

TÜRK ANAYASA YARGISINDA ÖLÇÜ NORMLAR BLOĞU

Pınar TURHANOĞLU

Yüksek Lisans Tezi

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Erdal Onar

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül 2007

YÜKSEK LİSANS TEZ ÖZÜ

TÜRK ANAYASA YARGISINDA ÖLÇÜ NÖRMLAR BLOĞU

Pınar TURHANOĞLU

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2007

Danışman: Prof. Dr. Erdal ONAR

Ölçü Norm kavramı, Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi'nce ölçü alınan kuralları ifade eder ve bu kurallar bütünü "ölçü normlar bloğu" veya "anayasallık bloğu" olarak isimlendirilir. Kavram içtihadî bir kavram olmayıp yalnızca doktrin tarafından kullanılmaktadır.

Kavram doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmekle birlikte, Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın yorumu ve Anayasa'nın dışındaki bazı kurallarla değil yalnızca Anayasa metnine sadık kalarak yapılması gerektiği de düşünülmektedir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde ölçü norm elbette ve öncelikle Anayasa olmakla birlikte böyle bir kavrama ihtiyaç duyulmadığı da söylenemez. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetiminde kullandığı ölçü Anayasa metni değil ondan çıkarttığı anlamdır. Dolayısıyla "ölçü normlar bloğu" kavramı gerekli bir kavramdır.

Türk Anayasa Mahkemesi'nce Başlangıç İlkeleri, Atatürk İlke ve İnkılâpları, Cumhuriyet'in niteliklerine ilişkin ilkeler, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına getirilen ölçütler ve uluslararası hukuk kuralları ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kurallar arasında Başlangıç ilkeleri ve Atatürk İlke ve İnkılâpları ve hukukun genel ilkelerinin diğer Anayasal kurallardan üstün olduğu bir kademelenme olduğunu kabul etmektedir. Uluslararası antlaşmaları ise yalnızca diğer anayasal kuralların içeriğini aydınlatmada kullanılmaktadır.

THESIS ABSTRACT FOR THE DEGREE OF MASTER OF ARTS

THE BLOC OF REFERENCE NORMS
IN THE TURKISH CONSTITUTIONAL JUSTICE

Pınar TURHANOĞLU

Department of Public Law

Anadolu University Institute of Social Sciences, September 2007

Supervisor: Prof. Dr. Erdal ONAR

The concept of “Reference Norms” refers to the rules to which the Constitutional Court consults in the judicial review of constitutionality, and the whole set of these rules is named as the “Bloc of reference Norms”, or the “Bloc of Constitutionality”. The concept is not a jurisprudential notion is employed by just the doctrine.

Although the notion is a widely accepted one in the doctrine, it is also argued that the judicial review of constitutionality should be performed with strict loyalty to the Constitution, excluding judicial interpretation and some outside rules. While the reference norm with which the legislature has to comply in terms of constitutionality is, of course, and primarily, the Constitution itself, it cannot be declared that there is no need for such a distinct concept. This is because the criterion that the Constitutional Court adopts is not the text of the Constitution, but, rather, the meaning that the court infers from it. Consequently, the “Bloc of Reference Norms” is an essential concept.

In the Turkish Constitutional Justice; the principles of the Preamble, Atatürk’s Reforms and Principles, the principles regarding the characteristics of the Republic, the principles regarding the restriction of fundamental rights and freedoms, and the rules of international law establish the reference norms. The Constitutional Court maintains that there is a ranking order amongst these rules; such that the principles of the Preamble, Atatürk’s Reforms and Principles, and the general principles of law take precedence over the rest. International agreements, on the other hand, are only used in illuminating the content of other constitutional rules.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Pınar TURHANOĞLU' nun **“Türk Anayasa Yargısında Ölçü Normlar Bloğu”** başlıklı tezi **21 Kasım 2007** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında **yüksek lisans** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı)	: Prof. Dr. Erdal ONAR	
Üye	: Doç. Dr. Ayşe Tülin YÜRÜK	
Üye	: Yard. Doç. Dr. A. Haluk ATALAY	

İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT.....	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI.....	iv
ÖZGEÇMİŞ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASA YARGISI VE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE "ÖLÇÜ NORM" KAVRAMI

1. ANAYASA YARGISI.....	2
1.1. Anayasa Yargısının Meşruiyeti.....	5
1.2. Türk Anayasa Yargısı.....	8
1.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin Yargılama Usulü	10
1.2.1.1. Anayasa Uygunluk Denetiminin Konusu.....	10
1.2.1.2. Anayasaya Uygunluk Denetiminin Türü.....	11
1.2.1.3. Anayasaya Uygunluk Denetiminin Şekilleri.....	13
2. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÖLÇÜ ALINAN KURALLAR: ÖLÇÜ NORMLAR.....	24
2.1. Ölçü Norm Kavramı.....	24
2.2. Bağımsız Ölçü Norm - Destek Ölçü Norm Ayrımı.....	26

İKİNCİ BÖLÜM ÖLÇÜ NORM OLARAK NİTELENDİRİLEN ANAYASAL İLKELER

1. ÖLÇÜ NORM OLARAK BAŞLANGIÇ İLKELERİ.....	29
1.1. Başlangıçsın Hukuki Değeri.....	34
1.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Başlangıç İlkeleri.....	37

2. ATATÜRK İLKE VE İNKILAPLARI.....	46
2.1. Anayasada Pozitif Kural Olarak Yer Almayan ilkeler.....	46
2.1.1. Ölçü Norm Olarak Halkçılık İlkesi.....	46
2.1.2. Ölçü Norm Olarak Devletçilik İlkesi.....	48
2.2. Ölçü Norm Olarak Anayasa Metninde Geçen Atatürk İlkeleri.....	52
2.3. Ölçü Norm Olarak Atatürk İnkılapları ve İnkılapçılık İlkesi.....	52
 3. CUMHURİYETİN NİTELİKLERİNE İLİŞKİN İLKELER.....	 58
3.1. Ölçü Norm Olarak Cumhuriyetçilik İlkesi.....	58
3.2. Ölçü Norm Olarak İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi.....	60
3.3. Ölçü Norm Olarak Atatürk Milliyetçiliğine Bağlı Devlet İlkesi.....	63
3.4. Ölçü Norm Olarak Demokratik Devlet İlkesi.....	66
3.5. Ölçü Norm Olarak Laiklik İlkesi.....	69
3.5.1. Din Özgürlüğünün Tanınması.....	69
3.5.2. Din Ve Devlet İşlerinin Ayrılığı.....	70
3.6. Ölçü Norm Olarak Sosyal Devlet İlkesi.....	78
3.7. Ölçü Norm Olarak Eşitlik İlkesi.....	81
3.8. Ölçü Norm Olarak Hukuk Devleti İlkesi.....	86
 4. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASINA GETİRİLEN ÖLÇÜTLERİN ÖLÇÜ NORM NİTELİĞİ.....	 95
4.1. Ölçü Norm Olarak Kanunilik İlkesi.....	96
4.2. Ölçü Norm Olarak Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk Kriteri.....	99
4.3. Ölçü Norm Olarak Ölçülülük İlkesi.....	101
4.4. Ölçü Norm Olarak Laik Cumhuriyetin ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri.....	107
4.5. Ölçü Norm Olarak "Hakkın Özü" Ölçütü.....	112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ULUSLARARASI HUKUK KURALLARININ ANAYASAYA UYGUNLUK
DENETİMİNDEKİ YERİ

I. ÖLÇÜ NORM OLARAK ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI.....	116
1.1. Ölçü Norm Olarak Hukukun Genel İlkeleri.....	117
1.1.1. Hukukun Genel İlkelerinin Ölçü Norm Olarak	
Kullanılmasının Pozitif Temeli.....	121
1.1.1.1. Hukuk Devleti İlkesi.....	121
1.1.1.2. Anayasalın 138. Maddesi.....	122
1.1.1.3. Anayasalın 15.16. ve 92. Maddeleri.....	123
1.1.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Hukukun	
Genel İlkeleri.....	123
1.2. Ölçü Norm Olarak Uluslararası Antlaşmalar.....	130
1.2.1. Uluslararası Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....	131
1.2.2. Uluslararası Antlaşmaların Ölçü Norm Olarak	
Kullanılmasının Pozitif Temeli.....	132
1.2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.....	132
SONUÇ.....	136
KAYNAKÇA.....	138

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AY.	: Anayasa
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
Ed.	: Editör
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
No	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
Sy.	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
v.b.	: Ve Benzeri
v.s.	: Vesaire

GİRİŞ

Ölçü normlar, anayasaya uygunluk denetiminde ölçü alınan, yasama organınca uyulması zorunlu olan anayasal değerde kurallar olarak ifade edilebilir. Bu kuralların oluşturduğu bütün “ölçü normlar bloğu” veya “anayasallık bloğu” olarak adlandırılmaktadır. “Anayasallık Bloğu” kavramı ilk olarak Fransa’da 1974 yılında Louis Favoreu tarafından ortaya konulmuştur.

Kavram Türk Hukuku’nda içtihadi bir kavram olmayıp yalnızca doktrin tarafından kullanılmaktadır. Bir anlayışa göre anayasa yargılaması yalnızca kanunların anayasaya uygunluğunu ölçmekle sınırlı değildir. Bu düşüncenin sonucu olarak anayasa metni ile birlikte “hukukun genel ilkeleri “ ve “uluslararası antlaşmalar” da ölçü normlar bloğunun içinde sayılmaktadır. Bir başka düşünceye göre ise Anayasa’ya uygunluk denetimi, Anayasa hükümleri ile sınırlı kalmalıdır. Bununla birlikte “ölçü normlar”ın incelemeye değer tek yönü Anayasa metninde yer almayan ilkelerin Anayasa’ya uygunluk denetiminin ölçüsü olup olamayacakları değildir. Anayasa metninde yer alan ilke ve kavramların Anayasa Mahkemesi’nce nasıl yorumlandığı özellikle Anayasa yargısının meşruluğu tartışmaları da göz önüne alındığında incelenmeye değerdir.

