



Yargısal Aktivizm ve Yasama Erkinin Gaspı

Şerife Gül ARIMAN



'Bu, kötü bir yargı değil.

Bu, eksik bir yargı değil.

Bu, kesinlikle yargı değil!'

Kurt Tuscholsky

olarak Anayasa Mahkemesi kurmasını, bu Anayasa'nın en radikal özelliği olarak yorumlamışlardır. Anayasa Yargısı, bazı değişikliklerle birlikte 1982 Anayasası'nca da korunmuştur.³

1982 Anayasasına göre "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir."⁴ Kararların kesinliği, o karara karşı kanun yollarına (temyiz, karar düzeltme) başvurulamaması demektir. Ayrıca "kesin hüküm" niteliğindeki bu karar sonucunda, karara konu olan bir uyumsuzluk, aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak yeni bir dava konusu yapılamaz.⁵

Anayasa Mahkemesi ve mahkemenin verdiği kesin hüküm niteliğindeki kararlar, zamanla ona yargı organlarının içinde üst bir mahkeme olma özelliği yanında, ayrıcalıklı ve öncelikli bir mevki vermiş ve Anayasa Mahkemesi bir "anayasa organı" olarak tanımlanmaya başlamıştır. Bu durum yasama organı ile yüksek yargı organını karşı karşıya getirmiş ve siyasi konularda yasama organının işlevsiz hale gelmesine sebep olmuştur. Anayasa Mahkemesi zaman zaman müdahaleci kararları ve yorumları ile bir yargı organı olmaktan çıkmış ve adeta kanun koyucu gibi hareket etmiştir.

Müdahaleci yargının diğer bazı demokratik aktörlerin yerlerini sağlamlaştırma şansına zarar verme ihtimali de vardır. Stephen Holmes'un işaret ettiği gibi, anayasa mahkemelerinin müdahaleciliğinin yeni demokrasilerdeki ulusal parlamentoların otorite ve meş-

GİRİŞ

"Yargısal Aktivizm [Adli Eylemcilik]', "Yasama Erkinin Gaspı", "Yasamanın Kendini Sınırlandırması" özellikle "anayasa yargısı"nın kabul edildiği ülkelerde, yasama ve yargı organları arasındaki sert tartışmalarla birlikte ortaya çıkmış; manalarından ziyade kavgaları ile ün salmış kavramlardır.

Yargısal denetim sistemini kabul eden ülkeler arasında, denetimi yapan mahkemenin niteliği, konunun mahkemeye intikal ettirilişi tarzı ve mahkeme kararının kapsam ve sonuçları bakımından önemli farklar mevcuttur.¹

Anayasa yargısı yolu ile kanunların anayasaya uygunluk denetiminde ilk uygulamalar Amerika ve Avrupa modellerini oluşturmuştur. Yasaların anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kararlar hukuki metinlerinin suskunluğuna rağmen ABD'de Yüksek Mahkeme kararları ile; Avrupa'da ise münhasıran kurulmuş yüksek bir yargı mercii ile sağlanmıştır.²

Ülkemizde yasaların anayasaya uygunluk denetiminde Avrupa Modeli benimsenmiş olup, 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Türk siyasal sistemini inceleyenler, 1961 Anayasası'nın yasama işlemlerinin yargısal denetimi için özel bir Mahkeme

¹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 368.

² İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, s. 12, 14.

³ "Anayasa Mahkemesi Tarihçesi", Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi, <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?contID=246&menuID=43&curID=45>.

⁴ 1982 Anayasası, madde 153/1.

⁵ Özbudun, a.g.e., s. 408.

ruluğunun kurumsallaşmasını baltalama tehlikesi mevcuttur.⁶

Yargı organının yasama organı sınırları içerisinde hareket etmesi, yasama organının da yargı organının son sözünü referans alması kamu vicdanında olumsuz resmedilmektedir.

Bu çalışma, yargısal aktivizm ve yasamanın gaspı kavramlarının müşterek hikâyesini anlatmakta; her iki modelde ve özellikle Türkiye pratiğinde yargısal denetimin yargısal aktivizme dönüşmesi ve denetim araçlarının yasama organları karşısındaki belirleyici gücünü örneklendirmektedir.

KAVRAMLAR

(a) “Yargısal Aktivizm” ve “Adli Eylemcilik” [Judicial Activism] kavramları birbiriyle örtüşen kavramlar olup, yargının kararlarında müdahaleci ve aktif bir rol üstlenmesi anlamlarına gelmektedir. Yabancı metinlerden adli eylemcilik olarak tercüme edilmiş; hukukçuların Yargısal Aktivizm tercihi ile çeviri hali yaygınlaşmamıştır. Yargısal Aktivizmi, “Adli iktidarın suiistimali” olarak tanımlayanlar⁷ olmasına rağmen kavramın ilk ortaya çıkışı ve asıl manası yargıçların mahkeme kararlarını kendi siyasi doğrularının üzerine bina ettikleri süreci anlatmamaktadır. Adli iktidarın suiistimali, ancak Yargısal Aktivizmin bir sonucu olarak kabul edilebilir. Yargısal Aktivizm’de belirleyicilik değil müdahalecilik ön plandadır.

Yargısal Aktivizm yanlıları, özellikle azınlık haklarının temsilcileri, anayasal demokrasinin çoğunluğun egemenliğinden ibaret olmadığına işaret ederek, eylemci yargıçların görevinin iktidardaki siyaset ne olursa olsun azınlıkta kalanları korumak olduğu hususunda ısrarcıdırlar. “Çoğunlukçuluk”un ancak böyle dengede tutulabileceğini, çoğunluğun oy sayılarına güvenerek azınlığın haklarını gasp etmelerinin önlenebileceğini iddia ederler.⁸

⁶ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Mahkemesi Önemli midir?*, s. 2.

⁷ Alev Alatlı, *Adli Eylemcilik ve Yasama Erkinin Gasbı*, <http://www.alevalatli.com/menu.asp?sayfa=detay&makale=182&v=anayasa&kat=3>.

⁸ Alatlı, a.g.m.

