bir konuda son sözü söyleme yetkisinin verilmesi kanımızca meşru değildir. Çünkü, anayasa mahkemesinin üyeleri halk tarafından seçilmemektedirler. Dolayısıyla meşruluklarının kaynağı halk olamaz.

Anayasa mahkemesi üyelerinin meşruluklarının kaynağı halk değilse acaba nedir? Acaba anayasa mahkemesi üyelerinin yaptığı yorumun meşru olduğu, çünkü bunların yorumlarının yasama organı üyelerinin yaptığı yorumlara göre daha doğru olduğu söylenebilir mi? Yani anayasa yargısının meşruluğu, anayasa mahkemesi üyeleri tarafından yapılan yorumun, yasama organı üyeleri tarafından yapılan yoruma göre daha doğru olduğu varsayımı üzerine kurulabilir mi?

Eğer anayasa mahkemesi üyelerinin, milletvekillerine göre, anayasayı daha doğru yorumladıkları gösterilebilirse, anayasa yargısının meşru olduğu

düşüncesi savunulabilir. Ne var ki, anayasa mahkemesi üyelerinin, milletvekillerine göre, anayasayı daha doğru yorumladıklarının veya en azından anayasa mahkemesinin yaptığı yorumun yasama organının yaptığı yorumdan üstün olduğunun ispatlanması mümkün değildir. Çünkü, yukarıda pek çok defa açıkladığımız gibi bir yorumun doğru veya yanlış olması mümkün değildir; zira, yorum bir bilme işlemi değil, bir *irade işlemidir*. Bu nedenle, bir yorum, *doğru* veya *yanlış* değil; ama *geçerli* veya *geçersiz* olabilir. Yani irade alanındaki bir önermenin doğru mu, yanlış mı olduğu ispatlanamaz; ancak bu önerme bu önermeyi ifade etmeye yetkili makam tarafından ifade edilmiş ise geçerlidir. O nedenle, anayasa mahkemesinin bir anayasa maddesini, yasama organına göre daha doğru yorumlayacağı iddiası, epistemolojik açıdan yanlış formüle edilmiş, bilimsel olarak ispatlanması mümkün olmayan bir iddiadır.

Yukarıda açıkladığımız gibi anayasanın bir maddesi hakkında yasama organı ve anayasa mahkemesi tarafından yapılan yorumlardan hangisinin doğru olduğunun ispatlanması mümkün değildir. Bunların hangisinin doğru olduğu ispatlanamıyorsa, bunların çatışması hâlinde son sözü söyleme yetkisi bir demokrasi de, anayasa mahkemesine değil, yasama organına ait olmalıdır; çünkü yasama organı üyeleri halk tarafından seçilirken; anayasa mahkemesi üyeleri halk tarafından seçilmemektedir.

Anayasa yargısının meşruluğu konusunda bizim söyleyeceklerimiz esas itibarıyla bundan ibarettir¹¹. Burada şunu da ekleyelim ki, anayasa yargısının

11 Şüphesiz anayasa yargısının meşruluğunu açıklamak için teorik değil, bazı pragmatik argümanlar da ileri sürülebilir. Örneğin Ergun Özbudun'a göre,

“Anayasa yargısının demokratik meşruluğu, ancak pragmatik gerekçelerle, yani mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolunda Batı toplumlarında mevcut olan güçlü inançla savunulabilir” (ÖZBUDUN, 2005: 12).

Kanımızca bu tür pragmatik argümanların doğruluğunun araştırılması, hukuk teorisinin değil, siyaset biliminin alanına girer. O nedenle biz bu tür argümanları tartışmayı prensip olarak reddediyoruz. Ayrıca belirtmek isteriz ki, anayasa yargısı, temel hak ve hürriyetleri korumak için değil, anayasanın üstünlüğü prensibini, yani kanunların anayasaya aykırı olamayacakları ilkesini müeyyidelendirmek için icat edilmiştir. O nedenle anayasa yargısının meşruluğu, anayasa mahkemesi kararlarının temel hak ve hürriyetler üzerindeki etkilerine bakılarak açıklanamaz. Kaldı ki, böyle bir açıklamaya Türkiye'de teşebbüs edilirse, pek muhtemelen Anayasa Mahkemesinin meşru olduğu değil, meşru olmadığı sonucuna ulaşılır. Zira, pek çok yazar, Türk Anayasa Mahkemesinin temel hak ve hürriyetleri koruyucu bir yaklaşıma sahip olduğu kanısında değildir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin verdiği siyasî parti kapatma kararlarını inceleyen Merih Öden, Anayasa Mahkemesinin

meşruluğunu savunanlara kendi kullandıkları argümanlar dahilinde de cevap verilebilir. Yani anayasa yargısının meşru olduğunu savunanların görüşlerinin yanlışlığı, kendi mantıkları içinde de gösterilebilir. İşte bundan sonra bunu yapmaya çalışacağız. Bunu yaparken de, kararın “doğruluğu” veya “yanlışlığı” gibi ifadeler kullanacağız. Yukarıda açıkladığımız gibi, kanımızca, bir yorum ne doğru, ne de yanlıştır. Ancak biz de aşağıda yorumun “doğruluğu” veya “yanlışlığı” terimlerini, anayasa yargısının meşruluğunu savunanlara kendi kullandıkları terminoloji dahilinde cevap vermek için kullanacağız.

V. Anayasa Mahkemesi Üyeleri Yanılmaz mı?

Anayasa yargısının meşru olduğunu savunanlar, bir kanunun anayasaya aykırı olmaması gerekliliğine dayanıyorlar. Ancak bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına ise anayasa mahkemesi üyeleri karar veriyor. O hâlde, anayasa yargısının meşru olabilmesi için, anayasa mahkemesi üyelerinin *yanılmaz* olduklarının ispat edilmesi gerekir. Eğer anayasa mahkemesi üyeleri yanılmaz değilse, anayasa mahkemesinin anayasaya aykırı dediği kanun gerçekte anayasaya aykırı olmayabilir. Bu nedenle her şeyden önce anayasa mahkemesi üyelerinin yanılmaz olduklarını ispat etmek gerekir. Böyle bir şeyin ispatı ise mümkün değildir. Gerek başka ülkelerde, gerek Türkiye’de anayasa mahkemesi üyelerinin verdikleri pek çok kararın bugün apaçık olarak yanlış olduğu kabul edilmektedir. Hatta bazen aynı mahkeme, birkaç ay veya birkaç yıl sonra verdiği kararın yanlış olduğunu belirtip, önceki içtihadını değiştirmiştir.

Kanımızca Anayasa yargısına meşruluk kazandırmanın bir yolu yoktur. Çünkü bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı, kendiliğinden anlaşılan, apaçık bir şey değildir. Bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığını tartışmasız olarak söyleyecek bir makine yapılmadıkça, bu denetim insanlar tarafından yapıldıkça yapılan anayasaya uygunluk denetimi meşru değildir.

*“parti özgürlüğünü sınırlayıcı bir anlayış”*a sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır (ÖDEN, 2003: 187-195, özellikle, s.188). Anayasa Mahkemesinin başörtüsüyle ilgili bir kararını inceleyen Mustafa Erdoğan, Mahkemenin, idarî gereklilikleri “temel hakların üzerine” çıkardığını, Anayasa Mahkemesinin *“temel hakların güvencesi olmak yerine kısıcısı olmayı tercih”* ettiğini ileri sürmüştür (ERDOĞAN, 2002: 195, keza 190-121, 134-137). Benzer şekilde Zühtü Arslan, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve hürriyetlere “hak temelli bir paradigma” ile değil, “ideoloji temelli bir paradigma” ile yaklaştığını ileri sürmüş ve Anayasa Mahkemesinin “bireyin hakları” yerine “devletin menfaatleri”ni koruduğunu iddia etmiştir (ARSLAN, 2002: 24, keza, 15).