“Türk Anayasa Yargısında Ölçü Normlar Bloğu” isimli çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm Anayasa yargısı, Anayasa yargısının meşruluğu ve Anayasa’ya uygunluk denetimi süreci üzerinedir. İkinci bölümde ölçü norm olarak kabul edilen Anayasal ilkeler ve Anayasa Mahkemesi’nce yorumlanışları incelenmektedir. Üçüncü bölümde ise hukukun genel ilkelerinin ve uluslararası antlaşmaların Anayasa yargısındaki yeri, Anayasa’ya uygunluk denetiminde yer almalarının pozitif bir temelini olup olmadığı ve Anayasa Mahkemesi’nce ne oranda kullanıldıkları incelenmiştir. Çalışmada Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlar göz önünde bulundurulmuştur. Ölçü normlar daha dar başlıklar ve kapsam altında da incelenmiştir, bununla birlikte çalışmada Anayasa’dan çıkarılabilecek en geniş ilkeler bütünü göz önüne alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ANAYASA YARGISI VE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE “ÖLÇÜ NORM” KAVRAMI

1. ANAYASA YARGISI

Dar anlamda anayasa yargısı kanunların – ve denetime tabi diğer bir kısım normların - anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenmesidir. Geniş anlamda anayasa yargısı ise, “doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacını güden her türlü yargı işlemi”ni veya anayasa hukuku sorunlarının yargısal usüller içerisinde bir karara bağlanması sürecini ifade eder.¹ Anayasa yargısından söz edilebilmesi için öncelikle katı ve yazılı bir anayasanın varlığına ihtiyaç vardır. Devletin temel kuruluşunu ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini belirleyen kurallar bütünü olan anayasalar², günümüzde az sayıdaki istisnalar dışında,³ yazılı bir metin içinde yer almaktadırlar.

Yazılı bir metin içinde yer alan anayasalar değiştirilmelerinde izlenen yöntem, herhangi bir kanun gibi değiştirilip değiştirilemeyeceklerine göre, “yumuşak” ya da “katı” anayasa olarak iki farklı şekilde isimlendirilir. Yazılı bir anayasanın değiştirilmesi, sıradan kanunların değiştirilmesine oranla zorlaştırılmamışsa bu anayasa “yumuşak” anayasa; sıradan kanunların değiştirilmesine oranla zorlaştırılmışsa “katı” anayasadır.⁴

¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), s. 367.

² Erdal Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler** (Ankara, 2003), s. 11.

³ İngiltere ve İsrail yazılı bir anayasaya sahip olmayan ülkelere örnek verilebilir. Bugünkü İngiliz anayasal sistemi, dağınık bazı anayasal belgelerden (statutes), uzun yıllar boyunca verilmiş çeşitli mahkeme kararlarından (common law) ve geleneklerden (conventions) oluşmaktadır. İsrail’de ise anayasa tanımı içinde yer alabilecek tüm belgeler yazılıdır; fakat tek bir metin içinde toplanmamışlardır. Bir kısım belge İsrail yasama organı “Knesset” tarafından değişik tarihlerde çıkarılan “temel kanun”lar içinde yer almaktadır. **Aynı.**

⁴ En sık görülen katılık ölçütleri olarak, anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesinin yasaklanması, değişiklik teklifinin yapılmasında ve kabulünde yasama organında sıradan kanunlara göre nitelikli bir yeter sayısının aranması, değişiklik teklifinin ikinci bir kez kabulünün gerekmesi, değişiklik sürecinin uzatılması, değişikliğin halkoyuna sunulması, federal devletlerde değişikliğin federe devletlerin çoğunluğu tarafından da onanmasının aranması sayılabilir.

Katı anayasaların bulunduğu sistemlerde, katı bir anayasa normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunur. Bu üstünlüğün bir anlam taşıması için alt kademedeki normun üsttekine uygun olması, öncelikle de kanunların anayasaya uygun olması gerekir. Dolayısıyla, yazılı ve katı anayasanın bulunduğu bir hukuk sisteminde, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, anayasaya uygunluk denetiminin mantıki ve hukuki temelini oluşturmaktadır.⁵

Anayasa yargısının dayandığı bir diğer temel ilke hukuk devletidir. Hukuk devleti kavramının gelişmesiyle yalnızca yürütme organının kanunlara bağlı kalmasını sağlayacak denetimin yeterli olmadığı hak ve özgürlüklerin korunması için yasama organının çıkardığı kanunların da denetlenmesi gerektiği anlaşılmıştır.⁶ Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin yasama organının tasarrufları karşısında yargısal yoldan korunması anayasa yargısının görevidir. Anayasal düzenin korunması ve devamlılığının sağlanması da anayasa yargısının işlevleri arasında yer almaktadır. Ülkede uygulanan seçim sistemine bağlı olarak, yasama çoğunluğunun aynı zamanda demokratik çoğunluğu da ifade ettiği durumlarda yasama organının kabul ettiği kanunların anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi, çoğunluğun iradesinin anayasal kurallarla ve bunların bir parçasını oluşturan temel hak ve özgürlüklerle sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. Böylece, demokratik değerlerle liberal değerler arasında ortaya çıkabilecek çatışmaların giderilmesi veya uzlaştırılmasında, anayasa mahkemelerinin hakemlik rolünü yerine getirmek gibi bir işlevinin bulunduğu da söylenebilir.⁷

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde, tek sistem anayasa mahkemeleri tarafından gerçekleştirilen denetim değildir. Merkezi yargı organları tarafından gerçekleştirilen denetimin yanında, bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uyguladığı kuralın anayasaya aykırı olup olmadığını da incelemesi ve aykırı bulduğu takdirde ihmal etmesi biçiminde kendini gösteren “olağan yargı organları tarafından yapılan denetim” de bir yargısal denetim yoludur.

⁵ Özbudun, **a.g.e.**, s. 368.

⁶ Aynı.

⁷ Hikmet Tülen, “Türk Anayasa Yargısı Sisteminde Reform Arayışları”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1** ed. Mehmet Turhan- Hikmet Tülen (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006), s. 152.

Olağan yargı organları tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetiminin ilk anlamlı uygulamasının Amerika Birleşik Devletleri'nde görülmesinden ötürü bu modele Amerikan sistemi, merkezi bir yargı organı tarafından yapılan denetimin ilk örneklerinin de Avrupa ülkelerinde görülmesinden ötürü bu modele Avrupa sistemi de denir.⁸

Türk anayasa yargısı sistemi de bu şekilde değerlendirildiğinde Avrupa sistemine uygunluk göstermektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi üyelerinin göreve getiriliş biçimi ve üyelerin görev süresi, Mahkeme'nin görevlerinin niteliği ve bireysel başvuru yönteminin kabul edilip edilmediği gibi hususlar yönünden değerlendirildiğinde, bu yönlerden, Avrupa sistemi içinde değerlendirilen örneklerle birebir örtüşmediği de görülür.⁹

Olağan yargı organları tarafından yapılan anayasaya uygunluk denetimi, kanunun veya anayasanın mahkemelere açıkça bir denetim yetkisi vermesi sonucu yapıldığı gibi, anayasa veya kanun böyle bir yetkiyi açıkça vermediği hallerde, olağan yargı organlarının yorumla kendilerini bu tür bir denetimi yapmaya yetkili bulmaları sonucu da yapılabilir.

Merkezi bir yargı organı tarafından yapılan denetim sistemini benimseyen ülkelerde ise uzman bir mahkeme - anayasa mahkemesi - oluşturulmakta ve bu mahkeme bir kanunun anayasaya aykırılığı iddialarını çözümüyle yetkisi ile donatılmaktadır. Bunun için açık bir anayasal düzenlemeye gereksinim vardır.¹⁰

Kanunların anayasaya uygunluk denetiminin merkezi bir yargı organı tarafından yapıldığı sistemlerde, bu denetimin ne zaman yapılacağı sorunu da ortaya çıkmaktadır. Bu denetim, kanunun yapılmasından sonra, fakat yürürlüğe girmesinden önce mi; yoksa kanunun yürürlüğe girmesinden sonra herhangi bir evrede mi gerçekleştirilecektir. Denetim kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştiriliyorsa, bu denetim türüne

⁸ Onar, **a.g.e.**, s. 91-94.

⁹ Tülen, **a.g.m.**, s. 152.

¹⁰ Onar, **a.g.e.**, s. 119.

“önleyici denetim”; kanunun yürürlüğe girmesinden sonra herhangi bir evrede gerçekleştiriliyorsa “bastırıcı = düzeltici denetim = giderici denetim” denilmektedir.¹¹

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde yargısal denetimin yanında siyasal denetim yolu da vardır. Anayasanın üstünlüğünü ve kanunların anayasaya aykırı olamayacağı kabul eden fakat kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini siyasal organlara bırakan ülkeler de bulunmaktadır.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi siyasal organlara bırakılırken yasama organının milli iradeyi ifade ettiği, yargı organına kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin verilmesinin mahkemeleri milli iradenin üzerine çıkartmak demek olacağı, böyle bir çözümün kuvvetler ayrılığına da ayrı düşeceği¹², kanunun siyasi sonuçlar doğuran, siyasi tercihleri yansıtan bir işlem olduğu, bunun da ancak siyasi bir kuruluşun değerlendirebileceği¹³ görüşleri öne sürülmüştür.

Başlıca siyasal denetim araçları, kanunlaşma sürecinde yasama organında yer alan komisyonlar, özellikle yasama komisyonu, yasama organının çift meclisli bir yapıya sahip olması ve devlet başkanının geri gönderme yetkisidir.¹⁴

1.1. Anayasa Yargısının Meşruiyeti

Akla ve hukuka dayanan, haklı olan eylem ve işlem meşrudur; ya da yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu davranış meşrudur. Daha genel olarak, meşruluğun ölçütü “haklılık, doğruluk, yerindelik” kavramlarıdır.¹⁵ Katı anayasaya sahip ülkelerde anayasa yargısı biçimsel ve hukuki meşruluğunu doğrudan anayasa hükümlerinden alır. Tartışma konusu olan demokratik meşruluktur.¹⁶

¹¹ Aynı, s. 122.

¹² Aynı, s. 368.

¹³ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku** (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006), s. 172.

¹⁴ Onar, **a.g.e.**, s. 19.

¹⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri** (İstanbul: Legal Yayınevi, 2006), s. 70.

¹⁶ Mehmet Turhan, “Anayasa Yargısının İşlevi ve Meşruluğu” **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1** ed. Mehmet Turhan- Hikmet Tülen (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006), s. 48.

Yasama tasarruflarının anayasaya uygunluk yönüyle, yasama organı dışındaki organlarca denetlenmesinin demokrasi açısından bir tehlike oluşturabileceği görüşü ileri sürülmektedir. Bu şekilde bir denetimin etkin gücü temsili organlarda temsili olmayanlara aktarabileceği¹⁷, seçimle göreve gelmiş yasama organının yaptığı ve anayasaya uygun kabul ettiği kanunun mahkemelerce denetlenmesinin sakıncalı olabileceği¹⁸ ifade edilmektedir. Buna göre anayasa yargısının yasaları anayasaya aykırılık gerekçesi ile geçersiz kılması çoğunluk karşıtı bir siyaset örneği oluşturmaktadır. Anayasa yargısı ile seçilmiş yasama çoğunluklarının aldığı kararların seçilmemiş yargıçlar tarafından geçersiz kınlanması, demokrasinin çoğunluğun yönetim hakkına ilişkin temel kuralını da ihlal etmektedir.