“Adli eylemcilik” tanımının mucidi Schlesinger, daha 1947 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesini oluşturan dokuz yargıcı incelemiş, mutabık oldukları ve olmadıkları konuları saptamıştı. Buna göre, yargıçlardan dördü siyasi görüşlerini kararlarına yansıtıkları için “eylemci yargıç” kümesindendi.⁹

(b) “Yasama Erkinin Gasbı” ise yargının müdahaleci ve aktif olarak verdiği kararlarla yasamanın önüne geçmesini veya yasamanın hareketlerini kısıtlamasını ifade etmektedir ve böylece belirleyici bir rol üstlenir. Yasama erkinin gasp edilmesinin, adli eylemci ve aktif yargısal hareketlerin bir sonucu olduğunu belirtmek mümkündür. Burada *yasama erkinin gaspı, adli eylemciliğin bir üst basamağını oluşturmaktadır*.

(c) “Yargının Kendini Sınırlandırması” [Judicial Restraint] Yargısal Aktivizmin karşıtı bir kavram olup, yargının yasama çalışmalarına müdahale etmekten imtina etmesini ve mahkemelerin yasamanın uygulamasına paralel kararlar vermesini ifade etmektedir. Yargının kendini sınırlandırması taraftarı olanlar, müdahaleciliğin yasama erkinin gaspı anlamına geldiği gerekçesiyle karşı çıkarlar ve hukuk devletinin ve demokrasinin zaafa düşürüldüğünü, hatta atanmışların seçilmişlere tahakkümünün anayasanın ihlali olduğunu iddia ederler. Yargısal aktivizm muhaliflerinin bir diğer adı da “asılıcılar, köktencililer”dir.

YARGISAL AKTİVİZM VE YASAMANIN GASPI KAVRAMLARININ ORTAYA ÇIKMASI VE TARİHİ SÜREÇ

1. Anayasa Yargısı’nda Avrupa ve Amerika Modelleri

Yargısal denetimin ilk izlerini oldukça eski tarihlerde bulmak mümkündür. İngiltere’de Yargıç Edward Coke, 1612 tarihli Dr. Bonham’s Case kararında, Parlamento ve Kral tarafından yapılan kanunların, mahkemelerde yıllar boyunca verilen kararlardan oluşan ortak

⁹ Alatlı, a.g.m.

hukuka [common law] aykırı olmaması gerektiğini ileri sürmüştür.¹⁰

Daha sonraki yıllarda, Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasasının hazırlanması için 25 Mayıs 1787 tarihinde toplanan Konvansiyon'da, bazı üyeler yargısal denetim konusuna eğilmişlerdi. Örneğin, bu Konvansiyon'un kayıtlarında [The Records of the Federal Convention], üyelere Rufus King'in "... Yargıçlar, kanunlar önlerine geldiğinde, anayasaya aykırı görünenlerinin uygulanmasını hiç tereddüt etmeden durduracaklardır"; Elbridge Gerry'nin "... Kanunların uygulanmasında Anayasaya uygunlukları üzerinde karar verme gücüne sahip olduklarından..." dedikleri görülmektedir.¹¹

Yargısal denetimin gerekliliği düşüncesinin yanında zamanla bu denetimin nasıl bir sistemle gerçekleştirileceği hususu ile iki farklı model oluşmuştur: Kanunların anayasaya uygunluğunun normal mahkemeler tarafından denetlenmesi Amerikan Modeli anayasa yargısını, bu işle görevlendirilen özel bir mahkeme tarafından denetlenmesi ise Avrupa Modeli anayasa yargısını ortaya çıkarmıştır.

Amerika'da Federal Yüksek Mahkeme, ilk defa ve adeta yeni bir milat olarak 1803 tarihli *Marbury v. Madison* Davasında kanunların Anayasaya uygunluğunun araştırılabileceğine ve Anayasaya aykırı bulunan kanunun uygulanmayacağına karar vermiştir.

Anayasaya aykırı olan kanunu "iptal" değil; 'ihmal' ederek görmezden gelen ve her somut olayda bir üst normu uygulayan Amerikan Modeli'nin işleyişi oldukça basit ve açıktır.

Avustralya, Kanada, Japonya, Norveç, Danimarka ve İsveç gibi ülkelerde Amerikan Modeli benimsenmiştir.

Bir normu uygulayacak olan mahkeme, bu norm ile bu normdan daha üst derecede bulunan bir normun çatıştığı kanısına varırsa, bu çatışmayı, *lex posterior derogat legi*

inferiori [üst kanun alt kanunları ilga eder] ilkesine göre çözmektedir.¹²

Avrupa Modelinde ise, kanun ve anayasa arasında bir çatışma ortaya çıktığı zaman, sorun özel bir mahkemeye; Anayasa Mahkemesi'ne devredilmektedir.

İlk örneği 1920 Avusturya Anayasa Mahkemesidir. İkinci Dünya Savaşından sonra ise 1948 İtalyan, 1949 Alman Anayasaları da merkezî tipte bir anayasa mahkemesi kurmuşlardır. Daha mütevazı şekilde 1958'de Fransa'da, Kıbrıs'ta 1960'ta, Türkiye'de 1961'de "Avrupa Modeli"nin kabul edildiği görülmektedir.¹³

2. Yüksek Mahkeme İctihatları ve Müdahalecilik

Amerikan Yüksek Mahkemesi, federal sistem içinde en üst katta yer alan bir mahkemedir. Yüksek Mahkeme, Anayasada açık, seçik bir kural olmamakla birlikte bütün federal yasalardan, kararnamelerden, Birleşik Devletlerin taraf olduğu antlaşmalardan doğacak anlaşmazlıkları incelemekte; bunları yorumlamakta ve en önemlisi, ileri sürülecek Anayasaya aykırılık iddialarına bakmaktadır.¹⁴

Amerikan Yüksek Mahkemesinin kuruluş yıllarında Federalist bazı Cumhuriyetçiler arasında başlayan tartışmalar yargı denetimi konusunda birbirine aykırı iki temel görüş ortaya çıkartmıştır:

Yargı denetiminden yana olanların düşüncelerine göre, Mahkemeler, milletin iradesini yansıtan temel siyasi ve hukuki belgeye uygun bulmadıkları Anayasa işlemlerini hükümsüz kılabilirler. Bu yargı denetimi yoluyla millet, temsilcilerinin haksız ve yanlış işlem ve eylemlerinden korunmuş olur. Halk seçimleri yüzünden, temsilcilerin yaptıkları her türlü işleme ve karara da boyun eğmek zorunda kalmaz.¹⁵

¹² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 873.

¹³ Gözler, a.g.e., s. 876; Kaboğlu, a.g.e., s. 17.

¹⁴ ABD Anayasası, madde III/2.

¹⁵ Tunçer Karamustafaoğlu, "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/333/3383.pdf>, s.91.