Çünkü, böyle bir durumda, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmaması, gerçekten de bu kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına değil, bu konuda karar verecek insanların bu konudaki görüşlerine bağlıdır. Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilen bir kanun gerçekte anayasaya aykırı olmayabilir. Böyle bir kanun hakkında söylenebilecek tek şey, bu kanunun *anayasa mahkemesi üyelerinin görüşlerine göre* anayasaya aykırı olduğudur. Anayasa mahkemesi üyelerinin bu konudaki görüşleri ise doğru da olabilir, yanlış da olabilir. Bu üyelerin çoğunluğunun görüşüne, bu görüş yanlış da olsa bağlayıcılık atfedilmektedir. Bunların görüşlerinin bağlayıcı olması, verdikleri kararın doğru olduğu ve iptal ettikleri kanunun gerçekten de anayasaya aykırı olduğu anlamına gelmez.

Anayasa mahkemesi üyelerinin yanılmaz olmadıklarını göstermek için şu kanıtları ileri sürebiliriz:

1. Bugün Apaçık Yanlış Olduğu Kabul Edilen Kararlar

Bütün anayasa mahkemeleri yanılabilir. Bugün pek çok anayasa mahkemesinin geçmişte verdiği pek çok kararının apaçık yanlış olduğu kabul edilmektedir. Anayasa yargısı denen şeyi icat eden, dünyanın en meşhur anayasa yargısı organı olan ABD Yüksek Mahkemesinden bir örnek verelim:

Dred Scott v. Sanford Kararı.- ABD Yüksek Mahkemesi 1857 tarihli *Dred Scott v. Sanford* kararında¹² köleliği bazı eyaletlerde yasaklayan bir kanunu (1820 tarihli *Missouri Compromise*) Anayasaya aykırı görmüş ve bu kanunun geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, yasama organının köleliği yasaklama yetkisinin olmadığına, çünkü, zencilerin, Bağımsızlık Bildirgesi anlamında “insan” ve 1787 Amerikan Anayasası anlamında da “vatandaş” olmadığına, tersine zencilerin bir mal olduklarına, dolayısıyla kölelerin üzerinde sahiplerinin, 1787 Anayasanın 5’inci Değişikliği tarafından korunan mülkiyet haklarının bulunduğu, dolayısıyla köleliği ABD’nin belirli bir kısmında yasaklayan bir kanunun Anayasanın mülkiyet hakkını koruyan hükmüne aykırı olduğuna ve dolayısıyla geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bu kararın hukuken ve ahlaken ne derecede yanlış olduğu üzerinde fazlaca durmaya gerek yoktur. İşte “yanılmaz” hakimlerin kararı! Bu karar bir doğruyu değil, kararı veren ırkçı hakimlerin kişisel görüşünü yansıtır. Ama bu hakimler, sırf son sözü söyleme

12 60 U.S. (19 How) 393 (1857). Kararın tam metnine şu adresten ulaşılabilir: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=court=us&vol=60&page=393>. Keza bu karar aşağı yukarı bütün Amerikan anayasa hukuku *case book*’larında vardır. Örneğin STEPHENS /E SCHEB, , 2003: 36-38, 69-72; FISHER, 2003: 789-792.

yetkilerine sahip oldukları için söyledikleri şeyleri doğruymuş gibi kabul etmek zorunda kalıyoruz. ABD Yüksek Mahkemesinin 1857 tarihli *Dred Scott* kararında yazılan görüşleri (zencilerin insan olmadığı ve mal olduğu) bugün söyleyen birisi hapsi boylar.

2. Oy Çokluğuyla Verilen Kararlar

Anayasa Mahkemelerinin oy çokluğuyla verdiği kararlar, anayasa mahkemesi üyelerinin yanılmaz olmadıklarını gösteren en güzel kanıttır. Örneğin onbir üyeli bir anayasa mahkemesinde, altı üye kanunun anayasaya aykırı olduğu yolunda; beş üye ise uygun olduğu yolunda oy kullanabiliyor. Veya bir anayasa mahkemesi, bir kanun hakkında beşe karşı altı çoğunlukla anayasaya uygundur dedikten sonra, bir üyenin değişmesi sonucu, birkaç ay veya birkaç yıl sonra, bu sefer aynı kanunun anayasaya aykırı olduğuna beşe karşı altı çoğunlukla karar verebiliyor. Oy çokluğuyla verilen kararlara örnek vermeye gerek yok. Herhangi bir anayasa mahkemesinin kararlar dergisi alınıp şöyle bir karıştırılırsa, kararlarının ezici çoğunluğun oybirliğiyle değil, oy çokluğuyla verildiği görülecektir.

3. Anayasa Mahkemeleri Kendi İçtihadını Değiştirebiliyor

Anayasa mahkemesi kararları, sadece başkaları için değil, *stare decisis* ilkesi gereğince, anayasa mahkemesinin kendisi için de bağlayıcı olması gerekir. Anayasa mahkemesi bir konuda karar verdikten sonra bu kararını bir daha değiştirmemesi gerekir. Ancak ne var ki, anayasa mahkemesi içtihatlarının, gerek Türkiye'de, gerek başka ülkelerde kısa sürede değiştiğine şahit olunmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesinden birkaç örnek:

Örnek 1.- Anayasa Mahkemesi 17 Ekim 1972 tarih ve E.1972/20, K.1972/55 sayılı kararıyla¹³ 832 sayılı Sayıştay Kanununun 45'inci maddesinin Anayasaya uygun olduğunu karar verdikten dört buçuk ay sonra, 6 Mart 1973 tarih ve E.1972/56, K.1973/11 sayılı kararıyla aynı Kanunun aynı maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir¹⁴.

13 Karar *Resmî Gazetede* veya *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisinde* yayınlanmamıştır. Ancak bu karar Anayasa Mahkemesinin 6 Mart 1973 tarih ve E.1972/56, K.1973/11 sayılı kararında zikredilmektedir (*Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, s.137).

14 *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, s.126-151.

Örnek 2.- Anayasa Mahkemesi, 18 ve 19 Şubat 1969 tarih ve E.1968/26, K.1969/14 sayılı kararıyla¹⁵, 15 Temmuz 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 74'üncü maddesinin Anayasaya *uygun* olduğuna karar verdikten iki yıl sonra 2 Şubat 1971 tarih ve E.1970/12, K.1971/13 sayılı kararıyla aynı maddenin Anayasaya *aykırı* olduğuna ve iptaline karar vermiştir¹⁶.

Örnek 3.- Anayasa Mahkemesi, 23 Mart 1976 tarih ve E.1975/167, K.1976/19 sayılı Kararıyla 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanununun 1961 Anayasasının 38'inci maddesini değiştiren hükmünün Anayasaya *uygun* olduğuna¹⁷ karar verdikten yedi ay sonra, 12 Ekim 1976 tarih ve E.1976/38, K.1976/46 sayılı Kararıyla aynı hükmün Anayasaya *aykırı* olduğuna ve iptaline karar vermiştir¹⁸.