Bununla birlikte demokrasi yalnızca çoğunluk düşüncesine dayandırılmaz. İktidarın insan haklarına saygı göstererek, anayasanın çizdiği yetki sınırlarına göre kullanılması da demokrasinin değişen bir boyutudur. Bu bakımdan yasama iradesinin bir mahkeme tarafından hukuki açıdan denetlenmesi ile demokrasi arasında bir tutarsızlık yoktur.¹⁹ Yargısal Denetim, anayasalarda öngörülen güvencelere yasama çoğunluğunun uymamasının doğurabileceği sakıncaları giderecek en etkin yoldur.²⁰

Kanunun sadece yönetici iradenin ürünü olmadığı, çok sayıda iradenin mücadelesi ile üretilerek meşruluk kazandığı da düşünülmektedir. Bu doğrultuda ileri sürülen “yorumun gerçekçi teorisi”ne göre, genel iradenin ifadesi olan kanun, birden çok kısmi organca yapılır ve bu organların ifade ettiği irade genel iradeyi meydana getirir. Bu kısmi organlardan biri, çok kere bir siyasi blok meydana getiren parlamento ve hükümet ikilisidir. Diğer kısmi organ ise anayasa mahkemelerine başvurma yetkisine sahip otoriteler ve anayasa mahkemesinin meydana getirdiği bir bütündür.

¹⁷ “Martin Shapiro ve Alec Stone, “The New Constitutional Politics of Europe”, Comparative Political Studies, Vol. 26, No: 4, 1994”, Hasan Tunç, **Anayasa Hukukuna Giriş** (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999), s. 95’teki alıntı.

¹⁸ “A. P. Lesueur, “The Judges and The Intention of Parliament: Is Judicial Review Undemocratic?”, Parliamentary Affairs, Vol.: 44, No:3, 1994, s. 283-284”, Hasan Tunç, **a.g.e.**, s. 95’teki alıntı.

¹⁹ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku** (İstanbul: Beta Yayınevi, 2005), s. 444.

²⁰ Onar, **a.g.e.**, s. 92.

Anayasa yargısının meşruiyeti konusunda bir başka görüş de “realist yorum teorisi” tarafından ileri sürülendir. Bu teoriye göre anayasa normu, anayasa metni değil, bu metnin anlamı olduğundan ve bu anlam kendiliğinden değil bir yorum ile ortaya konduğundan gerçek norm koyucu anayasa mahkemesinin kendisi olmaktadır. Anayasa mahkemelerinin üyeleri ise halk tarafından seçilmediklerine göre norm koyma faaliyeti bakımından demokratik meşruluğa sahip değildirler. Bu sebeple anayasa yargısının meşruluk temelini anayasaya uygunluk denetimi kıstasında arayan Gözler’e göre kanunların anayasaya uygunluk denetiminde münhasıran anayasa normlarının kullanılması; ölçü norm olarak anayasa normlarının değil de, “adalet”, “sosyal dayanışma” gibi birtakım genel, soyut kavramlar veya “anayasaüstü ilkeler”, “hukukun genel ilkeleri” gibi birtakım pozitif temelden yoksun ilkelerin kullanılmaması dahi yeterli olmamaktadır. Anayasa yargısının meşruluğunu sağlamak için ya anayasa mahkemeleri üyelerini halk seçmeli; ya da anayasa mahkemeleri üyeleri anayasa metninin sözlerini tekrarlayan bir “ağız” olmakla yetinmelidirler.²¹

Hekimoğlu’na göre ise Anayasa yargısının yetkilerinin doğrudan özgür bir seçim süreci sonucunda tecelli eden halk iradesine dayanmaması nedeniyle, klasik demokrasi teorisine göre siyasi açıdan meşruluğu bulunmasa da, çağdaş demokrasilerde demokratik olmayan bir takım kurum ve mekanizmaların varlığına da ihtiyaç olduğu gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır. Özgürlükleri koruma fonksiyonunu yerine getiren Anayasa yargısı da bu kurumlardan belki de en önemlisidir. Demokrasi anlayışı konusunda günümüzde gelinen nokta, demokratik rejimin salt çoğunluğun yönetim hakkını içermediği, temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde güvence altına alınmasının da çağdaş demokratik rejimin tanımlayıcı ve belirleyici bir unsuru olduğu yolundadır. Anayasa Mahkemesi, çoğulcu demokratik rejimin güçlü bir güvencesi konumundadır. Bireylerin temel haklarını devlet gücüne karşı koruyan anayasa mahkemesinin demokratik meşruluğa da sahip olduğunu kabul etmek gerekir.²²

Yazara göre anayasa yargısının demokratik meşruiyetinin, yurttaşların temel haklarına saygı yolundan geçmek suretiyle yerine getirdiği işlevden ve şeklen

²¹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukuku** (Bursa: Ekin Yayınevi, 2000), s. 860.

²² Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları** (Ankara: Detay Yayıncılık, 2004), s. 24-25.

demokratik rejimin güvencesini oluşturmaktan kaynaklandığı gerçeği unutulmamalıdır. Bu temel işlevden giderek uzaklaşan, onu tersine işleten, özgürlükleri koruma yetkisini aşır siyasete müdahale eden bir anayasa yargısı demokratik meşruluğunu kaybetmiş olacaktır.²³

1.2. Türk Anayasa Yargısı

Ülkemizde, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimine yönelik ilk düzenleme, 1961 Anayasası'nda yer almıştır. Almanya ve Avusturya'daki merkezileşmiş anayasa yargısı örnek alınarak 1962 yılında Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Mahkemenin kuruluşu, üyelerinin hukuki statüsü, görev ve yetkileri, denetim yolları ve kapsamı, kararlarının özellikleri, çalışma ve yargılama usulü doğrudan Anayasa'da belirlenmiş; kanun koyucuya ise sınırlı bir düzenleme alanı bırakılmıştır. Mahkeme'nin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki işbölümünü kendi yaptığı içtüzükle düzenlemesi öngörülmüştür. Böylece, Anayasa Mahkemesi ile ilgili düzenlemelerin büyük bir bölümünün doğrudan Anayasa, diğer bölümünün de Mahkeme'nin kendi yaptığı içtüzükle düzenlenmesi suretiyle, Mahkeme'nin yasama organına karşı bağımsızlığı sağlanmıştır.

1982 Anayasası'nda da yargısal denetim türlerinden, merkezi bir yargı organı eliyle sürdürülen denetim türü benimsenmiş ve Anayasa Mahkemesi'ne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi 11 asıl ve 4 yedek üyeden oluşmaktadır (AY. m. 146/1, AYM Kanunu m. 2). Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer (AY. m. 146).

Anayasa mahkemelerinin görevleri ülkeden ülkeye değişmektedir. Federal devletler bakımında federal ve federe devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde anayasa mahkemeleri önemli bir işlevi yerine getirmektedirler (Belçika, Avusturya,

²³ Aynı, s. 27.

Almanya İspanya, İtalya). Almanya’da da hükümet ve parlamento arasında çekişmeli bir biçimde oluşabilecek organ uyuşmazlığı davaları anayasal yargılamanın konusunu oluşturmaktadır.²⁴

Türk Anayasa Mahkemesi ise 1982 Anayasası’na göre kanunların anayasaya uygunluk denetimini yapma dışında,

-Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcısı vekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak (AY. M. 148/3),

-Siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakmak (AY. m. 69/6),

-Siyasi partilerin mali denetimini yapmak (AY. m. 69/4),

-Milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliklerinin düştüğüne Türkiye Büyük Millet Meclisince karar verilmesi hallerinde, ilgililerin iptal istemlerini karara bağlamak (AY. m. 85) ve

-Uyuşmazlık Mahkemesine başkanlık edecek üyeyi kendi üyeleri arasında görevlendirmek (AY. m. 158/2) ile görevlendirilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin temel görevi anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. 1982 Anayasası’nda da denetim türlerinden bastırıcı denetim türü benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarıyla her bir olayda devlet iktidarının sınırlarını koyarken, diğer yandan, içinde siyasetin gelişeceği alanı belirlemiştir. Anayasa yargısının varlığı, yasaların hazırlanması ve kabulü sırasında Anayasaya uygunluk sorununun dikkate alınmasını gerekli kılmasıyla siyasi organlara karşı daha başlangıçta önemli bir etkiye sahiptir.²⁵

²⁴ O. Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi** (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), s. 106.

²⁵ Aynı, s. 17.

1.2.1. Anayasa Mahkemesi'nin Yargılama Usulü

1.2.1.1. Anayasa Uygunluk Denetiminin Konusu

Anayasaya uygunluk denetiminin konusunu doğrudan doğruya bir hukuk normunun kendisi oluşturur. Bir hukuk normunun belirli bir olaya uygulanması, bazı hallerde bu somut olay Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı denetimin yolunu açacak olsa da hiçbir şekilde anayasal denetimin konusunu oluşturmaz.²⁶

Anayasamızın 148. Maddesi'ne göre: “Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz.” Bu hükme göre denetime tabi olan normlar: kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'dür. Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, TBMM İçtüzüğü ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesi kararları hariç parlamento kararları, İnkılâp Kanunları Anayasa Mahkemesi denetiminin dışındadır. Yine Anayasa'nın 90. Maddesi'nin son fıkrasına göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.

Osmanlı Devleti döneminden kalan “kanun-u muvakkatler” ve bir konuyu asli şekilde düzenleyen “nizamnameler” gibi kanuna eşit metinler ile 1924 Anayasası döneminde çıkarılan “yasama yorumları” da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilir. Bunlar hakkında sürenin geçmiş olması nedeniyle iptal davası açılmayacağından, Anayasa'ya aykırılıkları ancak itiraz yoluyla ileri sürülebilecektir.²⁷

²⁶ Aynı, s. 107.

²⁷ Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku** (Konya: Mimoza Yayıncılık, 2005), s. 300.

1.2.1.2. Anayasaya Uygunluk Denetiminin Türü

Anayasa’ya uygunluk denetimi şekil ve esas bakımından olmak üzere iki türlü denetimi kapsamaktadır.

Şekil bakımından denetim, kanunların Anayasa’da belirtilmiş usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadıklarının araştırılmasıdır. Anayasa’nın 148. Maddesi’ne göre şekil bakımından denetleme kanunlarda, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülüp görüşülemeyeceği koşuluna uyulup uyulmadığı ile sınırlıdır. Anayasa değişikliklerine karşı iptal davası yalnız şekil bozukluğu iddiasıyla açılabilir. Şekil yönünden denetim kanunun Resmi Gazete’de yayımlanmasını takip eden on gün içinde yapılmalıdır.