¹⁰ Erdal Onar, *Anayasa Yargısı İncelemeleri*, s. 8.

¹¹ Onar, a.g.e., s. 9.

Eğer yasama organının kanunlarda ifadesini bulan iradesi ile halkın anayasada beliren iradesi arasında bir aykırılık olursa, yargıçlar bu iradelerden ikincisine, yani kurucu istek ve onamına uyacaklardır.

Yargı üstünlüğüne ve yargı denetimine karşı çıkarılan ileri sürdükleri görüşlere göre, mahkemelere böyle bir otorite ve yetki verildiği takdirde, bunlar öteki devlet organlarının yetkilerini de gasp edebilirler. Nitekim yargı organlarına kanunları anayasanın sözüne ve özüne uyararak yorumlama, inşa etme ve uygulama yetkileri tanınır, yargının gücü yasanın gücünü aşar.¹⁶

Yargı denetiminin tehlikeli sonuçlarından endişe eden bir temsilci şöyle demiştir:

“Yasama organının iktidarını kötüye kullanmasından hiç korkmuyorum, çünkü bu organ iki yılda bir halk tarafından seçilmekte ve halka karşı sorumlu bulunmakta. Bunun gibi yürütme organının iktidarını kötüye kullanması da beni ürkütüyor. Çünkü o da dört yıllık sınırlı bir dönem için iş görmekte. Ama beni gerçekten korkutan şey, öteki organları kontrol imkânına sahip olan yargı organının bütün iktidarı ele geçirmesidir.”¹⁷

Bunun sebebi, Yüksek Mahkeme, Birleşik Devletler Baş Yargı ve sekiz yardımcı olmak üzere dokuz üyeden oluşmaktadır. Amerikan Başkanı tarafından aday gösterilen Yüksek Mahkeme üyeleri, Senato'nun onayı ile atanmaktadır. Meğerki hüküm giysinler ya da istifa etsinler yargıçlar ölünceye kadar kürsülerini korurlar. Diğer bir deyişle, bir kez seçilmeye görsünler, yürütmenin eylemci yargıçlardan 'kurtulması' imkânsız gibidir.¹⁸

Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme hâkimi Frankfurter'in şu düşünceleri, yargının kendi kendini sınırlandırması lehinde sık sık örnek gösterilmektedir:

“Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasının ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu 'bir kanun' haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve

Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş [awesome] yetkisi, azamî ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır.”¹⁹

Hâkim Frankfurter, başka bir vesile ile de, yargı organını halk siyasetine karıştırmamanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirtmiş ve “mahkemeler bu siyasal çalılığa girmemelidir” diye eklemiştir.²⁰

Gerçekten uzun bir dönem Amerikan Yüksek Mahkemesi siyasal nitelikteki konulara bakmaktan çekinmiştir. Savaş durumunun devamını, anayasada değişikliği öngörülen bir teklifin usulü dairesinde onaylanıp onaylanmadığını, dış politika sorunlarını ve bunun benzeri sorunları siyasal nitelikte sayarak hükümet tasarrufuna bırakmıştır.

Ancak ilerleyen zamanda Yargıç Frankfurter ve onun görüşünü izleyen yargıçlar Yüksek Mahkemenin yargı sınırları içinde kalmasına taraftar olurken [judicial restraint], yukarıda bahsettiğimiz diğer görüş Yargıç Blackm'in öncülüğünde yargısal atılganlık veya etkinlik anlayışını yani yargısal aktivizmi benimseyerek Mahkemenin daha etkin ve müdahaleci bir rol oynaması gerektiğini savunmuşlardır.

Müdahaleci kararları ile mahkemenin zaman zaman isabetli kararları da olmuştur. Bunlardan biri Alabama'da çıkarılan bir kanunun mahkeme tarafından iptal edilmesi ile ilgili olan örnektir. Alabama'da çıkarılan bir kanunla Tuskegee şehrinin sınırları yeniden düzenlenmiştir. İlk kare şeklinde olan şehir krokisi belediye seçimlerinde zencileri şehir dışına çıkarmak için 28 köşeli acayip bir biçime sokulmuş ve oy kullanmaları engellenmek istenmiştir. Anayasa mahkemesine intikal eden bu davada mahkeme olayı incelemiş ve bunların anayasaya aykırı olduğuna karar

¹⁶ Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 92.

¹⁷ Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 92.

¹⁸ Alatlı, a.g.m.

¹⁹ Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, Ankara Üniversitesi, *SBF Dergisi*, s. 258.

²⁰ Hasan Celal Güzel, “Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Demokratik Tepkiler”, <http://www.-radikal.com.tr/haber.php?haberno=250758>.

vermiştir. Yüksek Mahkemenin görüşü şu şekildedir:

“Mademki sistemimiz temsili bir hükümet sistemidir ve temsilcilerimiz doğrudan doğruya halk tarafından seçilen ve halkı temsil eden devlet organlarıdır. O halde temsilcilerimizi serbest ve eşit bir şekilde seçmek de siyasal sistemimizin temel unsurudur. Yurttaşların oylarına ayrı değer ve ağırlık vermek, belli bir yerde oturan kimselere ait oyların bir başka yerde yaşayan kimselerin oylarından daha ağır sayılması haklı görülmez. Herkesin oyu aynı değerdedir. Tek kişi tek oy demokratik hükümet fikrinin temel ilkesidir.”²¹

Kararda görüldüğü gibi yargının müdahalesi ile hükümetin önemli bir demokrasi zafiyetinin önüne geçilmiştir.

ABD Yüksek Mahkemesinin tarihi, gerek yargısal aktivizm, gerek yargının kendi kendini sınırlandırma dönemlerine tanıklık etmiştir.

Başkan Roosevelt ve Mahkeme Paketleme Planı

Başkan Roosevelt, 1932 yılında “Yeni Dağıtım” [New Deal] adını verdiği bir programla seçilmişti. Bu program, ekonomik depresyonu sona erdirmek ve kitlesel işsizlikle mücadele etmek yönünde çeşitli demokratik çözümler içermektedir. Bu çözümlere ulaşmak için pek çok kanun çıkaran Roosevelt, kanunları uygulama fırsatı bulamadığından Yüksek Mahkeme ile ciddi bir çatışma halinde idi.