Yukarıdaki örnek kararlarda acaba ne oldu da birkaç ay sonra Anayasa Mahkemesi fikrini değiştirdi. Acaba Anayasa Mahkemesi üyeleri daha önce göremedikleri bir gerçeği mi gördüler? Hayır. Bu değişikliğin çok basit bir sebebi vardır: İlk kararlar ile ikinci kararlar arasında Mahkemeden bir veya iki üye emekli olmuş, yerine atanan üye veya üyeler başka yönde oy kullanmıştır. Örneğin yukarıdaki üçüncü örnekte verilen ilk karara katılan iki üyenin (İhsan Ecemiş ve Mehmet Akar) yerine, ikinci kararda başka iki üye (Fahrettin Uluç ve Adil Esmer) katılmıştır. Oysa bu iki karar arasındaki yedi aylık süre içinde Anayasada bir değişiklik yapılmamıştır. “Anayasayı değiştirmeye”, Anayasa mahkemesinin iki üyesinin değişmesi yetmiştir! Oysa Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'nin üye tam sayısının üçte iki çoğunluğuna ait idi.

İçtihat değişimine ABD'den de iki örnek verelim:

Örnek 1: Plessy (1896) ve Brown (1954) Kararları.- ABD Yüksek Mahkemesi 1896 tarihli *Plessy v. Ferguson* kararında¹⁹ beyazlarla siyahların ayrı tren vagonlarında seyahat etmesini öngören bir Kanunun Anayasaya uygun olduğuna bire karşı yedi oyla karar vermiştir. Yüksek Mahkemenin bu kararda geliştirdiği “ayrı ama eşit doktrini (*the separate but equal doctrine*)”ne²⁰ göre, toplu taşıma araçları, okullar, parklar ve hatta mezarlıklar gibi umumî yerlerde siyahlar ile beyazlar arasında ayırım yapılmasını

15 *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 7, s.244-268.

16 *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 9, s.281-303.

17 *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 14, s.119-161.

18 *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 14, s.252-285.

19 163 U.S. 537 (1896). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=163&page=537>; STEPHENS / SCHEB, 2003: 758-761; FISHER, 2003: 799-802.

20 Bu konuda bkz.: STEPHENS / SCHEB, 2003: 726; FISHER, 2003: 795-796.

öngören kanunların (“*Jim Crow Laws*”), Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkemeye göre, eşit imkanlardan yararlanmak kaydıyla beyazlar ile siyahlar arasında ayırım yapılması Anayasanın “eşit koruma hükmü (*equal protection clause*)”ne (XIV’üncü *Amendment*, Section 1) aykırı değildir. Aynı Yüksek Mahkeme, 58 yıl sonra verdiği 1954 tarihli *Brown v. Board of Education of Topeka* kararında²¹ “ayrı ama eşit (*separate but equal*)” içtihadını terk etmiş ve siyah çocuklar ile beyaz çocukların ayrı okullara gitmesinin Anayasanın “eşit koruma hükmü (*equal protection clause*)”ne aykırı olduğuna karar oybirliğiyle karar vermiştir²². Oysa bu 58 yıl boyunca (1896-1954), XIV’üncü *Amendment*’ın 1’nci Bölümünde yer alan “eşit koruma hükmü (*equal protection clause*)”nde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. ABD Yüksek Mahkemesine göre 1896 yılında siyahlar ile beyazların ayrı okullara gitmesi, XIV’üncü *Amendment*’ın 1’nci Bölümüne uygun; 1954 yılında ise XIV’üncü *Amendment*’ın 1’nci Bölümüne aykırıdır. Oysa XIV’üncü *Amendment*’ın 1’inci Bölümünün metni hep aynıdır. Ortada tek bir anayasa hükmü, ama bu hükmün birbiriyle taban tabana zıt iki değişik yorumu vardır. Bu yorumlardan ikisinin de aynı zamanda doğru olması mümkün olmadığına göre, bu yorumlardan birisi kaçınılmaz olarak yanlıştır. Demek ki ABD Yüksek Mahkemesi yanılmaz değildir.

Örnek 2: Roe (1973) ve Casey (1992) Kararları.- ABD Yüksek Mahkemesi 1973 tarihli *Roe v. Wade*²³ kararında kürtajın yasaklanmasını Anayasada tanınan “özel hayatın gizliliği hakkı (*right to privacy*)”na aykırı görmüştür. Yüksek Mahkeme göre hamile bir kadının kürtaj yaptırma hakkı, bebeğin anne karnının dışında yaşayabilme imkânının olduğu ana kadar (yani ilk 28 haftada, yani ilk yedi ayda) *mutlaktır*. Yasama organı ancak bu andan sonraki dönemde (yani bebeğin doğumuna son üç ay kala) kürtaj yapılmasını yasaklayabilir. İlk yedi aylık dönemde annenin “mutlak kürtaj hakkı (*absolute right to abortion*)” vardır. Aynı Yüksek Mahkeme, 19 yıl sonra 1992 yılında, *Planned Parenthood v.*

21 347 U.S. 483 (1954). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=347&page=483>; STEPHENS / SCHEB, 2003: 761-763; FISHER, 2003: 761-763.

22 Yüksek Mahkeme şöyle demiştir: “...[A]yrı ama eşit doktrininin eğitim alanında bir yeri yoktur. Aynı eğitim olanakları mahiyeti gereği eşit değildir (... [I]n the field of public education the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal)” (347 U.S. 483, 495 [1954]) (FISHER, 2003: 814).

23 410 U.S. 113 (1973); <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=410&page=113>; STEPHENS / SCHEB, 2003: 690-695; FISHER, 2003: 953-956.

Casey kararında²⁴ hamile kadının ilk yedi aylık dönemde “mutlak kürtaj hakkı”na sahip olduğu içtihadından vazgeçmiş ve “aşırı yük (*undue burden*)” kriterini benimsemiştir. Yüksek Mahkemeye göre, kürtaj yaptırma hakkı, ilk yedi anayasada dahi mutlak bir hak değildir; yasama organı hamile kadının kürtaj yaptırmasını yasaklayabilir. Böyle bir kanun, ancak, hamile kadın bakımından bir “aşırı yük” getirirse, Anayasaya aykırı olur. ABD Yüksek Mahkemesi bu kararı dörde karşı beş oyla almıştır. Azınlıkta kalan dört üyeye göre kürtajın yasaklanması Anayasaya tamamıyla uygundur. 1973’de *Roe v. Wade* kararını ABD Yüksek Mahkemesi ikiye karşı yedi oyla vermiştir. Çünkü 1973’te Mahkemede sadece iki muhafazakar üye vardı. 19 yıl sonra 1992’de muhafazakar üyelerin sayısı dörde çıkmıştır. Muhafazakar üyelerin sayısı 5’e çıktığında ve benzer bir kürtaj davası mahkemenin önüne geldiğinde ABD’de kürtajın tümünden yasaklanması Anayasaya uygun hâle gelebilecektir. Anayasada değişen hiçbir şey olmamasına rağmen, kürtajı yasaklayan bir kanun Anayasaya uygun veya aykırı olabilmektedir. Bunun sebebi ise, Anayasada bir değişiklik olmadığına göre, Mahkemenin içtihadındaki değişikliktir. İchtihattaki değişikliğin sebebi emekli olan veya ölen üyelerin yerine atanan yeni üyelerin başka siyasal eğilimde olmasıdır. Her hâlde, Anayasa denen şeyi icat edenler, icat ettikleri şeyin anlamının onu yorumlayan kişilerin siyasal eğilimlerine göre değişecek bir şey olduğunu bilseydiler; böyle bir şeyi icat etmekten vazgeçerlerdi.