“Son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmaması” ifadesindeki “son oylama” TBMM Genel Kurulundaki son oylamayı ifade eder. “Öngörülen çoğunluk” ise Anayasa’nın 96’ncı Maddesi’nde öngörülen toplantı ve karar yeter sayısıdır. Toplantı veya karar yeter sayısının gerçekleşmemesi halinde kanunun şekil aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gerekir. “İvedilikle görüşülememe” Anayasa’nın 175. Maddesi’ndeki “iki defa görüşülme” şartını ifade eder. Buna göre, “Anayasa’nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler genel kurulda iki defa görüşülür”. Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesi, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı ile sınırlıdır. Bununla birlikte KHK’lerin ve TBMM İçtüzüğü’nün şekil bakımından denetiminde sınırlama yoktur. Kanunların ve KHK’lerin geçerliliğini, TBMM veya Bakanlar Kurulunun kabul ettiği metinle Resmi Gazete’de yayımlanmış metin arasında fark olup olmadığını araştırma yetkisi ise, usulüne uygun olarak yayımlanmamış bir kural yürürlüğe girmiş sayılmayacağından, bütün mahkemelere aittir.²⁸

²⁸ Aynı, s. 320-321.

Esas bakımından denetim ise o kanunun içeriğinin Anayasa hükümlerine uygun olup olmadığının araştırılması demektir.²⁹ Maddi açıdan denetim ya da “öz” açısından denetim de denir. Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya uygunluğun hukukilik denetimini yapar, Anayasa’nın anlamına açıklık getirir. Ülke koşullarına uygunluk ve benzeri gibi yönlerden kanun koyucunun siyasal tercihini yansıtan kanunu bu yönlerden denetleyerek, yerindelik denetimi yapamaz.³⁰

Anayasa’ya aykırılık durumlarını tanımlamanın güçlüğünden dolayı, idari işlemlerin kanuna aykırılık sebepleri (sebeup, amaç, konu) kanunların Anayasa’ya aykırılığı konusunda çoğunlukla kıyasen uygulanmıştır. Bu sebepler bakımından ortaya çıkabilecek Anayasa’ya aykırılık durumları şu şekildedir:

Bir normun sebep unsuru, çıkarılmasında rol oynayan etkenler olarak tanımlanabilir.³¹ Kural olarak normun sebep unsurunu onu yapan organ takdir eder. Bu doğrultuda kanunun yapılış sebebini TBMM takdir eder. Anayasa’nın kanunun yapılış sebebini gösterdiği durumlar nadirdir. 78. Madde Anayasa’nın kanunun yapılış sebebini öngördüğü duruma örnek olarak verilebilir: “savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir.” Bu gibi durumların dışındaki – Anayasa’nın kanunun sebebini göstermediği durumlarda - bir kanunun çıkmasındaki sebepler TBMM’nin takdir yetkisine girer. Anayasa Mahkemesi’nin bu sebeplerin yerinde olup olmadığını araştırması, Mahkeme’nin hukukilik denetimi alanından çıkıp, yerindelik denetimi yapması anlamına gelir.³² Anayasa Mahkemesi’nin, sebep unsurunun Anayasa’da gösterildiği nadir durumlar haricinde sebep unsurunu denetlemesi, görevi hukukilik denetimi olduğundan, görevi dışında kalır.

Bir normun amaç unsuru, ise o norm ile ulaşılmak istenen nihai amaçtır. Bütün kanunların nihai amacı da, kamu işlemlerinde olduğu gibi, kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Bazı durumlarda Anayasa bu genel amacın dışında kanunun özel

²⁹ Özbudun, **a.g.e.**, s. 385.

³⁰ Erdoğan Teziç, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı 2** (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986), s. 26.

³¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 497.

³² Özbudun, **a.g.e.**, s. 386.

amacını belirlemiştir. Anayasa'nın bu belirlemeye yapmadığı durumlarda, yasama organının takdir yetkisi üzerindeki tek sınır, Anayasa'nın 5. maddesinde değinilen “Devletin temel amaç ve görevleri” ile bütün kamu işlemlerinin yönelmesi gereken “kamu yararı” kavramıdır. Kanunun gerekçesinden ve kanun üzerindeki Meclis görüşmelerinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliriyorsa kanun amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırıdır. Ancak amaç unsurunun sübjektif niteliği dolayısıyla, yasama organının açıkça kamu yararı dışında hareket etmiş olduğunun ispatı son derece güçtür. Bunu açıkça gösteren kanıtların bulunmaması halinde, yasama organının kamu yararı amacıyla hareket etmiş olduğunun varsayılması yerinde olur.³³

Bir normun konusu, içeriği ya da oluşturduğu hukuki durum ve sonuçtur. Anayasa'da kanun koyucu yasama organının kanun koyma yetkisini konu bakımından sınırlamamıştır. Yasama organı Anayasa'ya aykırı olmamak şartıyla her konuda kanun çıkarabilir. Konu unsuru bakımından bir kanun ile Anayasa arasında iki tür ilişki söz konusu olabilir: Kanunun düzenlediği konu Anayasa'da öngörülmüştür ya da kanunun düzenlediği konu Anayasa'da öngörülmemiştir. Kanunun düzenlediği konu Anayasa'da öngörülmüş ise kanun o konuda Anayasa'da belirtilen esaslara uygun olmalıdır. Kanunun düzenlediği konu Anayasa'da düzenlenmemiş ise bu konu “Anayasa meselesi” teşkil etmeyecek dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı söz konusu da olmayacaktır.³⁴

1.2.1.3. Anayasaya Uygunluk Denetiminin Şekilleri

Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetimi, denetimi yapacak organ ve bu organa başvurma usulüne göre farklı şekillerde olabilir. Anayasamıza göre Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimini iptal davası (soyut norm denetimi) ve Anayasa'ya aykırılığın öteki mahkemelerde ileri sürülmesi itiraz (somut norm denetimi) yoluyla yapar.

³³ Aynı, s. 387.

³⁴ Aynı.

İtiraz yolu için “somut”, dava yolu için “soyut” norm denetimi kavramlarının kullanılması, bu dava türlerinde gerçekleştirilen Anayasa’ya uygunluk denetimi ve daha sonra buradan çıkacak kararlar dikkate alındığında yanıltıcı olabilir. Her iki dava türünde de yapılan Anayasa’ya uygunluk denetimi ve bu denetim sonucu verilecek kararlar eşit ölçüde “soyut”tur. Bu kavramlar, norm denetimi yolunun açılmasını sağlayacak koşullarla ilgili olarak kullanılmaktadır. “Somut” norm denetiminde, Anayasa’ya aykırılığı iddia edilen normun asıl davada uygulanmasının bu davada verilecek karar için önem taşıması, Anayasa’ya aykırılık iddiasının kabul edilmesinin koşulunu oluştururken, “soyut” norm denetimi bu gibi koşullardan bağımsız olarak geçerlidir.³⁵

Soyut norm denetimi, Anayasa’da belirtilen bazı organların bir kanun aleyhinde Anayasa Mahkemesi’nde dava açmalarıyla gerçekleştirilen denetimdir. Kanunun uygulandığı somut bir dava veya olay olmadan, Anayasa’ya aykırılık iddiası ve denetimi soyut olarak gerçekleştirildiğinden bu denetime “soyut norm denetimi” denir.³⁶ 1982 Anayasası’nda soyut norm denetimi “iptal davası” olarak adlandırılmaktadır.

İptal davasının “genel korunma davası” ve “organ davası” olmak üzere iki türü vardır. Genel korunma davası, belli bir menfaat şartı aranmaksızın, herhangi bir kanunun Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile yetkili kılınan kişi veya organlarca açılabilen bir davadır. Organ davası ise, belirli organ ve kurumlar tarafından, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlardaki kanunların Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile açılan davadır. İptal davası kişilerin menfaatlerini korumaktan öte, Anayasa’ya aykırı normların iptali ile Anayasa’nın üstünlüğünü gerçekleştirmeyi amaçlar.³⁷

1982 Anayasası’nda iptal davası açabilme yetkisi belli makam, topluluk ve kurumlara tanınmış olup, bu davanın açılması bir takım şartlara bağlanmıştır. Genel

³⁵ Kanadoğlu, **a.g.e.**, s. 108.

³⁶ Özbudun, **a.g.e.**, s. 395.

³⁷ Atar, **a.g.e.**, s. 304.

korunma davası düzenlenmiş, 1961 Anayasası'nın aksine 1982 Anayasası'nda organ davasına yer verilmemiştir.

Buna göre, kanunların, KHK'lerin ve TBMM İçtüzüğü'nün tamamının veya bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmaya yetkili kişi ve organlar Cumhurbaşkanı, iktidar (iktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma yetkisini en fazla üyeye sahip olan parti kullanır) ve ana muhalefet partileri meclis grupları ile TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleridir (AY. m. 150).

İptal davası açılabilmesi için şekil ya da esas bakımından aykırılık iddiaları açısından farklı süreler öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan dava açma süresi 151. maddeye göre 60 gündür. Bu genel kuralla birlikte, Anayasa'nın 148. maddesine göre kanunun, Anayasa'ya şekil bakımından aykırılığı yayınlanışını takip eden on gün içinde öne sürülebilir. Anayasa değişikliği de kanunla yapıldığından dolayı bu süreye tabi iken, KHK'ler ve TBMM İçtüzüğü, 148. madde hükmü dışındadır. KHK'ler ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla 60 gün içinde dava açılabilir.

İptal davası, dava dilekçesinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği'nce kaleme havale edildiği tarihte açılmış sayılır (2949 sayılı Kanun m. 27/1). Davanın TBMM üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üye tarafından açılması halinde dava dilekçesinde bu üyelerin ad ve soyadları, seçildikleri bölgeler ve imzaları sıra numarası altında yer alması gerekir. Dava siyasi parti grupları tarafından açılmakta ise grup genel kurulu kararının onaylı örnekleri ile dava dilekçesinde imzası olanların grup başkanı veya vekili olduklarını belirleyen onaylı belge örnekleri dava dilekçesine eklenmelidir (2949 sayılı Kanun m. 27/2). Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen hükümler ve buna bağlı olarak kullanılabilecek Anayasa maddeleri de dava dilekçesinde belirtilir (2949 sayılı Kanun m. 27/3). İptal davası açanlar dava dilekçesinde iddialarını dayandırdıkları gerekçelerinin neden ibaret olduğunu açıklamak zorundadırlar (2949 sayılı Kanun m. 27/3).