Çıkardığı kanunların Yüksek Mahkemece anayasaya aykırı bulunması karşısında hidde kapılan Roosevelt, “*milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız*” diyordu.²²

Büyük Krizin etkileri bir yandan, İkinci Dünya Savaşı tehdidi diğer yandan, Başkan Roosevelt çareyi Yüksek Mahkemenin bileşkesini değiştirmekte buldu. Amerikan Anayasasında Yüksek Mahkeme yargıçlarının sayısına dair hüküm olmadığından yola çıkarak,

²¹ Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 96.

²² Özbudun, a.g.m., s. 259.

yetmiş yaşını geçen her yargıç için onlara yardımcı olacak ve oy hakkına sahip yargıçlar atanması tasarlandı. Böylece, yargıç sayısı 15'e çıkarken, Roosevelt Yüksek Mahkemeyi “New Deal” reformlarına “anayasayı ihlâl ettikleri gerekçesiyle” karşı çıkmayacak şekilde düzenlemiş olacaktı.²³

Amerikalıların “Mahkeme Paketleme Plânı” diye andıkları bu girişim, kongrede görüşülmesi sırasında Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirdi ve bazı “yeni dağıtım” kanunlarını onayladı.

Yüksek Mahkeme'nin müdahaleci yaklaşımına bulduğu çözümlerle Yargısal Aktivizm'le mücadelesi tarihe geçen Roosevelt, Yüksek Mahkeme'ye döneminin en fazla yargı atayan başkanı oldu.

Yargı, tüm bu mücadeleler sonucunda batı demokrasilerinde, kuvvetler ayrılığı prensibinin de etkisiyle jüristokratik hâkimiyet sağlayamadı.

TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISI VE ANAYASA MAHKEMESİ

1. Türkiye'de Anayasa Yargısının Tarihsel Gelişimi

Türkiye 1961 Anayasası ile Avusturya ve Fransa'dan sonra Avrupa Modeli'ni benimseyip, Anayasa Mahkemesi ihdas eden beşinci ülke olmuştur.

1924 Anayasası yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesi esasını kabul etmemiştir. Benimsenen yol, BMM'nin kendi kendini denetlemesi, yani yasaların Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na uygun düşüp düşmeyecekleri konusunda, bunlar tasarı aşamasında iken bir siyasal denetim yapmasıdır.²⁴

“Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”²⁵ diyerek açıkça “anayasanın üstünlüğü” ilkesini

²³ Alatl, a.g.m.

²⁴ Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, s. 307.

²⁵ 1961 Anayasası 8. madde: “Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

kabul eden 1961 Anayasası, hiç kimsenin kaynağını *Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı*²⁶ da belirterek bu üstünlüğü somutlaştırmıştır.

Anayasa'nın üstünlüğünün hukuki açıdan önemli sonucu "Anayasanın Katılığı" ilkesidir. Anayasa Mahkemesi anayasayı değiştiren yasaların biçim ve esas yönünden denetimi yetkisini kendinde bulmuş, böylece tali kurucu iktidarın, asli kurucu iktidara oranla sınırlı yetkili olduğuna, Anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın özüne ve Başlangıç'ındaki felsefeye aykırı olamayacağına hükmetmiştir.²⁷

1961 Anayasası, II. Dünya Savaşı sonrasında kabul edilen Avrupa anayasalarını, özellikle Alman ve İtalyan Anayasalarını model alan bir anayasa yargısı sistemi öngörmüştür. Daha sonra "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında" 22.02.1962 tarih ve 44 Sayılı Kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu gerçekleştirilmiştir.²⁸ 25 Nisan 1962 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 25 Nisan Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yıldönümü olarak kutlanmaktadır.²⁹

Anayasa Yargısı 1961 Anayasa'nın "en radikal özelliği olarak yorumlanmış" olup, bazı değişikliklerle birlikte 1982 Anayasası'nca da korunmuştur.

1982 Anayasası da kanunların anayasaya uygunluğu denetimi sistemini benimsemiş ve kurulduğu günden bugüne kesintisiz varlığını sürdüren Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve görevlerini tekrar düzenlemiştir.

12 Eylül darbesi ile yaklaşık iki yıl anayasa mevcut olmamıştır ama Anayasa Mahkemesi varlığını sürdürmüş, yargıçlar görevlerine devam etmişlerdir. Görevi kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek olan bir kurumun ortada anayasa yokken görevlerinin başında bulunuyor olmaları düşündürücüdür.

²⁶ 1961 Anayasası 4/2. madde.

²⁷ Tanör, a.g.e., s. 403.

²⁸ Hasan Tunç-Faruk Bilir-Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 255.

²⁹ Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi.

2. Devletin Muhafızı: Anayasa Mahkemesi

Seçilmişlerin gelip geçici olmaları sebebiyle Anayasa Mahkemesi kendisini "devletin muhafızı" ve üst bir "vesayet makamı" olarak görmüştür. Özellikle 1960 ve 1970'li yıllarda yasama ve yargı kıyasıya bir tartışma içinde olmuştur.

Anayasa Mahkemesi resmi web sitesinde 45 yıl içinde 47 siyasi parti kapatma davasına bakmış olduğunu resimler eşliğinde sunmuştur.³⁰ Adalet sistemi gelişmiş ülkelerde bu durum bir demokrasi ayıbı olarak görülürken, Türkiye'de adeta bir başarı olarak resmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, başörtüsü ve siyasi parti kapatma davalarında da meşruiyetini halkın oy ve onayından almış çoğunluğu hiçe sayarak tepeden inmece bir azınlık şeklinde yasama erkinin gaspına örnek teşkil eden kararlar sunmuştur.

Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini yalnızca şekil yönünden denetleyebileceği hükmüne rağmen mahkeme, esas yönünden denetimi de kapsayacak şekilde kararlar alarak yetkisini genişletmiştir.

Bunun gibi ilerleyen zamanda da kendisine Anayasa'da verilmemiş olan yetkiler ihdas etmiş ve kendi görev alanını kendi belirlemiştir. "Yürürlüğü durdurma kararı" yetkisi de bunun tipik örneğidir.