Anayasa Mahkemesi Yanılmaz Değil ise, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı Nereden Geliyor?- Yukarıdaki örnekler şunu gösteriyor ki, anayasa mahkemelerinin kararları da pekala yanlış olabilir. Ancak anayasa mahkemesinin kararları yanlış da olsa hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Çünkü, anayasa mahkemeleri nihaî ve kesin karar verme yetkisine sahipler ve kararları bağlayıcıdır. Yukarıda gördüğümüz ABD Yüksek Mahkemesinin *Dred Scott v. Sanford* kararından²⁵ sonra görüldüğü gibi, anayasa değişikliği yapıp anayasa mahkemesinin kararı geçersiz kılınmadıkça veya iç savaş çıkmadıkça²⁶, anayasa mahkemelerinin kararları bağlayıcı olmakta, hüküm

24 505 U.S. 833 (1992); [http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=court=us&vol=505&page=883](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=court&court=us&vol=505&page=883); FISHER, 2003: 966-970; STEPHENS / SCHEB, 2003: 695-701.

25 60 US (19 How) 393 (1857); <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=court=us&vol=60&page=393>; STEPHENS / SCHEB, 2003: 36-38, 69-72; FISHER, 2003: 789-792.

26 ABD Yüksek Mahkemesinin 1857 tarihli *Dred Scott v. Sanford* kararının bir sonucu olarak, ABD’de kuzey eyaletlerinde köleliğin lağvedilmesi Anayasaya aykırı hâle gelmiştir. Neticede Amerika Birleşik Devletlerinde 1861-1865 yılları arasında köleliğe karşı olan kuzey eyaletleri ile köleliğe taraftar olan güney eyaletleri

sonuç doğurmaktadır. Yani kısaca, anayasa mahkemesi yanlış karar vermiş de olsa, son sözü söylemektedir. Ancak anayasa mahkemelerinin son sözü söylüyor olmaları onların kararlarının doğru olduğu anlamına gelmez. Anayasa mahkemesi kararlarının gücü, doğru olmalarından değil, bağlayıcı olmalarından kaynaklanmaktadır. ABD Yüksek Mahkemesi üyesi hakim Jackson, *Brown v. Allen* kararında yazdığı ayrışık oyda bu durumu çok güzel bir şekilde şöyle dile getirmiştir:

“Biz yanılmaz olduğumuz için son sözü söylemiyoruz; tersine son sözü söylediğimiz için yanılmazız²⁷ (“*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”)²⁸.

F. Anayasa Yargısının Meşruluğuna Karşı Ek Argümanlar

Anayasanın meşruluğuna karşı başka argümanlar da ileri sürülebilir.

arasında “iç savaş (*civil war*)” çıkmış ve beş yüz elli bin kişi ölmüştür. Neticede iç savaşta, köleliğe karşı çıkan kuzey eyaletleri galip gelmiştir. İş savaş sonrasında 1865 tarihli XIII’üncü Anayasa Değişikliğiyle (*Amendment*) kölelik lağvedilmiştir. 1868 tarihli XIV’üncü Anayasa Değişikliğiyle, Amerika’da doğan veya daha sonra Amerikan vatandaşlığına alınan herkesin vatandaşlık haklarına sahip olduğu, dolayısıyla zencilerin de vatandaş olduğu ve keza federe devletlerin vatandaşlık haklarına müdahale edemeyeceği kabul edilmiştir. Bu Anayasa değişiklikleriyle 1857 tarihli *Dred Scott* kararının etkileri ortadan kaldırılmıştır. Böylece ABD Yüksek Mahkemesinin verdiği yanlış bir kararı bağlayıcılığını yıkmak için, Anayasada değişiklik yapılması, bunun için de yüzbinlerce insanın ölmesi gerekmiştir. ABD iç savaşına yol açan nedenlerden birisinin de Yüksek Mahkemenin *Dred Scott* kararı olduğu pek çok kitapta ileri sürülmektedir. Örneğin STEPHENS / SCHEB, 2003: 37; FISHER, 2003: 788.

27 Daha sadık bir şekilde şöyle çevrilebilir: “Biz yanılmaz olduğumuz için nihaî değiliz; ama yalnız nihaî olduğumuz için yanılmazız”. Veya daha az sadık bir şekilde şu şekilde çevrilebilir: “Biz yanılmaz olduğumuz için kesin hüküm vermiyoruz; bir kesin hüküm verdiğimiz için yanılmazız”. Veya: “Bizim kararlarımız yanılmaz oldukları için bağlayıcı değil; tersine bağlayıcı oldukları için yanılmazdır”.

28 *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953) (Mr. Justice Jackson, concurring in the result). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=court=us&vol=344&page=443>. Hakim Jackson’un bu görüşüne dikkatimiz Van Alstyne (1969: 4) tarafından çekilmiştir.

1. Kuvvetler Ayrılığı Teorisi Anayasa Yargısına Karşıdır

Kuvvetler ayrılığı teorisine göre, yasama ve yargı kuvvetleri birbirinden bağımsız olmalı ve ayrı ellerde bulunmalıdır. Montesquieu'ye göre, bir devlette, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç kuvvet bulunur. Montesquieu, bu üç kuvvetin birbirinden ayrılmasının gerektiğini, bu kuvvetlerin aynı elde toplanırsa istibdadın ortaya çıkacağını söylemektedir. Montesquieu'ye göre, yargı kuvveti de dahil, bu üç kuvvet, sınırlı kuvvetlerdir. Bunlar kendi alanlarının dışına çıkarılsa, hürriyet ortadan kalkar (MONTESQUIEU, 1748: XI, 6). Kuvvetler ayrılığı teorisine dayanarak şunları ileri sürebiliriz: Anayasa yargısı, yasama organının bir işleminin yargı organı tarafından iptal edilmesi demek olduğuna göre, yargı kuvvetinin, yasama kuvvetine müdahalesi anlamına gelir. Nasıl yasama organı, yargı organının işlemlerine müdahale edemiyor ise, yargı organının da yasama organının işlemlerini geçersiz kılamaması gerekir. Bunun aksinin olması kuvvetler ayrılığı teorisine aykırılık teşkil eder. Eğer yargı organına yasama organının işlemlerini geçersiz kılma yetkisi tanınacaksa, yasama organına da yargı organının işlemlerini geçersiz kılma yetkisi tanınsın. Bu her iki ihtimal de kuvvetler ayrılığı prensiplerine aykırıdır.

2. Anayasa Mahkemesi Eş-Kanun Koyucu Haline Gelir

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sonucunda Anayasa Mahkemesinin kendisi de bir nevi yasama organı haline gelir. Böyle bir durumda anayasa mahkemesi, yasama organının yaptığı kanunları geçersiz hale getirir. Yasama organının yaptığı kanunları geçersiz kılmak da yasama yetkisi kullanmak anlamına gelir. Zira, kanun yapmak gibi, değiştirmek ve ilga etmek yetkisi de yasama organına ait bir yetkidir. Yürürlükteki kanunları kaldırmak da tartışmasız bir yasama yetkisidir. Bu yetki anayasa mahkemesine ait olursa, anayasa mahkemesi, yasama yetkisini parlamento ile paylaşan bir organ haline gelir. Yani anayasa mahkemesi Michel Troper'in ifade ettiği gibi, "eş-kanun koyucu (*co-législateur*)" haline gelir (TROPER, 1990: 39). Hakimlerden oluşan bir kurulun, yasama yetkisini kullanması, "eş kanun koyucu" haline gelmesi, ne kuvvetler ayrılığı, ne demokrasi ilkesiyle bağdaşır. Kuvvetler ayrılığı ilkesine göre, hakimlerin yasama yetkisine taraf olmaları mümkün değildir. Demokrasi ilkesine göre ise, yasama yetkisi halk veya halkın temsilcileri tarafından kullanılır.