Anayasa'ya aykırılık savıyla açılmış bir iptal davası olmadıkça Anayasa Mahkemesi bir konuyu re'sen ele alıp karar veremez. Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açma yetkisi, "Anayasal düzeni koruma ereğini güden ve Anayasa'ya dayanan" bir yetkidir. "Gerçekten bu yetkinin kullanılmasıyla ki Anayasa Mahkemesi bir yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını inceleyip Anayasa'ya aykırı yasa kurallarını iptal etme ve hukuk düzenini Anayasa'ya aykırı kurallardan arıtma görevini yapabilir".³⁸ Bu nedenle, bu yetkinin usul sorunları nedeniyle kullanılamaz hale gelmemesi ya da anayasal denetimi olumsuz yönde etkilememesi gerekir.³⁹ İnceleme sürecinde işin esasının incelenmesine karar verilmemesi durumunda birleştirme kararı, karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar, eksikliklerin giderilmesi için işin geri çevrilmesi veya görevsizlik/yetkisizlikten ret kararı verilebilir.⁴⁰

Birleştirme, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen aynı kanun ya da kanun hükümlerine ilişkin iptal davası dosyasının aralarında hukuki irtibat bulunması nedeniyle, bir esas sayısında birleştirilerek incelenmesidir. Birleştirme işlemi, ilk inceleme sürecinde yapılabileceği gibi esas inceleme sürecinde de yapılabilir. Karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar ise: Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralın Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce iptal edilmesi durumunda, yapılan inceleme sonucunda "aynı konuda yeniden karar verilmesine yer olmadığına" dair karar verilmesidir. Yine Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralın, Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davasından sonra yürürlükten kaldırılması ya da değiştirilmesi durumunda, "konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmektedir.⁴¹

İptal davalarında Anayasa Mahkemesi'nce yapılan incelemede, dava ya da başvurunun eksiklikleri olduğu görülürse, işin esasının incelenmesine geçilmeksizin, eksikliğin süre verilerek tamamlattırılmasına karar verilmektedir. Dava açanın yetkisizliği, yeterli sayıda TBMM üyesi tarafından açılmaması, davanın süresi içinde

³⁸ AYM. E. 1970/48, K. 1972/3, K.T. 09.02.1972, AMKD., Sy. 10, s. 123.

³⁹ Şahnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, "İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi", **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1** Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006), s. 332.

⁴⁰ Aynı, s. 339-349.

⁴¹ Aynı.

açılmaması ya da Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa'ya aykırılığı savıyla dava açılması ve benzeri durumlarda Anayasa Mahkemesi görevsizlikten veya yetkisizlikten ret kararı vermektedir.⁴²

Somut norm denetimi ya da itiraz yolu ise, bir mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında mahkemenin uygulanacak bir kuralı Anayasa'ya aykırı görmesi ya da taraflardan birinin aykırılık iddiası üzerine yapılan denetimdir. Somut norm denetimi deyimi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralın somut bir olaya uygulanması nedeniyle kullanılmaktadır.⁴³

Somut norm denetimine sadece kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler konu olabilir (AY. m. 152). Anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından Anayasa'ya aykırılıkları itiraz yolu ile ileri sürülemez. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanuna göre de (m. 21/2), “şekil bozukluğuna dayalı Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkemelerce ileri sürülemez.” Bu durumda yalnızca Anayasa değişiklikleri ve kanunların değil kanun hükmünde kararnamelerin şekil bozukluğuna dayalı Anayasa'ya aykırılık iddiası itiraz yoluyla ileri sürülemez.⁴⁴

1982 Anayasası'nın 152. maddesinin ilk fıkrasına göre “bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.” Bu hükme göre somut norm denetimi için gerekli şartlar şu şekildedir: bakılmakta olan bir “dava”nın varlığı, bu davaya bakmakta olan merciin “mahkeme” olması, somut norm denetimine konu olacak kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün o davada uygulanacak norm olması, dava mahkemesinin söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırılığına resen kanaat getirmesi veya

⁴² Aym.

⁴³ Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi** (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), s. 35.

⁴⁴ Atar, **a.g.e.**, s. 311.

tarafından birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının “ciddi” olduğu kanısına varması. Bu şartların açılımı ise şu şekildedir:

İtiraz yolunun işletilebilmesi için “bakılmakta olan bir dava bulunmalıdır.” İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne ancak bakılmakta olan bir dava sırasında başvurulabilir. Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasında, başvuru hakkı mahkemenin göreve başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar (temyiz, itiraz ve karar düzeltme aşamaları dâhil) kullanılabilir.

Anayasa Mahkemesi “bakılmakta olan bir dava”nın bulunabilmesi için davaya bakmakta olan mahkemenin görevli olmasını aramış ve “bakmakta olduğu bir dava bulunup bulunmadığını anlamak üzere kendisine iş gönderen mahkemenin görev yönünü araştırabileceğini” belirtmiştir.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi aynı yönde, Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılan ve bu mahkemece itiraz yoluyla başvurulması üzerine kendisine intikal eden işte suçun, sıkıyönetim mahkemesinin el koyduğu suçlarla umumi ve müşterek gaye içerisinde işlendiği gerekçesiyle Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevli olmadığı sonucuna varmış ve mahkemenin bakmakta olduğu bir davanın bulunduğunun varsayılamayacağına karar vermiştir.⁴⁶ Kanadoğlu Anayasa Mahkemesi'nin görev sorununa ilişkin bu yaklaşımı ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi'nin dar ve biçimsel bir yorumu tercih ederek kendisine başvuran mahkemelerin bir üst temyiz merciîymiş gibi davranmak yerine bu konudaki incelemesini diğer mahkemelerin yetki alanına müdahale etmeksizin, asıl davada Anayasaya uygun bir kararın alınmasına engel olmayacak bir şekilde yapmasının somut norm denetiminin amacıyla daha çok bağdaşacağı görüşündedir. Yazara göre böylelikle Anayasa Mahkemesi'nin denetimden kaçındığı yönünde bir izlenim doğmasına da engel olunacaktır. Anayasa Mahkemesi kabul, feragat, af gibi sebeplerle davanın ortadan kalkması hallerinde Anayasallık denetimini sürdürmektedir. Anayasa Mahkemesi bu konudaki geniş yorumunu somut norm denetiminin, belli bir davada Anayasa'ya uygun bir hukuki durumu gerçekleştirme amacından çok, kamu düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesi amacına dayandırmaktadır.⁴⁷ Kanadoğlu Anayasa

⁴⁵ AYM. E. 1969/46, K. 1970/2, K.T. 06.01.1970, AMKD., Sy. 8, s. 170.

⁴⁶ AYM. E. 1979/4, K. 1979/6, K.T. 30.03.1979, R.G.:10.06.1979/16662.

Mahkemesi'nin bu amaca dayanarak görev sorununa ilişkin olarak da aynı geniş yorumu benimsememesi için hiçbir neden olmadığı görüşündedir.⁴⁸

İtiraz yoluna başvurulurken davaya bakmakta olan mahkemenin uyguladığı kanun veya KHK'leri Anayasa'ya aykırı bulduğu için, Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemi ile göndermesi durumunda davaya devam etmeden bekleme süresi beş aydır. Beş ay içinde Anayasa Mahkemesi'nin kararı gelmediği takdirde, dava mahkemesinin davayı yürürlükteki kanuna göre sonuçlandırması gerekir. Esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar Anayasa Mahkemesi'nin kararı gelirse, dava mahkemesi buna uymak zorundadır (AY. m. 152/3). Bunun dışında beş ay içinde Anayasa Mahkemesi'nin kararı gelmediği takdirde dava yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılır.⁴⁹

1982 Anayasası'nın bu hükmü 1961 Anayasası'nın paralel hükmünden iki noktada ayrılmaktadır. İlki altı aylık sürenin beş aya indirilmesidir. İkincisi ise doktrinde farklı şekillerde yorumlanan Anayasa Mahkemesi'nin kararının öngörülen sürede verilmemesine bağlanan sonuçtur. 1961 Anayasası'nda altı ay içinde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırılık iddiasını çözüme ulaştıramaması durumunda, davaya bakmakta olan mahkemenin, Anayasa'ya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümleyip davayı yürüteceği öngörülmüştür. Bu değişiklik 1961 Anayasası'nda genel mahkemelere istisnai ve şartlı olarak tanınmış bulunan Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma yetkisi, 1982 Anayasası'nda tamamen kaldırılmıştır. Bu yetki sadece Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Özbudun'a göre kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminde özel mahkeme sistemini benimsemiş bir Anayasa için bu olumlu bir durumdur. Genel mahkemelerin bazı kayıt ve şartlar altında da olsa Anayasa'ya uygunluk denetimi yapabilmeleri, ülke düzeyinde değişik uygulamalara farklı içtihatlarla yol açabileceğinden sakıncalıdır.⁵⁰ Onar ise Anayasa Mahkemesi'nin süresi içinde karar vermediği durumlarda, yerel mahkemenin iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerine göre kararını vermesi

⁴⁷ AYM. E. 1981/10, K. 1983/16, K.T. 08.12.1983, AMKD., Sy. 20, s. 110.

⁴⁸ Kanadoğlu, **a.g.e.**, s. 175.

⁴⁹ Onar, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 405-406.

gerektiğinden, bunun, dava mahkemesinin kararının üst mahkemece onanıp kesinleşmesi durumunda, Anayasa Mahkemesi’nce verilecek bir iptal hükmünün, Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyeceği için, sorunun Anayasa Mahkemesi’ne gönderilmesini sağlayan taraf üzerinde etkisi olmayacağı dolayısıyla da adil bir çözüm olmadığını ifade etmektedir.⁵¹

İtiraz yolunun bir diğer şartı da “davaya bakmakta olan bir mahkeme” bulunmasıdır. Bakmakta olduğu bir davada uygulayacağı bir kanun ya da KHK hükmünü Anayasa’ya aykırı gören veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varan her derecedeki mahkeme itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilme hakkına sahiptir. Buna göre itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önünde dava açabilecek olan yalnızca mahkemelerdir; davanın taraflarının böyle bir yetkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla “mahkeme” kavramını tanımlamış ve hangi mercilerin burada sözü edilen mahkemelerden olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre mahkeme “bir davaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci” dir.⁵² Bir başka kararına göre ise “adli, askeri ve idari davalara bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını nihai hüküm vermek suretiyle çözümleyen her derece merci’dir.”⁵³ 18 Şubat 1992 tarihli bir diğer kararına göre ise “bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmeli, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıkları ve anlaşmazlıkları çözümlemekle görevli olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir.”⁵⁴ Anayasa Mahkemesi bu tanımlara göre sadece ilk derece mahkemeleri değil, üst derece, temyiz mahkemeleri de, Anayasa’daki itiraz yoluna başvurabilen mahkeme tanımına girmektedir. Bu durumda, adli, idari, askeri, alt derece mahkemelerin yanında, bunların kararlarının temyiz yeri olan Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemelerinde de itiraz yoluna başvurmak mümkündür. Bu tanımlara uygun olarak Anayasa

⁵¹ Onar, **a.g.e.**, s. 153-154.