3. Anayasa Mahkemesinin Yapısı ve Üyeleri

Demokratik ülkelerde anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesi konusunda, üyelerin parlamento tarafından seçilmesi ve seçme yetkisinin çeşitli organlar arasında paylaşılması (parlamento, yüksek mahkemeler, hükümet ve devlet başkanı arasında) yöntemleri yaygındır. Anayasa mahkemesi üyelerinin seçilmesi yetkisinin parlamento, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasında paylaşılması usulü (karma sistem), Avusturya, Belçika,

³⁰ <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?-contID=489&menuID=43&curID=151>

Bulgaristan, İtalya, Romanya, İspanya ve ABD’de uygulanmaktadır.³¹

1982 Anayasasının 146. maddesine göre Anayasa Mahkemesi on bir asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Anayasası’nın (madde 146) öngördüğü sistemde, Cumhurbaşkanı on bir asıl ve dört yedek üyeden on birini yüksek mahkemeler ve Yükseköğretim Kurulu’nun önerdiği üç kat aday arasından; dört üyeyi ise üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından doğrudan atamaktadır.

Avrupa ülkelerinin çoğunda anayasa mahkemesi üyelerinin görev süresi sınırlı tutulmuştur. Buna göre, Almanya’da 12 yıl, Çek Cumhuriyeti’nde 10 yıl, Fransa, İtalya, İspanya, Bulgaristan, Macaristan, Romanya, Slovenya, Portekiz ve Polonya’da 9 yıl, Hırvatistan’da 8 yıl, Slovakya’da 7 yıldır.³²

Fakat Türkiye’de 40 yaşını doldurmuş ve anayasada belirtilen özellikleri taşıyarak asıl veya yedek üye olmuş bir üye altmış beş yaşını doldurunca emekliye ayrılabilir. Yani 25 sene görev yapması mümkündür.

Tabi bu süre içerisinde hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giyerse kendiliğinden, sağlık sebebiyle mesleği yapamayacağı anlaşılırsa Anayasa mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ile üyeliği sona erebilir.

4. Anayasa Mahkemesi’nin Görevleri

Anayasa Mahkemesi, kanunları, kanun hükmünde kararnameleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımında uygunluğunu denetler.

Anayasa değişikliklerini ise sadece şekli olarak denetleme yetkisine sahiptir.³³

Bunun dışında sınırlı olarak Parlamento Kararları’nı da denetleme imkânı tanınmıştır. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması, Türki-

ye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin kararları gibi.³⁴

Yani Anayasa Mahkemesinin denetleyebildiği norm ve işlemler sınırlıdır ve şunlardır:

- Kanunlar
- Kanun Hükmünde Kararnameler
- Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü
- Anayasa Değişiklikleri
- Parlamento Kararları

Fakat bunlara baktığımızda aslında 1982 Anayasası’nın Denetlenemez İşlemleri’nin sınırlı olduğunu görüyoruz. Olağanüstü hal kanunu hükmünde kararnameler, uluslararası anlaşmalar, bazı Meclis kararları (olağan üstü hal ilanı, savaş hali ilanı, seçimlerin geri bırakılması...) ve yargı denetimi dışında tutulan Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları ve nihai olarak Anayasa değişiklikleridir.

Denetimin niteliği ise, ilgili makamların hazırlayıp onayladığı —yürürlüğe girsin girmesin— tüm metinler denetim kapsamındadır. İlginç olan hazırlanmayan metinler dahi denetim kapsamındadır. Yani yasamanın hareket-siz kalmasıyla yapılmayan işlemler “ihmal yoluyla anayasaya aykırılık denetimini” gerekli kılmaktadır.³⁵

Tüm bunlara baktığımızda Anayasa Mahkemesi’nin oldukça geniş bir denetleme alanında hareket ettiğini görüyoruz.

TÜRKİYE PRATIĞİNDE YASAMAYA MÜDAHALELER

1. Yargısal Müdahaleye Açık Anayasal Hükümler

1961 ve 1982 Anayasalarındaki darbe kâhıntısı, yoruma açık, sübjektif ve ideolojik hükümler, yargısal aktivizme çok müsaittir. Bu yüzden Mahkeme ile yasama organı arasında sürekli bir çekişme yaşanmıştır. Bu hükümler Anayasasının ilk üç maddesi ve başlangıç bölümünde yer almaktadır.

³¹ Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesinin Yapılandırılması”, <http://www.tumgazeteler.com/?a=2121536>.

³² Atar, a.g.m.

³³ Anayasa, 148. madde.

³⁴ Anayasa, 85. madde.

³⁵ Kaboğlu, a.g.e., s. 280.

a) Anayasanın Devletin Temel Niteliklerini Tanımlayan ve Değiştirilmesi Mümkün Olmayan İlk Üç Maddesi

1982 Anayasası'nın birinci maddesi, aynen 1924 ve 1961 Anayasalarının birinci maddeleri gibi "Türkiye Devleti bir cumhuriyettir" hükmünü getirdikten sonra 2. maddede cumhuriyetin niteliklerini saymaktadır. Toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet gibi geniş ve tanımlanması imkânsız kavramlar yer aldığı gibi; Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, lâik devlet, sosyal devlet gibi kavramların da tek bir tanımı olmadığı açıktır.

AYM laiklikle ilgili yorumlarında, genelde benimsenen bilimsel yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji olarak takdim etmektedir. Lâikliği, "*siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisi*" olarak tanımlayan AYM Kararı, AK Parti hakkında açılan kapatma davasının iddianamesinde de aynen yer almıştır. AYM'nin özellikle parti kapatma davalarındaki yasakçı tutumunu bir anayasa hukukçumuz "hak-eksensiz" değil, "ideoloji-eksensiz" bir paradigma olarak nitelendirmiştir.³⁶

b) Anayasa Metnine Dâhil Sayılan Başlangıç Bölümü

1982 Anayasası'nın 2. maddesi, başlangıçta belirtilen temel ilkelere atıfta bulunmuş ve Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı Anayasa metnine dâhil sayılmıştır.

Anayasaların yapılış sebeplerini ve dayandıkları temel felsefeyi açıklayan ve çoğu zaman edebi bir üslupla yazılmış bulunan başlangıç bölümlerinden, uygulanabilir hukuk normları çıkarmak kolay değildir.³⁷ "*Türk millî menfaatleri*", "*Türklüğün tarihi ve manevî değerleri*", "*Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği*" gibi pek çok farklı

tanımı bulunan ifadeler içermektedir. Bu tür açık olmayan kavramların Anayasa Mahkemesine, aktivist bir tutum izleme yolunda büyük imkânlar sağladığı açıktır.

2. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivist Hareketleri ve Seçilmişlerin Tepkileri

Kuruluşundan bugüne varlığını kesintisiz olarak sürdürmüş olan Anayasa Mahkemesi kendisine anayasada tanınan sınırları pek çok kez ihlal etmiş ya da farklı yorumlayarak yetkilerini genişletmiştir.