3. Anayasa Mahkemesi Tali Kurucu İktidar Hâline Gelir

Üst paragrafta anayasa mahkemesinin eş-kanun koyucu haline geldiğini söyledik. Burada daha da ileri giderek anayasa mahkemesinin “tali kurucu iktidar” haline gelebileceğini de söyleyelim. Anayasa mahkemelerinin yaptıkları yorumlar sonucu bazen anayasanın bir maddesinin metni sabit kalmakla birlikte anlamı tamamıyla değişebilmektedir. Oysa anayasayı değiştirme yetkisi, anayasa mahkemelerine değil, ülkenin tali kurucu iktidarına (örneğin parlâmentonun üçte iki çoğunluğuna ve referandum yoluyla halka) aittir. Bazen de anayasa mahkemeleri kanunları anayasada olmayan bir şeye dayanarak iptal ederler veya anayasa tarafından kendilerine verilmeyen bir yetkiyi kullanırlar. Böyle bir durumda anayasa mahkemeleri anayasaya, anayasada olmayan yepyeni bir norm eklemiş olur. Oysa anayasaya yeni norm ekleme yetkisi, anayasa mahkemesine değil, anayasayı değiştirme iktidarına, yani tali kurucu iktidara aittir. Anayasaya yeni norm eklemeye Türk Anayasa Mahkemesinden iki adet örnek verelim:

Örnek 1: Türk Anayasa Mahkemesinin TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK Çıkarma Yetkisi Verebilmesi Şartlarına İvedilik, Zorunluluk ve Önemlilik Şartlarının Eklemesi.- 1982 Türk Anayasasının 91'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermesinin *şartı*, bu yetkiyi, çıkaracağı bir “yetki kanunu” ile vermesidir. 91'inci maddenin ikinci fıkrasına göre ise, böyle bir yetki kanununun, dört adet unsuru (amaç, kapsam, ilke ve süre unsurlarını) içermesi gerekmektedir. TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermesine *tek şartı*, bu dört unsuru içeren bir yetki kanunu ile bu yetkiyi vermesidir. 1982 Türk Anayasasının ne 91'inci maddesinde, ne de başka bir maddesinde, bu şart dışında TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisini verebilmesi için bir başka şart öngörülmemiştir. Ancak buna rağmen, Anayasa Mahkemesinin 1990 yılında oluşturduğu ve daha sonra da tekrarladığı içtihadına göre, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisini verebilmesinin “ivedilik”, “zorunluluk” ve “önemlilik” olmak üzere üç adet şartı vardır. Anayasa Mahkemesi, 6 Şubat 1990 tarih ve K.1990/3 sayılı Kararında, “TBMM tarafından, *önemli, zorunlu ve ivedi* durumlar dışında ve yasama yetkisinin devri niteliğinde Bakanlar Kurulu'nun yetkilendirilmemesi”

gerektiğine karar vermiştir²⁹. Anayasa mahkemesi bu içtihadını başka kararlarında da tekrarlamıştır³⁰.

Anayasanın hiçbir yerinde Anayasa Mahkemesinin icat ettiği *önemlilik*, *zorunluluk* ve *ivedilik* şartları geçmemektedir. Nitekim yukarıdaki kararlara karşı oy yazan üyeler Necdet Darıcioğlu, Mehmet Çınarlı, Servet Tüzün ve Erol Cansel bu hususu açıkça vurgulamışlardır³¹. Örneğin Mehmet Çınarlı karşı oy yazısında şöyle demiştir:

“Anayasa’nın 91. maddesinde, gerek öteki maddelerinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin ancak ‘zorunlu ve ivedi’ hallerde verilebileceğine dair bir hüküm ve kısıtlama mevcut değildir. Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’da mevcut olmayan bir hükme dayanarak iptal kararı vermesi mümkün olmadığı gibi; yürütmenin ve uygulamanın dışında bulunan bir yüksek mahkemenin ‘zorunlu ve ivedi haller’in hangi haller olduğunun takdir etmesi de son derece güçtür”³².

Görünen odur ki, Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilmesi için, “önemlilik, zorunluluk ve ivedilik” şeklinde üç şart koymuştur. Bu şartlar Anayasanın ne 91’inci maddesinde, ne de başka bir maddesinde mevcuttur. O halde Anayasa Mahkemesi, Anayasaya, Anayasada mevcut olmayan şu normu

29 Anayasa Mahkemesi, 6 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/62, K.1990/3 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.103.

30 Örneğin Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/64, K.1990/2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.62-64; 16 Eylül 1993 Tarih ve E.1993/26, K.1993/28 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.330-331; 5 Temmuz 1994 Tarih ve E.1994/50, K.1994/44-2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 31, Cilt 1, s.342-343; 7 Temmuz 1994 Tarih ve E.1994/49, K.1994/45-2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 30, Cilt 1, s.260-261; 19 Eylül 1995 Tarih ve E.1995/44, K.1995/44 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 31, Cilt 2, s.651-653; 2 Ekim 1996 Tarih ve E.1996/61, K. 1996/35 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 32, Cilt 2, s.818-819; 16 Eylül 1993 Tarih ve E.1993/26, K.1993/28 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.330-331.

31 Necdet Darıcioğlu, Mehmet Çınarlı, Servet Tüzün ve Erol Cansel’in Karşı Oy Yazısı, *in* Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/64, K.1990/2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.79-90.

32 Mehmet Çınarlı’nın Karşı Oy Yazısı, *in* Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/64, K.1990/2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.84.

eklemiştir: “TBMM, Bakanlar Kuruluna ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir”.

Anayasaya, Anayasada olmayan bu normu eklediğini bizzat Anayasa Mahkemesinin kendisi de itiraf etmiştir: Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 1990 tarih ve K.1990/21 sayılı Kararında³³, “önemlilik, zorunluluk, ivedilik ve kısa sürelilik” şartlarını koyduğu 1 Şubat 1990 tarih ve K.1990/2 sayılı Kararının³⁴ bir değerlendirmesini yapmış ve şöyle demiştir:

“Anayasa Mahkemesi, KHK çıkarılması ile ilgili olarak TBMM tarafından verilen yetkinin, ancak ‘ivedi ve zorunlu’ durumlarda ve çok uzun olmayan sürelerde kullanılacak bir yetki olduğu gerekçesi ile 3479 sayılı Yetki Yasası’nı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin sözü edilen iptal kararı ile KHK’ler yönünden ilk kez ‘ivedi ve zorunlu’ olma ve ‘belirli sürelerde kullanma’ ölçütleri getirmiştir. Bu anayasal ölçütlerin daha önce yürürlüğe girmiş olan KHK’leri etkilemesi düşünülemez. Konulan yeni ölçütler geleceğe yönelik yeni bir anlayışı açıklamaktadır”³⁵.

Kararda italik olarak verdiğimiz ifadeler açıkça göstermektedir ki, Anayasa Mahkemesi, “ivedi ve zorunlu” olma ölçütlerinin Anayasada bulunmadığını, bu ölçütlerin kendisi tarafından “ilk kez” 3479 sayılı Yetki Kanunu üzerine verdiği 1 Şubat 1990 tarih ve K.1990/2 sayılı Kararıyla konulduğunu söylemektedir. Keza aynı alıntıda, Anayasa Mahkemesi “konulan yeni ölçütler”den bahsetmektedir. Demek ki Anayasa Mahkemesi, Anayasada olmayan “yeni ölçütler koyduğunu” ikrar etmektedir. Yani, Anayasa Mahkemesi tali kurucu iktidarı gasp ettiğini açıkça kabul ve ilân etmektedir. Haliyle, Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya Anayasada olmayan “yeni ölçütler” koyma, dolayısıyla tali kurucu iktidarı gasp etme gibi bir yetkisi yoktur.