⁵² AYM. E. 1967/15, K. 1967/15, K.T. 30.05.1967, AMKD., Sy. 5, s. 119.

⁵³ AYM. E. 1964/51, K. 1965/3, K.T. 12.01.1965, AMKD., Sy. 3, s. 19.

⁵⁴ AYM. E. 1992/12, K. 1992/7, K.T. 18.02.1992, AMKD., Sy. 28, C. 1, s. 139.

Mahkemesi, sorgu hâkimlerini,⁵⁵ hakemleri,⁵⁶ vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını,⁵⁷ il ve ilçe idare kurullarını,⁵⁸ tutuklama kararını onamaya yetkili asliye ceza hâkimini,⁵⁹ Anayasa'nın 152. maddesinde geçen anlamda bir mahkeme olarak kabul etmemekte, icra tetkik mercilerini⁶⁰ ve askeri makamlar nezdinde kurulan disiplin mahkemelerini⁶¹ ise bu anlamda bir mahkeme olarak kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi 18 Şubat 1992 tarihli kararında, tanımına “Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alma” şeklinde bir unsur daha eklemek suretiyle başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurullarının “mahkeme” deyiimi kapsamına girmediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi “seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin olarak çözümlemiş olmalarını, Yüksek Seçim Kurulunun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu olmasını, il ve ilçe seçim kurulu başkanlarının yargıç olmalarını bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli görmemiş, bu kurullara verilen görevleri seçimin sınırları içinde değerlendirmiştir.”⁶²

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin Anayasa’nın 152. maddesi açısından “bir davaya bakmakta olan mahkeme” sayılıp sayılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte Özbudun hüküm uyuşmazlıklarında davanın esası hakkında karar verdiği için, bu tür uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Mahkemesi’nin davaya bakmakta olan mahkeme sayılması gerektiğini savunmaktadır.⁶³

Anayasa Mahkemesi’nin kendisi de, siyasi parti kapatma davalarıyla, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda, Anayasa’nın 152’nci maddesi anlamında “bir davaya bakmakta olan mahkeme”dir. Anayasa Mahkemesi, bu gibi davalarda uygulanacak normun Anayasa’ya aykırı olduğuna re’sen kanaat getirir veya taraflardan birinin Anayasa’ya aykırılık itirazının ciddi olduğu kanısına varırsa, bunu bekletici sorun yaparak öncelikle Anayasa’ya uygunluk konusunu çözüme bağlar; sonra da, buna

⁵⁵ AYM. E. 1964/51, K. 1965/3, K.T. 12.01.1965, AMKD., Sy. 3, s. 19.

⁵⁶ AYM. E. 1963/46, K. 1963/43, K.T. 28.02.1963, AMKD., Sy. 1, s. 113.

⁵⁷ AYM. E. 1966/16, K. 19966/28, K.T. 27.06.1966, AMKD., Sy. 4, s. 172.

⁵⁸ AYM. E. 1965/18, K. 1965/53, K.T. 11.10.1965, AMKD., Sy. 3, s. 242.

⁵⁹ AYM. E. 1965/7, K. 1965/10, K.T. 26.02.1965, AMKD., Sy. 3, s. 40.

⁶⁰ AYM. E. 1967/15, K. 1967/15, K.T. 30.05.1967, AMKD., Sy. 5, s. 119.

⁶¹ AYM. E. 1970/6, K. 1970/29, K.T. 04.06.1970, AMKD., Sy. 8, s. 291.

⁶² AYM. E. 1992/12, K. 1992/7, K.T. 18.02.1992, AMKD., Sy. 28, C. 1, s. 139.

⁶³ Özbudun, a.g.e., s. 401.

dayanarak davanın esası hakkında karar verir.⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, asıl işlevi olan denetim mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda, Anayasa'nın 152. maddesindeki davaya bakmakta olan mahkeme konumunda olmadığından, bu davalarda itiraz yoluna başvurulamaz.

İtiraz yolunun üçüncü şartı davada uygulanacak normun bulunmasıdır. İtiraz yolu ile Anayasa'ya uygunluk denetimi başvurusu, ancak bakılmakta olan davada uygulanacak bir kanun ya da kanun hükmünde kararname hükümleri için yapılabilir. Bu konuda tartışmalı olan “davada uygulanacak kural” ile yargılama sürecinde uygulanan bütün kuralların mı, yoksa sadece mahkemenin kararına esas teşkil eden kural ya da kuralların mı anlaşılacağıdır. Uygulamada Anayasa Mahkemesi, itiraz yolunun şartlarının oluşup oluşmadığını belirlemek için, itiraz başvurusunu yapan mahkemenin davaya bakma yetkisi olup olmadığını incelediği gibi, itiraz yoluyla denetlenmesi için önüne getirilen kural ya da kuralların, o davada uygulanacak kural olup olmadığını da incelemektedir. Bu inceleme sonucu, Anayasa Mahkemesi kendisine göre o davada uygulanma imkânı olmayan kuralları ayıklayarak, bunların Anayasa'ya uygunluk denetimini reddederken; sadece kendisinin davada uygulanacak kural olarak değerlendirdiklerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmaktadır.⁶⁵ Anayasa Mahkemesi yakın tarihlerde “davaya uygulanacak kural” ile ilgili olarak yaptığı tanımda, davaya uygulanacak kuralları “davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan yahut tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde karara varmakta göz önünde tutulması gereken kurallar” olarak tanımlamaktadır.⁶⁶

İtiraz yolunun dördüncü şartı ise davaya bakmakta olan mahkemenin davaya uygulanacak hükmü Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varmasıdır. “Taraflar” ifadesi davalı, davacı veya

⁶⁴ AYM. E. 1971/41, K. 1971/67, K.T. 18.08.1971, AMKD., Sy. 11, s. 67; AYM. E. 1997/2, K. 1998/1, K.T. 09.01.1998, AMKD., Sy. 34, C. 1, s. 240.

⁶⁵ AYM. E. 1980/59, K. 1980/53, K.T. 25.09.1980, AMKD. Sy. 18, s. 294; AYM. E. 1992/21, K. 1992/19, K.T. 17.03.1992, AMKD. Sy. 28, C. 1, s. 225; AYM. E. 1991/30, K. 1992/18, K.T. 04.03.1992, AMKD. Sy. 28, s. 218; AYM. E. 1996/18, K. 1996/12, K.T. 22.04.1996, AMKD. Sy. 32, C. 2, s. 682; AYM. E. 1996/4, K. 1996/39, K.T. 17.10.1996, AMKD. Sy. 32, C. 2, s. 831.

⁶⁶ AYM. E. 2002/116, K. 2002/67, K.T. 15.07.2002, AMKD. Sy. 38, C. 2, s. 696; AYM. E. 1999/32, K. 2001/10, K.T. 25.01.2001, AMKD. Sy. 38, C. 1, s. 228.

bu kişilerin vekillerini, kayyım, vasi veya mümessil, iflas masasını, Cumhuriyet Savcısı ve sanığı kapsar. Anayasa Mahkemesi davada uygulanacak hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varırsa, kanun hükmünü sebeplerini de göstererek Anayasa Mahkemesi'ne resen sevk eder. Sebeplerini de gösterme zorunluluğu yüzünden sadece basit bir şüpheyile hareket edemez.

Taraflardan birinin Anayasaya aykırılık savını, davaya bakan mahkemenin ciddi görmesi, kendisinin de davada uygulanacak kanunu Anayasa'ya aykırı gördüğü anlamına gelmez. Burada “ciddilikten”, hukuki bakımdan savunulabilirlik veya tartışılabilirlik anlaşılmalıdır.⁶⁷

Sonuç olarak davaya bakmakta olan mahkeme, o davada uygulanacak olan kanunun Anayasaya aykırı olduğuna re'sen kanaat getirirse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa'ya aykırılık ön meselesi oluşur. Bu durumda dava mahkemesi dosyayı Anayasa Mahkemesi'ne gönderir ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır (AY. m. 152/1, 2949 sayılı Kanun, m. 28). Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır (AY. m. 152/3). Buna karşılık mahkeme Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulmazsa bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır (AY. m. 152/2). Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçemedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz (AY. m. 152/4). Bu hükmün, yazılış tarzı itibari ile iptal davası sonucunda verilen ret kararlarını kapsamadığı sadece itiraz yolu ile sonucunda verilen ret kararlarını kapsadığı anlaşılmaktadır.⁶⁸ Aynı şekilde tekrar başvuruda bulunulmasından söz edildiğine göre iptal davası sonucu verilmiş bir ret kararından sonra on yıl beklemeksizin itiraz yoluna başvurulabilir.

⁶⁷ Özbudun, **a.g.e.**, s. 404,

⁶⁸ Aliefendioğlu, **a.g.e.**, s. 166.

2. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE ÖLÇÜ ALINAN KURALLAR: ÖLÇÜ NORMLAR

2.1. Ölçü Norm Kavramı

Ölçü normlar, Anayasa'ya uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlardır.⁶⁹ Bazı ülkelerde, anayasalar kendileri dışında birtakım ölçü normlar belirledikleri gibi; bazı ülkelerde de yargı kararlarıyla anayasanın açık hükümleri dışında ölçü normlar oluşmuştur.⁷⁰ Ölçü ya da referans normlar olarak ifade edilen norm bloğunun tanımlanmasında anlayışlar klasik olarak iki ana kategoride toplanabilir. Bunlar; anayasaya uygunluğun, sadece anayasanın yazılı kurallarına göre değerlendirildiği “pozitivist” anlayış ve uygunluğun anayasanın yazılı kurallarının yanında, anayasanın ruhundan çıkartılan ilke ve yazılı olmayan kurallara göre değerlendirildiği “natüralist” anlayıştır.⁷¹

İnsan hakları konusunun 20. yüzyılda, ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkarak tüm ülkeleri ilgilendiren bir uluslararası hukuk sorunu haline gelmesi ve başta Birleşmiş Milletler Örgütü ve Avrupa Konseyi olmak üzere diğer bölgesel örgütlerin insan haklarına ilişkin birçok bildiri ve sözleşmeyi kabul etmesi, anayasa mahkemelerindeki bu gelişmeyi olumlu yönde etkilemiştir. Pozitivist ya da natüralist anlayışı benimsemiş olmalarına bağlı olarak, anayasaya uygunluk denetiminde kullanılabilecek ölçü normlar da farklılaşmakta; sadece anayasa metni ile sınırlı kalmakta, ya da anayasa metnine yargıcın çıkardığı bazı ek ilke ve kurallar eklenmektedir

İster sadece anayasa metni olsun, ister diğer ilke ve kuralları da içersin, anayasaya uygunluk denetiminde kullanılabilecek tüm ölçü normları içeren gruba “Ölçü Normlar Bloğu” ya da “Anayasallık Bloğu” adı verilmektedir.⁷²

⁶⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 881.