Halkın seçtiği temsilciler yasama faaliyetleri önünden mahkemeyi kaldırmaya çalışmışlarsa da, yeni bir dönem yine yargının yasa-maya müdahalelerine sahne olmuştur.

Hatta son dönemlerde anayasayı çiğneyen kararlara³⁸ imza atan Anayasa Mahkemesi, Başkan Roosevelt'in "Anayasayı, Mahkemenin elinden kurtarma" ifadesini zihinlerimize yerleştirmiştir.

Temsilcilerin yeterince belirleyici olmaması sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin kendi kendini sınırlandırması yolunda bir gelişme izlenememiştir. Fakat yine de siyasi elitler her dönem kanunları değiştirerek bir çözüm arayışına girmişlerdir.

a) Siyasi Parti Kapatma Müdahaleleri

1961 Anayasası ile vatandaşların siyasi parti kurma, partilere girme ve çıkma hakları bireysel temel hak olarak güvence altına alınmış³⁹ ve siyasi partileri demokrasinin temel unsurları arasına katmıştır.

1961 Anayasasına göre önceden izin almaksızın kurulan ve serbestçe faaliyette bulunabilecek olan siyasi partiler, tüzüklerinin, program ve faaliyetlerinin, demokratik, laik cumhuriyet ilkelerine ve milletin bölünmezliği temel ilkesine uygun olmaması hallerinde temelli kapatılabilecektir.

³⁶ Özbudun, a.g.m., s. 264

³⁷ Özbudun, a.g.e., s. 71

³⁸ Mustafa Şentop, "**Yargıçlar İktidarı**", *Zaman* gazetesi.

³⁹ 1961 Anayasası, madde 59/1.

1982 Anayasasında siyasi partilerle ilgili hükümler 1961 Anayasasına göre daha dağınık ve sınırlayıcıdır. Siyasi partilerin kurumsal güvencesini bertaraf eden hükümler 1961 Anayasasına oranla 1982 Anayasasında çok daha fazladır.⁴⁰

1982 Anayasası'nın 68/4 fıkrası "*siyasi partilerin tüzük ve programlarıyla eylemleri... Millet'in egemenliğine aykırı olamaz diyerek.*" diyerek bu yasağa aykırılığı kapatma nedeni olarak belirlemiştir. Diğer bir kapatma sebebi ise devletin ülkesi ile bütünlüğüne aykırı hareketlerdir. Siyasi Partiler Kanununa göre "*siyasi partiler devletin teklifi ilkesini değiştirme amacı güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar.*" Bunun dışında Siyasi Partiler Kanunu'nda bağımsızlığın korunması ile ilgili benzer ve somutlaştırılması zor kapatma nedenleri vardır. Görüldüğü üzere, esasında bu hükümler de müphem ve geniş tanımlar içermekte olduğundan yargısal aktivizme müsaade etmektedirler.

AYM, siyasî partilerin kapatılması konusunda da tipik bir jüristokratik yaklaşımla 'yargıçlar hükümeti'ni ilân etmiştir. 1986'da 3270 sayılı Kanunla değiştirilen Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. ve 101. maddelerine göre, parti kapatma yoluna gidilebilmesi için, önce parti yasaklarına aykırı eylemlerde bulunan kişilerin bu eylemlerinden dolayı hüküm giymeleri ve Başsavcının istemine rağmen partiden çıkarılmamaları gerekiyordu.⁴¹

Anayasa Mahkemesi, RP'nin kapatılması davasında, önce bu kanun hükmünü önmelele olarak incelemiş, iptal etmiş, daha sonra da bu iptal hükmüne dayanarak kapatma kararı vermiştir. Bu karar Mahkemeye, bir siyasî partinin Anayasaya aykırı eylemlerin işlendiği odak haline gelmiş olup olmadığını kanunla belirlenmiş herhangi bir ölçüte bağlı kalmadan doğrudan doğruya Anayasaya dayanarak serbestçe takdir etme imkânı vermiştir.

TBMM Anayasa Mahkemesi'ni sınırlandırmak üzere, Kanunla, Siyasî Partiler Kanununun 101 ve 103'üncü maddelerinde değişik-

likler yapılmıştır. Bu değişiklikle, odak olma durumu şu şekilde tanımlanmıştır:

"Bir siyasî parti, birinci fıkrada yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."

Ardından Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisi'ni kapatmak için Siyasî Partiler Kanununun değişik 103. maddesinin Anayasaya uygunluğunu önmelele olarak incelemiş ve nihayetinde maddeyi iptal etmiş, kapatma kararını vermiştir.

Bu karara karşı TBMM'nin nihaî tepkisi, 2001 anayasa değişikliği ile iptal edilen 103. maddenin ikinci fıkrasının hemen hemen aynı şekilde Anayasanın 69. maddesine monte edilmiş olmasıdır. İptal edilen hükümlerle yeni Anayasa hükmü arasındaki tek fark, yeni metinde genel başkanın da ilgili parti organları arasında sayılmış olmasıdır. Böylece, Anayasanın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrası şu şekli almıştır:

"Bir siyasî partinin 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."⁴²

Ayrıca 149. maddede yapılan değişiklikle parti kapatma davalarında salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla karar verilmesi şartı getirilmiştir.

AK Parti'nin kapatma davasında AYM jüristokratik bir formül arayışına girmemiştir.

⁴⁰ Kasım Aksoy, "1982 Anayasası'nda Siyasi Parti Yasakları", *Birikimler - I*, s. 176.

⁴¹ Özbudun, a.g.m., s. 262.

⁴² Özbudun, a.g.m., s. 264.

Bu durum Anayasa Mahkemesi ile Yasama arasındaki çatışmanın bir ölçüde yasama terihine göre sonuçlandığını göstermektedir.

b) Anayasa Değişikliklerini Esastan İnceleme Müdahaleleri

1961 Anayasası döneminde, AYM Anayasa'daki boşluktan faydalanarak Anayasa değişikliklerini iptal etmiş ve bu değişiklikleri gerek şekil, gerekse esas yönünden denetleyebileceği sonucuna varmıştır. 1970 yılında verdiği bir kararda (E.1970/1, K.1970/31, 16.6.1970, sayı 8, s. 323) AY'nın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyetin niteliklerinin, değiştirilemez nitelikteki cumhuriyet ilkesine dâhil olduğunu ileri sürerek, bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir.