Hatta yeni bir norm koyduğunu kabul ettikten sonra, Anayasa Mahkemesi haliyle bu yeni normun zaman bakımından uygulanması sorunuyla karşı karşıya kalmıştır. Acaba, bu “ivedi ve zorunlu” olma ölçütleri, daha önce çıkan yetki kanunlarına dayanılarak çıkan kanun hükmünde kararnamelere uygulanacak mıdır? Anayasa Mahkemesine göre, bu ölçütlerin

33 Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 1990 Tarih ve E.1990/1, K.1990/21 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.301-333.

34 Anayasa Mahkemesi, 1 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/64, K.1990/2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.-51-78.

35 Anayasa Mahkemesi, 17 Temmuz 1990 Tarih ve E.1990/1, K.1990/21 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.319. İtalikler bize ait.

“daha önce çıkan yetki yasalarının kullanım alanına etkisi kabul edildiği takdirde KHK ile yapılan düzenlemelerde istikrarsızlık ve güvensizlik yaratacak ve bu KHK'lerin tesis ettiği hukukî durumlar ve kazanılmış haklar büyük ölçüde ihlâl edilebilecektir. Bu bakımdan..., ‘ivedilik, zorunluluk’ ve ‘belirli zamanda yetki kullanma’ ölçütlerinin geçmişe dönük kullanılması... Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği yolundaki kurala aykırı olur”³⁶.

Bu karar çok ilginçtir. Anayasa Mahkemesi yeni norm koyduğunun tam anlamıyla bilincindedir ki, yeni koyulan bu normun geçmişe uygulanıp uygulanmayacağını tartışabilmektedir. Bu tartışma, Türk Anayasa Mahkemesinin ne kadar “cesur” olduğunun mükemmel bir göstergesidir. Kanunların Anayasadaki bir norma uygunluğunu araştırmakla görevli bir Mahkeme, bu görevini bırakıp Anayasaya yeni bir normu koymakta ve bu normun geçmişe uygulanıp uygulanamayacağını tartışabilmektedir!

Yukarıda alıntılanan karardan da açıkça görüldüğü gibi, Türk Anayasa Mahkemesi 1982 Türk Anayasasına, Anayasada bulunmayan yeni bir norm eklemiştir. Anayasa Mahkemesinin görevi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemekten ibarettir. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya norm eklemek gibi bir görevi yoktur. Anayasa Mahkemesi kanunları Anayasada yer almayan bir kurala dayanarak iptal edemez. Anayasa Mahkemesinin bunu yapması Anayasaya aykırılık teşkil eder. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya norm eklemesi, sadece basit bir Anayasaya aykırılık değil, Anayasa mahkemesinin tali kurucu iktidarı gasp etmesi anlamına gelir. Türkiye'de tali kurucu iktidar ise, Anayasanın 175'inci maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte ikisi veya beşte üçü+referandum yoluyla halktır. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya norm eklemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte ikisine veya beşte üçü+seçmenlere ait olan yetkiyi gasp etmesi anlamına gelir. Bir demokraside, tali kurucu iktidar halka ve halkın temsilcilerine aittir. Halk tarafından seçilmeyen Anayasa Mahkemesinin halkın ve halkın temsilcilerine ait olan tali kurucu iktidarı gasp etmesi demokrasinin reddi anlamına gelir.

Örnek 2: Anayasa Mahkemesinin Yetkilerinin Arasına Yürütmeyi Durdurma Kararı Verme Yetkisini Katması.- 1982 Türk Anayasasına göre Anayasa Mahkemesinin iptal kararları Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler ve o gün iptal edilen kanun yürürlükten kalkar (m.153/3). Keza iptal kararları geriye yürümez (m.153/5). Anayasanın ne 153'üncü maddesinde, ne de bir başka maddesinde Anayasa Mahkemesine yürütmeyi durdurma yetkisi veren bir hüküm yoktur. Anayasa mahkemesi 1993 yılından

36 *Ibid.*

önce kendisinin yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisinin olmadığını kabul ederken, 21 Ekim 1993 tarih ve K.1993/40-1 sayılı Kararıyla kendisinin yürürlüğü durdurma kararı vermeye yetkili olduğuna karar vermiştir³⁷ ve bu içtihadını da günümüze kadar sürdürmektedir. Anayasa mahkemesi 1993'ten günümüze kadar pek çok kanun ve kanun hükmünde kararname hakkında daha iptal kararı vermeden, dava sürerken kanun veya kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Bugün Anayasanın maddeleri arasında bulunmamasına rağmen, Türk hukukunda Anayasa Mahkemesinin kanunlar hakkında yürütmeyi durdurma kararı verebileceği yolunda bir "hukuk kuralı" vardır. Bu "hukuk kuralı", Anayasada bulunmamasına rağmen, sanki varmışçasına etkili bir şekilde uygulanmakta ve hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Açıkçası, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın orijinal metninde olmayan bir hükmü Anayasaya eklemiştir. Tekrar hatırlatalım: Türkiye'de Anayasaya hüküm ekleme yetkisi, Anayasa Mahkemesine değil, tali kurucu iktidara aittir. Anayasa Mahkemesi bu şekilde halka ve halkın temsilcilerine ait olan Anayasada değişiklik yapma yetkisini gasp etmiştir.

Anayasa mahkemesine anayasayı yorumlama mutlak yetkisi verildiği an, anayasa mahkemesinin tali kurucu iktidar haline gelmesi şaşırtıcı değildir. İngiltere'de Bangor Piskoposu Benjamin Hoadly, üç yüzyıl kadar önce, 1717 yılında, İngiltere Kralı huzurunda verdiği vaazda şöyle diyordu:

"Kelimenin her anlamıyla gerçek kanun koyucu, yazılı veya sözlü bir kanunu ilk yazan veya söyleyen kişi değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir (*Whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly lawgiver, to all intents and purposes, and not the person who first spoke or wrote them*)"³⁸.

Biz de Piskopos Haodly'den ilham alarak şöyle diyebiliriz:

"Gerçek anayasa koyucu, anayasayı yapan kişi değil, onu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir".

37 Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1993 Tarih ve E.1993/33, K.1993/40-1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.562-563.

38 Hoadly'nin bu sözüne oldukça dolaylı bir şekilde ulaşabildik. Kaynağımız şöyle: Benjamin Hoadly, Bishop of Bognor, "Sermon Preached Before the King," 1717, s.12'den nakleden John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, İkinci Baskı, 1938, s.102'den seçme metin, in LLOYD, 1959: 212.

3. Anayasa Yargısı, Anayasanın Anlamını Belirsiz Hâle Getirir (Hukuk Güvenliğini Sarsar)

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sonucu yürürlükte olan ve aylarca ve hatta yıllarca uygulanmış olan bir kanunun sonradan iptal edilmesi hukuk güvenliğini sarsar. Çünkü, *anayasa, anayasa mahkemesinin yorumları sonucu belirsiz bir şey haline gelmektedir*. Böyle bir sistemde anayasanın ne olduğunu, belirli bir konuda anayasanın ne dediğini kimse bilmemektedir. Örneğin 1990'lı yıllarda anayasaya bakarak 1982 Türk Anayasasının Türk Telekomun özelleştirilmesine açık mı, yoksa kapalı mı olduğu sorusuna kimse cevap verememiştir. Çünkü bu sorunun cevabı sadece ve sadece Anayasa Mahkemesi üyelerinin kafasının içinde saklıydı. Anayasa yargısının olduğu bir sistemde, bir anayasa maddesinin ne anlama geldiğini tartışmasız olarak kimse, en yetkin anayasa hukukçuları bile söyleyemez. Bu maddenin ne anlama geldiği ve keza somut bir kanunun bu maddeye aykırı olup olmadığını bilimsel bir faaliyet sonucu saptamak mümkün değildir. Anayasa yargısının olduğu bir sistemde, bir somut kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı sorusuna cevap verebilecek bir anayasa hukuku bilimi uzmanı yoktur. Çünkü bu soruya cevap verebilmek için, sadece kanunun metnini ve anayasanın metnini okumak yetmemekte, anayasa mahkemesi üyelerinin zihinlerinde geçen düşünceleri okuyabilme gibi fizikötesi güçler de gerekmektedir.