⁷⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 354.

⁷¹ Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku** (İstanbul : İÜHF Yayınları, 1993), s. X.

⁷² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 461.

Günümüzde, pozitivist anlayışa bağlı kalmayı sürdüren Mahkeme örneği olan Avusturya Anayasa Mahkemesi hariç olmak üzere, Avrupa Anayasa Mahkemeleri ve daha önceden ortaya çıkan ABD Federal Yüksek Mahkemesi geleneğinde, ölçü normlar bloğu sadece pozitif Anayasa metniyle sınırlı değildir. Bu çerçevede değişik ölçülerde olmakla birlikte anayasa mahkemeleri, anayasa metni yanında, diğer bazı ilke ve kurallara, yazılı olmayan haklara yer vererek, ölçü normlar bloğunu kendi içtihatlarıyla sürekli olarak genişletme yoluna gitmektedirler. Fransa, Federal Almanya, İtalya ve İsviçre Anayasa Mahkemeleri pozitif Anayasa metinleri yanında genel ilke ve kuralları kullanan ve “yazılı olmayan bir anayasa hukuku”nun varlığını kabul eden ülkeler arasında başı çekmektedirler.⁷³ Bu konuda en uç uygulama örneği Fransa’dır. 1958 Fransız Anayasası, Başlangıç’ında 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’ne ve 1946 Anayasasının Başlangıç’ına gönderme yaparak, Anayasanın metni dışında bir dizi ölçü norm yaratmıştır. Bunlar; 1789 Bildirisi, 1946 Anayasası Başlangıç’ı ve Başlangıç’ın atıfta bulunduğu “Cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler” ve yine burada sözü edilen “çağımız için özellikle gerekli siyasal, ekonomik ve sosyal ilkelerdir.” Bu ölçü normlarla, 1971 yılından bu yana Fransız Anayasa Konseyi, herhangi bir anayasa metnine yollama yapma gereğini de duymaksızın, “Anayasal değerlerde genel ilkeler” kavramını oluşturmuş ve ölçü normlar bloğunu tamamen içtihat yoluyla daha da genişletmiştir.⁷⁴

Necmi Yüzbaşıoğlu’na göre ülkemizde ölçü normlar bloğu şu kural ve ilkelerden oluşmaktadır:

- 1-Hukukun Genel İlkeleri
- 2-Uluslararası Hukuk Kuralları
- 3-Atatürk İlke ve İnkılapları
- 4-Başlangıçta İfade Edilen İlkeler
- 5-Cumhuriyetin Niteliklerine İlişkin İlkeler

“Anayasallık Bloğu” ya da “Ölçü Normlar Bloğu” olarak iki farklı adlandırma yapılması haricinde Türk doktrininin büyük çoğunluğunda bu kavram kabul edilmekte

⁷³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 462.

⁷⁴ Aynı.

ve kullanılmaktadır. Bu konuda en geniş araştırmayı yapmış olan Necmi Yüzbaşıoğlu da “Anayasallık Bloku” kavramını kullanmakta ve içeriğini yukarıda belirtilen şekilde doldurmaktadır.⁷⁵ Ergun Özbudun ise “Anayasaya Uygunluk Denetiminde Ölçü Normlar (Anayasallık Bloku)” olarak adlandırarak işlemekte, her iki kavramı da kullanmaktadır. Özbudun, Anayasa metninin - başlangıç ilkeleri de dahil olmak üzere - dışında milletlerarası hukuk kuralları, hukukun genel ilkeleri, Atatürk ilke ve inkılapları başlıkları altında Anayasallık bloğunu incelemektedir.⁷⁶ Yılmaz Aliefendioğlu da “Ölçü Normlar Bloku” kavramını kullanmakta Anayasa maddeleri dışında uluslararası sözleşmeler ve hukukun genel ilkelerini de ölçü normlar bloğuna dahil etmektedir.⁷⁷ Erdoğan Teziç tarafından “Anayasallık Bloku” kavramı kullanılmıştır.⁷⁸ Bakır Çağlar hem Anayasallık bloğu hem ölçü normlar bloğu ifadelerini birlikte kullanmaktadır.⁷⁹

Bununla birlikte “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır ?” isimli makalesinde bu görüşlerin aksini savunan Kemal Gözler’e göre “Ölçü Normlar Bloğu” ya da “Anayasallık Bloğu” adı altında bir kavrama gerek yoktur. Gözler, Anayasa’ya uygunluk denetiminin yalnızca “Anayasa’ya” uygunluk denetimi olması gerektiğini, bunun dışındakilerin - uluslararası hukuk kuralları ve hukukun genel ilkelerinin - Anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılamayacağını; dolayısıyla “Anayasallık bloğu” kavramına ihtiyaç olmadığını, doğrudan “Anayasa” kavramının kullanılması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁰

2.2. Bağımsız Ölçü Norm - Destek Ölçü Norm Ayrımı

Ölçü normlar arasında “bağımsız ölçü norm - destek ölçü norm” şeklinde bir de ayrım yapılmaktadır. Türk doktrininin büyük çoğunluğu Anayasallık bloğu veya referans ölçü normlar şeklinde adlandırılan “bağımsız ölçü normlar” ile birlikte başlı başına ölçü norm olmayıp destekleyici, teyit edici olarak kullanılan “destek ölçü

⁷⁵ bkz. Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 1.

⁷⁶ bkz. Özbudun, **a.g.e.**, s. 380-384.

⁷⁷ bkz. Aliefendioğlu, **a.g.e.**, s. 95.

⁷⁸ bkz. Teziç, **a.g.m.** s. 21-38.

⁷⁹ Bakır Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi.” **Anayasa Yargısı 3** (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1987), s. 168-179.

⁸⁰ bkz. Kemal Gözler, “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır?” **AÜSBF Dergisi**, C. 55, Sy. 3 Temmuz - Eylül 2000, s.81-103.

normların” varlığından bahsetmekte ve özellikle “hukukun genel ilkeleri”ni destek ölçü norm olarak nitelendirmektedir.⁸¹ Bu ayrımın temelinde, yasama organının Anayasallık denetiminde denetim ölçüsü olarak başvurduğu Anayasal değerlerde kurallar ve ilkelerin, Anayasa’da açıkça bu nitelikleri ile yer almalarından dolayı kendi başlarına bağımsız bir denetim ölçüsü olarak mı, yoksa Anayasa’da yer alan bir takım kuralların bu özelliklerini pekiştirici norm olarak mı kullanılabileceği hususunun ayırt edilmesindeki gereklilik yatmaktadır.⁸² Özbudun milletlerarası hukuk kurallarını “destek ölçü norm” olarak nitelemektedir.⁸³ Yine Aliefendioğlu’nun “destekleyici ölçü norm” olarak nitelendirdikleri milletlerarası hukuk kurallarıdır.⁸⁴

Bununla beraber Kemal Gözler bu ayrımın isabetsizliğini savunmakta ve “Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ederken, belirli bir norma ya dayanır ya dayanmaz; dayanıyorsa o norm ölçü normdur; dayanmıyorsa ölçü norm değildir. Bunların arasında üçüncü bir ihtimal yoktur. Anayasa Mahkemesinin bir kanunu iptal ederken dayandığı norm, ‘bağımsız - destek’ ayrımı olmaksızın ölçü normdur. Anayasa Mahkemesi’nin bir kanunu iptal ederken dayanmadığı norm ise, ‘destek’ olarak nitelense bile ‘ölçü norm’ olamaz” demektedir.⁸⁵ Hekimoğlu ise bu ayrımın önemli bir gereksinime cevap verdiğini çünkü, “bağımsız-destek ölçü norm” ayrımını esas alan bir kavram farklılaşmasının kullanılmasının, Anayasa’da açıkça ölçü norm niteliği belirtilen normlar dışında, özellikle hukukun genel ilkeleri arasında yer alıp doğrudan pozitif anayasa hukukunda bir karşılığı bulunmayan bir takım ilkelerin Anayasallık bloğuna dâhil edilmesi yoluyla Anayasa yargısının etkinlik ve işlev alanının genişletilip, pekiştirilmesine hizmet edeceği kanaatindedir.⁸⁶

Bir normun Anayasa’ya aykırılık denetiminde, bir başka ölçü normun açıklayıcısı olarak kullanılarak “destek ölçü norm” sıfatını kazanıp kazanamayacağını;

⁸¹ bkz. Teziç, **a.g.m.**, s. 28; Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 61-63; Çağlar, **a.g.m.**, s. 168; İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri** (İstanbul: Legal Yayınevi, 2006), s. 334-338; Yılmaz Aliefendioğlu, **a.g.e.**, s. 106; Hekimoğlu, **a.g.e.**, s. 172-174; H. Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, **Anayasa Yargısı 17** (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2000), s. 380.

⁸² Hekimoğlu, **a.g.e.**, s.176.

⁸³ Özbudun, **a.g.e.**, 382-383.

⁸⁴ Aliefendioğlu, **a.g.e.**, 105-106.

⁸⁵ Gözler, **a.g.m.**, s. 88.

⁸⁶ Hekimoğlu, **a.g.e.**, s. 176.

esas olarak böyle bir nitelemeye gerek olup olmadığını; özellikle, öğretide destek ölçü norm olarak nitelenen “hukukun genel ilkeleri”nin Anayasa Mahkemesi’nce Anayasa’ya uygunluk denetiminde ne ölçüde kullanıldığı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖLÇÜ NORM OLARAK NİTELENDİRİLEN ANAYASAL İLKELER

Anayasa'nın tamamı anılan anlamda “ölçü norm” iken, öğretide Anayasa metninin tamamı “ölçü normlar bloğu” içine dahil edilmemekte; Anayasal ilkelerin yalnızca bir bölümü ölçü norm olarak incelenmektedir. Ölçü normlar bloğuna dahil edilen, Başlangıç ilkeleri, Atatürk İlke ve İlkeleri, Cumhuriyet'in niteliklerine ilişkin ilkeler ve temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmasına getirilen sınırlamaların ölçü norm niteliği bu bölümün konusudur.