1961 Anayasasında 9. maddede "Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" şeklindeki hükmü yorumlayarak, Cumhuriyet sözcüğünün değil, cumhuriyet rejiminin kastedildiğini; cumhuriyet rejiminin ise, başlangıçta belirtilen ilkelere, milli, demokratik, sosyal ve laik bir hukuk devletine işaret ettiğini belirtmiştir. Bu sebeple bu ilkelere aykırı olması durumunda da meclisin yaptığı anayasa değişikliğine müdahale edebileceği ve bu karara binaen de hem şekil hem de esas yönünden denetleyebileceği sonucuna varmıştır.⁴³

1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasa'nın 145. maddesini değiştirerek, AYM'nin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini, "Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" hükmüyle sınırlandırmıştır.

Fakat ilerleyen zamanda Anayasa Mahkemesi dört anayasa değişikliğini daha iptal etmiş ve Cumhuriyetin değişmezliği kuralını bir şekil kuralı ilan etmiştir. Anayasaya'nın ikinci maddesi geniş kapsamı ile meclisin çıkaracağı her yasanın iptali için elverişli olduğundan seçilmişler bu konuda da bir çözüm arayışına gitmişler ve 1982 Anayasası ile şekil denetiminin muhtevası tanımlanarak sınırlandırılmıştır.

Anayasanın 148. maddesine göre bu denetim,

"teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır."

ibaresi eklenmiş ve 149. maddeye de Anayasa değişikliklerinin iptaline karar verilebilmesi için üçte iki çoğunluk şart koşulmuş olup; 2001'de bu nitelikli çoğunluk beşte üçe indirilmiştir.

Ancak, başörtüsüyle ilgili son anayasa değişikliğinde, CHP'nin iptal başvurusunu yetkisizlik sebebiyle reddetmeyerek dosyayı esaslan incelemeye alan AYM'nin, yine yargısal aktivizmini Anayasa'ya aykırı olarak devam ettirme eğiliminde olduğu görülmüştür.

c) 367 Kararı: Yasamanın Doğrudan Gaspi

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin cumhurbaşkanlığı seçimi için toplandığı zaman, yoklama yapıp toplantı yeter sayısı olan 367 milletvekilinin mevcudiyetini tespit etmesi gerektiğine karar vermiş, 27 Nisan 2007 günü yapılan birinci tur oylamada bu sayıda milletvekilinin bulunduğu tespit edilmemesini bir "içtüzük" ihdası olarak kabul edip iptal etmiştir.

Cumhurbaşkanı seçimine dair Meclis kararını Anayasa Mahkemesi'nin denetleyebilmesi mümkün değildir; parlamento kararları denetim dışıdır.⁴⁴ Fakat AYM bu sınırlandırmayı kendince şu yöntemle aşmıştır: Mahkeme'ye göre, bir işlemin TBMM tarafından yapılan nitelendirilmesi önemli değildir, Mahkeme içeriğine bakarak yapılan işlemi kendisi yeniden nitelendirebilir. Yani, TBMM'nin bir işlem için, kanun veya içtüzük ya da parlamento kararı şeklinde bir nitelendirme yapması önemli değildir; Mahkeme yapılan işlemi yeniden nitelendirip, mesela, parlamento kararı denilen işlemi bir içtüzük işlemi olarak kabul edebilir demektir.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi, yanlış yorumunu tutarlı kılabilmek için, toplantı yeter sayısını

⁴³ Özbudun, a.g.m., s. 269.

⁴⁴ Anayasa, 148. madde.

⁴⁵ Şentop, a.g.m.

birinci ve ikinci turda 367 kişi olarak ararken, üçüncü ve dördüncü turlarda 276 sayısını yeterli bulmaktadır. Bu açık bir çelişkidir, bir imkânsız istemektir; üçüncü ve dördüncü turları baştan imkânsız hale getirmektedir. Anayasa üçüncü ve dördüncü turlarda seçimi kolaylaştırmayı istediği halde, Mahkeme baştan üçüncü ve dördüncü turları yapılamaz hale getirmektedir.⁴⁶

AYM'nin 367 Davasındaki tutumu, yargısal aktivizm tâbiriyle de açıklanamayacak hukuk dışı siyasî bir yaklaşımdan ibarettir. Buna ilâve olarak, AYM'nin kendisine "yürütmeyi durdurma yetkisi" icat etmesi, yürütmenin Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisini dayanaksız şekilde sınırlandırması, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl kararnamelerini Anayasaya aykırı olarak denetim kapsamına alması da, bu jüristokratik yargısal aktivizmin tezahürleridir.

Ne yazık ki 367 kararını yorumlayan bazı hâkim ve savcılar bu tür taraflı kararlara karşı bir şey yapılamamasının bizatihi yargının bağımsız olmasından kaynaklandığını belirtmişler ve adeta taraflı hareket etme lüksünün Anayasa Mahkemesi'ne tanınması gerektiğini ifade etmişlerdir.⁴⁷

Sonuç olarak, AYM, temel ilkeleri, Anayasa ve Siyasî Partiler Kanunu hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayarak siyaset ve millî irade alanını büyük ölçüde daraltmaktadır. Ancak, hiçbir işleyen, sağlıklı, pekişmiş demokrasi, halk iktidarının yargı iktidarına ya da hâkimler hükümetine dönüşmesine seyirci kalmamalıdır.

SONUÇ

Türkiye Barolar Birliği 5 Nisan Avukatlar günü vesilesiyle yargısal müdahaleyi olumlayan ve teşvik eden bir hukuk bilmezlik örneği olarak tarihe geçecek açıklamayı yapmıştır:

"Kuşkusuz tüm kurum ve kurallarıyla işleyen hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu 'bağımsız yargı'dır. Ülkemizde olduğu gibi, 'yasama ile yürütmenin birlikteliği' bir başka an-

latımla tek elde toplanması halinde yargı bağımsızlığının önemi daha da artmaktadır. Zira yasamanın yapamadığı 'denetim' görevini yargı yerine getirmek suretiyle 'iktidarın sınırsız gücünün keyfilige' dönüşmesini engellemektedir."⁴⁸

Açıklamada görüldüğü üzere, yürütme ve yasama görevini yerine getiremediği zaman yargı devreye girip onların görevlerini ihdas edebilecektir. Bu mantalitenin pratik ve refah düzeyini artırıcı sonuçları olabilir(!) Örneğin Nüfus İdaresi görevini yerine getiremediğinde, Sağlık Bakanlığı onun yerine geçip gerekenleri yapabilecektir(!)