Uzun lafın kısıması, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı, bu kanun anayasa mahkemesinin önüne geldiğinde anayasa mahkemesi üyeleri tarafından söylenecektir. Ondan önce bu kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını ve keza bu kanunun aykırı veya uygun olduğu anayasa maddesinin ne anlama geldiğini anayasa mahkemesi üyelerinin dışında kimse söyleyemez. Kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı da, anayasa maddesinin anlamı da anayasa mahkemesi bu konuda karar verdikten sonra ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla anayasa, metin itibarıyla sabit ve önceden bilinebilir bir şey olsa da gerçekte, anlam itibarıyla her anayasa mahkemesi kararıyla değişen ve önceden bilinmeyen bir şeydir. Oysa bir hukuk devletinde, hukuk kuralları belirli olmalı; kişiler, önceden bilinen hukuk kurallarına tâbi olmalıdır. Kısacası, anayasa yargısının olduğu bir ülkede, yasama ve yürütme organları, gerçek ve tüzel kişiler bir "anayasa"ya uymak zorundadırlar. Ancak bu anayasa, onların okuduğu ve anladığı anayasa değil, anayasa mahkemesinin çoğunluk üyelerinin anladığı anayasadır. Bu husus, daha sonraki yıllarda ABD Yüksek Mahkemesinin başkanı olacak Charles Evan Hughes'in 1908'de şu şekilde ifade edilmiştir:

“Biz bir Anayasaya tâbiyiz; ancak Anayasa hakimler ne diyorsa odur (*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*)” (HUGHES, 1908: 133’ten nakleden VAN ALSTYNE, 1969: 2)³⁹.

Anayasacılığın özünde, anayasal organların, anayasa mahkemesinin dediği şeyle bağlı olması gibi bir düşünce yoktur. Anayasa kavramını icat edenlere göre anayasa, yazılı, herkesin okuyup anlayabileceği, önceden bilinebilen bir metindir. Anayasacılık, kuralların hakimlerin kafasında gizli olduğu bir sisteme karşıdır. Eğer anayasa fikrini icat edenler, anayasanın hakimlerin yorumu sonucu olarak sürekli değişen bir şey olacağını bilselerdi, herhalde anayasa kavramını icat etmek vazgeçerlerdi.

Anayasanın anlamının anayasa mahkemesi yorumlarına göre her gün değişmesi, hukuk güvenliği için tehlikelidir. Yürürlükte olan bir kanuna güvenerek birtakım işler yapan kişiler, daha sonra bu kanun anayasa mahkemesi tarafından iptal edildiğinde bundan zarara uğrarlar. Örneğin Türkiye’de 1990’lı yıllarda başta Türk Telekom olmak üzere, çeşitli kamu kuruluşlarının özelleştirilmesini öngören çeşitli kanun veya kanun hükmünde kararname çıkarılmıştır. Ancak, 1990’lı yıllarda bu tür kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin neredeyse hepsi iptal edilmiştir. Bu durumda Türkiye’de 1990’lı yıllarda başarılı bir özelleştirme uygulaması yapılamamıştır. Keza, bu kanun ve kanun hükmünde kararnamelere güvenerek özelleştirmeye ilgili devletle iş yapan özel kişilerin bazıları bu işten zararlı çıkmışlar ve hiç olmazsa bu işle uğraşarak zaman ve emek kaybetmişlerdir. Bu nedenle, Türkiye’de bugün dahi, özelleştirme söz konusu olduğunda, bu işle ilgilenen müteşebbisler, bunu öngören kanunun, kanun hükmünde kararnamenin daha sonra iptal edilip edilmeyeceğinden korkarlar.

4. Anayasa Yargısının Yol Açtığı “Yaşayan Anayasa” Olgusu Anayasacılıkla Çelişir: Bir Oyunun Kuralı, Oyun Devam Ederken veya Oyun Bittikten Sonra Değiştirilmemelidir

Yukarıda açıklandığı gibi, anayasa, anayasa mahkemesinin yaptığı yorumlar sonucu sürekli değişmektedir. Anayasa bir kağıdın üzerinde mürekkeple yazılmış ve değişmez bir belge değil, adeta “yaşayan bir varlık”tır.

39 Charles Evan Hughes, “Speech before the Elmira Chamber of Commerce,” *Adresses and Papers*, 1908, s.133’ten aktaran VAN ALSTYNE, 1969: 2.

Bazıları anayasanın bir “yaşayan varlık” olmasını övmektedir⁴⁰. Anayasa yaşayan bir varlık olamaz. Anayasa siyasal yaşamın kurallarını belirler. Bu siyasal yaşam, devletin siyasî organları arasında oynanan oyuna, örneğin futbol oyununa, anayasada bu oyunun kurallarına, anayasa mahkemesi de bu oyunun hakemine benzetilebilir. Bir oyunun kuralları şüphesiz değişmez şeyler değildir; ama kuralların değiştiğinin oyundan önce ilan edilmesi gerekir. Oyun devam ederken veya oyunda sonra oyunun kuralının, oyunun hakemi tarafından değiştirilmesi kabul edilebilir bir şey değildir. Eğer böyle bir şey mümkün olursa, böyle bir oyuna akli başında olan ve dürüst oyuncular katılmak istemez. Hangi dürüst futbol takımı, oyunun kuralının oyun esnasında değişebileceği bir maça katılmayı kabul eder? Anayasa yargısında durum bundan da ağırdır. Anayasa yargısında, tabir caizse, oyunun sonucu ilan edildikten, aylar yıllar sonra, oyunun kuralı artık farklı şekilde yorumlanıyor diye oyunun skoru iptal edilmekte; baştan galip olan taraf sonradan mağlup hâle gelmektedir. Böyle bir oyuna ancak ya akli başında olmayan, ya da dürüst olmayan kişiler katılır. Şüphesiz demokrasi oyununu akli salim ve dürüst kişilere ihtiyacı vardır.

Anayasa yargısı bizzat anayasaların varlık sebebiyle çelişkilidir. Anayasalar, devletin temel kuruluşuna belli bir istikrar kazandırmak için yapılmıştır. Anayasalar onun için katıdır. Anayasanın “yaşayan” bir varlık olması, bizzat anayasacılık düşüncesiyle çelişki halindedir. Yasama organının üçte ikiden az çoğunluğuna verilmeyen anayasayı değiştirme yetkisi, anayasa mahkemesinin çoğunluk üyelerine veriliyor ve bu da “anayasa yargısı” ismi altında övülüyor!

Sonuç

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, yani anayasa yargısının meşruluğu, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesiyle açıklanmaktadır. Anayasa yargısının meşru olduğunu savunanlara göre, kanunlar anayasaya aykırı olamayacaklarına göre, anayasaya aykırı olan kanunlar iptal edilmelidir. Kanımızca anayasa yargısının meşruluğu, kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesiyle açıklanamaz. Çünkü, bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı kendiliğinden anlaşılan apaçık bir şey değildir. Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığına *yorum* yapılarak karar verilir.

40 Bu arada belirtelim ki, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim elemanları Yrd. Doç. Dr. Levent Gönenç, Araş. Gör. Dr. Ozan Ergül ve Araş. Gör. Ersoy Kontacı tarafından hazırlanan oldukça yararlı bir anayasa hukuku web sitesine (<http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr>) “yaşayan anayasa” isminin konulması kanımızca bu açıdan bir talihsizlik olmuştur.

Anayasa yargısının olduğu bir sistemde bu yorum anayasa mahkemesi tarafından yapılır. Anayasa yargısının olmadığı bir sistemde ise bu yorum yasama organı tarafından yapılır. Anayasa mahkemesinin yorumunun, yasama organının yorumundan daha doğru olduğunun gösterilmesi mümkün değildir. Yasama organının yorumu da, anayasa mahkemesinin yorumu da yanlış olabilir. Anayasanın yorumu, bir bilme işlemi değil, bir irade işlemidir. Çünkü, bir anayasa maddesinin kendiliğinden ortaya çıkan apaçık bir anlamı yoktur. Bu anlam yorum yoluyla ortaya konmaktadır ve bu yorum, yorumcuya göre değişebilmektedir. O hâlde, anayasanın yorumlanması, bilme alanında değil, irade alanında yer alır. Bir demokraside ise irade gerektiren alanda, hakimler değil, halk veya halkın temsilcileri karar verebilir.

Kaynakça

I. Kitap ve Makaleler

- AARNIO, Aulis (1992), *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit* (Bruxelles ve Paris: E. Story-Scientia ve L.G.D.J.) (Çev.: Geneviève Warland).
- ARSLAN Zühtü (2002), "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court," *Critique: Critical Middle Eastern Studies* (Volume 11, Number 1, Spring): 9-25 (<http://taylorandfrancis.metapress.com/media/3e83c3700k6jtl9e3n2g/contributions/t/f/c/x/tfcxkdnhl8mnnhp.pdf>).
- BACON, Francis (1605), *The Advancement of Learning*, Book II, XVIII, 8. (<http://www.gutenberg.org/dirs/etext04/adlr10h.htm> [Transcribed from the edition by David Price, Cassell & Company, 1893]).
- BAŞLAR, Kemal (2005), "Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma," *Demokrasi Platformu*, (Yıl 1, Sayı 2, Bahar 2005): 87-112 (<http://www.anayasa.gen.tr/baslar-yenidenyapilanma.htm>).
- BERKİ, Ali Himmet (1959), *Mecelle-i Ahkam-ı Adliye* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları).
- ERDOĞAN, Mustafa (2002), *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- FİŞHER, Louis (2003), *American Constitutional Law* (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press) (Beşinci Baskı).
- GIRAUDOUX, Jean (1935), *La Guerre de Troie n'aura pas lieu* (Paris: Editions Bernard Grasset, Le Livre de poche).
- GÖZLER, Kemal (1999), "Hukuk Açısından Cumhuriyet ve Monarşi Kavramlarının Tanımı Sorunu," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (Cilt 54, Sayı 1): 51-62.
- GRIDEL, Jean-Pierre (1992), *Notions fondamentales de droit et droit français* (Paris: Dalloz).
- İLHAN, Cengiz (2003), *Mecelle: Hukukun Doksan Dokuz İlkesi* (İstanbul: Tarih Vakfı Yayınları).
- KELSEN, Hans (1962), *Théorie pure du droit* (Paris: Dalloz) (Çev.: Charles Eisenmann).
- KELSEN, Hans (1991), *General Theory of Norms* (Oxford: Clarendon Press) (Çev.: Michael Hartney).
- KELSEN, Hans (2002), *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press) (Çev.: Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson).
- LLOYD, Dennis (1959), *Introduction to Jurisprudence with Selected Texts* (London: Stevens & Sons Limited).

- MONTESQUIEU (1748), *De l'esprit des lois*, XI, 6 (http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_2/esprit_des_lois_Livre_2.pdf)
- ÖDEN, Merih (2003), *Türk Anayasa Hukukunda Siyasî Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- ÖZBUDUN, Ergun (2005), "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu," in ERGÜL, Ozan (ed.), *Demokrasi ve Yargı* (Ankara: TBB Yayınları) (Ayrı Bası): 1-16.
- PERELMAN, Chaim (1976), *Logique juridique: nouvelle rhétorique* (Paris: Dalloz).
- STEPHENS H. Otis / SCHEB II John M. (2003), *American Constiitutional Law* (Belmont: Thomson-West).
- TROPER, Michel (1975), "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité," *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann* (Paris: Editions Cujas): 133-151.
- TROPER, Michel (1981), "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique," *Revue internationale de philosophie*: 518-529.
- TROPER, Michel (1990), "Justice constitutionnelle et démocratie," *Revue française de droit constitutionnel*, n° 1: 31-48.
- TROPER, Michel (1994), *Pour une théorie juridique de l'Etat* (Paris: P.U.F., Coll. "Léviathan").
- VAN ALSTYNE, William W. (1969), "A Critical Guide to Marbury v. Madison," *Duke Law Journal* (January, Number 1): 1-48. (<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/duk1969&size=2&rot=0&collection=duk1rcf&id=16>).

II. Yargı Kararları

1. ABD Yüksek Mahkemesi Kararları

- Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953) (Mr. Justice Jackson, concurring in the result). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=344&page=443>.
- Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=347&page=483>
- Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How) 393 (1857). (<http://caselaw.lp.findlaw.com/crpts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=60&page=393>).
- Planned Parenthood Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=505&page=883>)
- Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=163&page=537>
- Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=cas&court=us&vol=410&page=113>

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararları

- 18 ve 19 Şubat 1969 Tarih ve E.1968/26, K.1969/14 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 7, s.244-268.
- 16 Haziran 1970 Tarih ve E.1970/1 ve K.1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 8, s.313-340.
- 2 Şubat 1971 Tarih ve E.1970/12, K.1971/13 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 9, s.281-303.

- 17 Ekim 1972 Tarih ve E.1972/20, K.1972/55 Sayılı Karar (*Resmî Gazetede veya Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisinde* yayınlanmamıştır. Ancak bu karar *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, s.137'de zikredilmektedir).
- 6 Mart 1973 Tarih ve E.1972/56, K.1973/11 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 11, s.126-151.
- 23 Mart 1976 Tarih ve E.1975/167, K.1976/19 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 14, s.119-161.
- 12 Ekim 1976 Tarih ve E.1976/38, K.1976/46 sayılı Kararıyla, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 9, s.281-303.
- 1 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/64, K.1990/2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.51-78.
- 6 Şubat 1990 Tarih ve E.1988/62, K.1990/3 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı, 26, s.94-123.
- 17 Temmuz 1990 Tarih ve E.1990/1, K.1990/21 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 26, s.301-358.
- 16 Eylül 1993 Tarih ve E.1993/26, K.1993/28 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.320-342.
- 21 Ekim 1993 Tarih ve E.1993/33, K.1993/40-1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 29, Cilt 1, s.562-563.
- 5 Temmuz 1994 Tarih ve E.1994/50, K.1994/44-2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 31, Cilt 1, s.319-357.
- 7 Temmuz 1994 Tarih ve E.1994/49, K.1994/45-2 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 30, Cilt 1, s.222-296.
- 19 Eylül 1995 Tarih ve E.1995/44, K.1995/44 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 31, Cilt 2, s.647-713.
- 2 Ekim 1996 Tarih ve E.1996/61, K. 1996/35 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 32, Cilt 2, s.810-824.