Yargıç bir kanun koyucu değildir. Yargıç kendi yetkilerinin sınırlarını bilmeli ve bunları aşmamaya özen göstermelidir. Daha teknik bir deyişle *yargıç yasama fonksiyonunun gasp etmemelidir*. Kanun koyucunun yasama takdirini kötüye kullandığını ve hukuk kuralının anayasaya uygun düşmeyen keyfi bir kural olduğuna inanırsa, o zaman bu kuralı veya kanunu hükümsüz kılabilir. Kural veya kanun iptalinden sonra ortaya çıkan boşluğu doldurmak ise Anayasa Mahkemesinin değil, Yasama Meclisinin görevidir.⁴⁹

Anayasa yargıçlarının kendilerini hukukçu olmaktan ziyade politik aktörler olarak algılamaları yasalarla korunan imtiyazlı bir azınlık zümresini ortaya çıkarmaktadır. Yargıçlar politik aktör olarak hareket etmeye başladıklarında tarafsızlıklarını yitirmektedirler.

Yargının tarafsızlığını sağlamak, bağımsızlığını sağlamaktan daha güçtür. Çünkü bağımsızlık, kurumsal bir konu olduğu halde, tarafsızlık psikolojik bir yönelimdir. Bağımsızlık, tarafsızlığın sağlanmasında çok önemli bir araç olmakla birlikte, tek başına onu gerçekleştirmeye yeterli değildir.⁵⁰

Taraflı bir yargının adaleti sağlaması imkânsız; sağladığını iddia ettiği adaletin ise son sözünü kendi söylüyor olması büyük bir haksızlıktır.

⁴⁶ Şentop, a.g.m.

⁴⁷ Mithat Sancar-Eylem Ümit Atılğan, *Adalet Biraz Es Geçiliyor*, s. 73.

⁴⁸ TBB Resmi Web Sitesi, Basın Açıklaması, 5 Nisan 2008.

⁴⁹ Karamustafaoğlu, a.g.m., s. 97.

⁵⁰ Özbudun, Ergun, "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", *Zaman* gazetesi, 26.06.2007.

Tarihte yargısal müdahaleciliğin olumlu örneklerine rastlanmış olsa dahi, kuvvetler ayrılığının benimsendiği ülkelerde yargı kendi sınırlarında kalmakta ve halkın tercihleri ve onların temsilcileri demokratik devletlerde ön plana çıkmaktadır.

Mahkemenin yakın zamanda verdiği bazı kararlar (özellikle cumhurbaşkanı seçiminde 367 kararı) bu sorunları iyice su yüzüne çıkarmıştır. Demokratik ülkelerde anayasa mahkemeleri ortaya koydukları başarılı hukuki içtihatlarla ülkelerin anayasal sorunlarını çözüme kavuştururken, Türk Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararları sorun çözmekten çok anayasal krize yol açma potansiyeli taşımaktadır. Bu nedenle, çeşitli çevrelerce uzun zamandır dile getirilen Anayasa yargısının ve mahkemenin yeniden yapılandırılması konusu artık bir ihtiyaç olmaktan çıkmış zorunluluk haline gelmiştir.⁵¹

Adalet mekanizmasının her türlü siyaset ve ideolojilerin dışında bağımsız olması gerekmektedir. Adaleti gerçekleştirecek "yargı" ile 'önyargı' asla bir araya gelemeyecek iki kavramdır.⁵² Barolar Birliği'nin açıklamasında örneğini gördüğümüz gibi, kamu yönetiminin her alanında partizanlık kötü ve tehlikelidir. Adaletin partizanlığı bunların en kötüsüdür. Yargısal müdahalelerle adalet kavramının içini boşaltan siyasi yargı üzerinde yargısal reformlar gereklidir.

Unutulmamalıdır ki "Yersiz, isabetsiz kanunları düsturlardan kaldırmak yetkisi mahkemelere değil, seçime ve demokratik devlet sürecine düşen bir ödevdir."⁵³

Kaynakça

Alev Alatlı, Resmi Sitesi, <http://www.alevalatli.com/menu.asp?sayfa=detay&makale=182&v=ANAYASA&kat=3>

Anayasa Mahkemesi Resmi Sitesi, Anayasa Mahkemesi Tarihçesi.

Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, YKY, İstanbul 2001.

Erdal Onar, *Anayasa Yargısı İncelemeleri; Türkiye'de Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetim Alanında Öncüler*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006.

Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, İstanbul 2005.

Ergun Özbudun, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/931/11619.pdf>

Ergun Özbudun, "Yargının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı", *Zaman* gazetesi, 26 Haziran 2007.

Gerhard Leibholz, *Politics and Law*, A.W. Sythoff, Leyden 1965.

Hasan Celal Güzel, "Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Demokratik Tepkiler", <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=250758> (*Radikal*, 21.03.2008)

Hasan Tunç-Faruk Bilir-Bülent Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Asil Yayınları, Ankara 2009.

Hüsnü Tuna, *Yargı Emir ve Görüşlerinize Hazırdır-1990 Sonrası Türk Yargısının Politik Sulistimall*, Karatay Akademi, Ankara 2009.

İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, (2000, İmge Kitabevi Yay.)

Kasım Aksoy, "1982 Anayasası'nda Siyasal Parti Yasakları", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Birikimler I*, Danışman Yayınları, İstanbul 2003.

Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa 2000.

Mithat Sancar-Eylem Ümit Atılğan, *Adalet Biraz Es Geçiliyor – Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayınları, 2009.

Mustafa Erdoğan, "AÜHFD, Anayasa Mahkemesi Önemli midir?" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/272/2464.pdf>

Mustafa Şentop, "Yargıçlar İktidarı", *Zaman* gazetesi, 2 Mayıs 2007.

TBB Resmi Sitesi, http://www.barobirlik.org.tr/calisma/haberler/tbb/080404_basin.aspx

Tunçer Karamustafaoğlu, *Anayasa Yargısının Önemli Sorunları*, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/333/3383.pdf>

Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesinin Yapılandırılması*, <http://www.tumgazeteler.com/?a=2121536>

⁵¹ Yavuz Atar, a.g.m.

⁵² Hüsnü Tuna, *Yargı Emir ve Görüşlerinize Hazırdır, 1990 Sonrası Türk Yargısının Politik Sulistimall*, s. 178.

⁵³ Gerhard Leibholz, *Politics and Law*, s. 297.