1. ÖLÇÜ NORM OLARAK BAŞLANGIÇ İLKELERİ

Bazı anayasalarda yapılış sebeplerini ve dayandıkları temel felsefeyi açıklayan “başlangıç (dibace, preambule)” denen kısımlar bulunmaktadır.⁸⁷ Bu anlamda “başlangıç”a ilk örnek tek cümleden oluşan ve kurulan federasyonun dayandığı temelleri, varoluş amacını ve hedeflerini ortaya koyan 1787 tarihli Amerikan Anayasası Başlangıç kısmıdır. 3 Mayıs 1791 tarihli Polonya Anayasası ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin Başlangıç kısmını oluşturduğu 3 Eylül 1791 tarihli Fransız Anayasası ise Avrupa ülkelerindeki ilk örneklerdir. Bu örneklerden sonra anayasalara bir Başlangıç koyma düşüncesi gelişmiştir. 1853 tarihli Arjantin Anayasası 1867 tarihli Kanada ve 1886 tarihli Kolombiya Anayasaları'nda da Başlangıç kısımları bulunmaktadır. 20. yüzyılda ise 1919 tarihli Finlandiya Anayasası, 1937 tarihli İrlanda Anayasası, 1946 ve 1958 Fransız Anayasaları, 1949 Alman Anayasası, 1976 Portekiz ve 1978 İspanyol Anayasaları, 1993 Rusya Federasyonu Anayasaları'nda “Başlangıç” bölümü yer almaktadır

Anayasalarda “Başlangıç”a yer verilmesi, ülkelerin anayasacılık geleneklerine ve anayasanın hangi sosyo-politik ortamda yapıldığına bağlı olarak değişmektedir. Başlangıç bölümü yer alan anayasalar, ağırlıklı olarak anayasa yapıcıların bir devrim veya bağımsızlık savaşı sonrasında siyasal ilke ve değerleri vurgulama ve benimsetme

⁸⁷ Özbudun, a.g.e., s. 49.

ihtiyacı duymalarının veya bir ideolojik tercihi anayasaya yansıtmak istemelerinin sonucudur.⁸⁸

Ülkemizde 1961 Anayasası Başlangıç bölümüne sahip ilk Anayasa'dır. Başlangıç bölümlerinin devrim veya büyük sosyal değişimlerin ardından yapılan anayasalarda yer aldığı düşünülürse Başlangıç bölümünün ilk olarak 1961 Anayasası'nda yer alması ilginçtir. Bunun sebebi olarak 1921 ve 1924 Anayasalar'ında yasama merkezli bir anayasal rejim kurmanın amaçlandığı ve yasamayı felsefi bir metinle bağlamamak gerektiğinin düşünüldüğü veya reformların aşama aşama yapılmasının gereklerinin devrim ve reformların felsefesini kapsayacak genel bir metnin Anayasa'nın başına yerleştirilmesini engellediği düşünülebilir.⁸⁹

1961 Anayasası'nın ardından 1982 Anayasası'na da bir Başlangıç bölümü konulmuştur. Doktrinde 1982 Anayasası'nın Başlangıç'ından çıkarılacak ilkeler şu şekilde tespit edilmiştir.

Soysal ' a göre,

- Anayasa'nın meşruluğu,
- Atatürk'e bağlılık,
- Ulusal varlığın korunması ve yüceltilmesi,
- Doğal haklar,
- Ulus iradesinin üstünlüğü,
- Gerçek anlamına uygun bir güçler ayrılığı,
- Laiklik,
- Anayasaya bağlılık ve bekçilik ilkeleri çıkartılabilir.⁹⁰

Özbudun,

- Atatürk inkılâp ve ilkelerine bağlılık (p. 1, 5),
- Atatürk milliyetçiliği (p. 1, 2, 5, 7),

⁸⁸ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku** (Ankara: Orion Yayınevi, 2005), s. 97.

⁸⁹ Atilla Nalbant, "Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri: İki Örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990), s. 3.

⁹⁰ Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı** (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986), s. 171-173.

- Atatürk medeniyetçiliği (p. 5),
- Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi (p.2),
- Milli egemenlik (p. 3),
- Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğü (p. 3 ve 4),
- Hürriyetçi demokrasi (p. 3),
- Kuvvetler ayrılığı (p. 4),
- Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği (p. 5),
- Laiklik (p. 5),
- Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (p. 6) ilkelerini Başlangıç bölümünden çıkartmıştır.⁹¹

Zafer Gören ise “Başlangıç” bölümünde aşağıdaki ilkeleri tespit etmiştir:

- Atatürk İnkılap ve İlkelerine bağlılık (p. 1-5),
- Atatürk medeniyetçiliği (p. 2-5),
- Atatürk milliyetçiliği (p. 1, 5, 7),
- Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi (p. 2),
- Milli egemenlik (p. 3),
- Anayasanın ve hukukun üstünlüğü (p. 4),
- Özgürlükçü demokrasi (p. 3),
- Doğal haklar (p. 6),
- Erkler ayrılığı (p. 4),
- Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği (p. 5),
- Laiklik (p. 5),
- Sosyal adalet ve eşitlik (p. 6),
- İnsan onurunun korunması ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması (p. 6),

⁹¹ Özbudun, a.g.e., s. 71-72.

-Türk vatandaşlarının milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu (p. 7).⁹²

Gözler'e göre Anayasa'nın Başlangıç'ından çıkarılacak ilkeler şunlardır:

- Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlılık (p.1,5),
- Atatürk milliyetçiliği (p. 1, 5),
- Atatürk medeniyetçiliği (p. 5),
- Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi (p. 2),
- Milli egemenlik (p. 3),
- Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğü (p. 4),
- Hürriyetçi demokrasi (p. 3),
- Kuvvetler ayrılığı (p. 4),
- Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği (p. 5),
- Laiklik (p. 5),
- Her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı (p. 6),
- Türk vatandaşlarının milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu (p. 7).⁹³

Mustafa Erdoğan ise Başlangıç'ta

- Devletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğü,
- Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları,
- Egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu,
- Egemenliği kullanan organların anayasal düzen içinde hareket etme zorunluluğu,
- Kuvvetler ayrılığının kuvvetler hiyerarşisi anlamına gelmediği,
- Laikliğin dini duyguların devlet işlerine ve siyasete karıştırılamayacağı anlamına geldiği,
- Vatandaşların, kendilerini ancak bu Anayasa'nın öngördüğü çerçeve içinde geliştirme hakkına sahip oldukları ilkelerinin bulunduğunu belirtmiştir.⁹⁴

⁹² Zafer Gören, **Anayasa Hukuku** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), s. 98.

⁹³ Gözler, **a.g.e.**, s. 193.

⁹⁴ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 190.

Gözübüyük, Başlangıç'taki ilkeleri şu şekilde sıralamıştır:

- Atatürk milliyetçiliği, Atatürk inkılâp ve ilkeleri,
- Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi,
- Egemenliğin, kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu,
- Kuvvetler ayrımı,
- Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğü,
- Laiklik ilkesinin gereği, kutsal din duygularının, devlet işlerine kesinlikle karıştırılmaması,
- Her vatandaşın, eşit bir biçimde, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerden yararlanması,
- Yurtta sulh, cihanda sulh ilkesi arzu ve inancı içinde yaşama hakkı bulunduğu.⁹⁵

Tanör ise Başlangıç'ta belirtilen ilkeleri bir tablo yardımı ile özetlemiş, bu tabloda Başlangıç'taki ilkelerin Anayasa metnindeki karşılık maddelerinin ne olduğuna da yer vermiştir:

- Atatürk milliyetçiliği (p. 1,5) Anayasa metnindeki karşılığı md. 2
- İlke ve inkılâpları (p. 1,5) md. 42/3, 58/1, 81, 103, 134, 174
- Uluslararası eşitlik (p. 2) Anayasa metninde karşılığı olmadığını belirtmiştir.
- Millet egemenliği (p. 3) md. 2, 6, 68/4
- Bölünmezlik (p. 5) md. 3, 5, 13, v.b.
- Laiklik (p. 5) md. 2, 14, 24, v.b.
- Üstünlük, bağlayıcılık (p. 3, 4, 6, 8) md. 11, v. b.⁹⁶

Tanör bu tabloda çağdaş medeniyet ya da Atatürk medeniyetçiliği, hürriyetçi demokrasi, kuvvetler ayrılığı ilkelerine yer vermediğini kendi de belirtmiş fakat buna sebep göstermemiştir.

Anayasalarda “Başlangıç” bölümünün yer almasıyla birlikte Başlangıç'ın hukuki değeri sorunu ortaya çıkmıştır. Sorun, Başlangıç'ta bulunan ilkelerin, anayasaların diğer

⁹⁵ Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku** (Ankara: Turhan Kitabevi , 2006), s. 152.

⁹⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

kuralları gibi, pozitif hukukun bir parçası olarak, “hukuki” bir değere mi sahip oldukları; yoksa anayasadaki ahlaki ve felsefi ilkelerin bir özeti olarak, bir “sembol” değerine mi sahip olduklarıdır⁹⁷.

1.1. Başlangıç’ın Hukuki Değeri

1982 Anayasası’nda Başlangıç bölümünün pozitif hukuktaki değerini ortaya koyan maddeler bulunmaktadır: 1982 Anayasası’nın 176. Maddesi’ne göre, Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı “Anayasa Metnine dahildir.” Anayasa’nın 2. maddesine göre ise Türkiye Cumhuriyeti “Başlangıç’ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir devlettir.” Buna göre Başlangıç’ta belirtilen temel ilkeler, Cumhuriyet’in niteliklerine dâhil ve Anayasa’nın 4. maddesine göre değişmezlik kapsamı içindedir.⁹⁸ Başlangıç bölümünün son paragrafında da Anayasa’nın Başlangıç’taki temel ilkelere egemen olan “fikir, inanç ve karar”la anlaşılması, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna bu yönde saygı gösterilerek, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. 176. maddenin gerekçesinde ise Başlangıç kısmının Anayasa’nın diğer hükümleri ile eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır. Bu hükümlere göre Başlangıç kısmı Anayasa’nın diğer hükümlerine eşdeğerde bir hüküm olarak hukuki değere sahiptir. Aynı zamanda Başlangıç diğer hükümlerin ona uygun olarak yorumlanması gereken bir yorumlama aracıdır.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında, Başlangıç’taki ilkeleri, Cumhuriyet’in nitelikleri arasında saymanın ve onlarla “özdeşleştirmenin”⁹⁹ ötesinde, bu ilkeleri, “Cumhuriyet’in niteliklerinin de dayanağı saymış”¹⁰⁰ ve Başlangıç’taki ilkeleri, Anayasa’daki diğer tüm ilke ve kuralların uygun yorumlanması gereken “kesin buyruk”¹⁰¹ olarak değerlendirmiştir

⁹⁷ Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982), s. 184.

⁹⁸ **Aym**, s. 98.

⁹⁹ AYM. E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.6.1985, AMKD. Sy. 21 s. 172-173; AYM.E. 1986/18, K. 1986/24, KT. 9.20.1986, AMKD. Sy. 22, s. 259.

¹⁰⁰ AYM. E. 1988/64, K. 1990/2, KT. 1.2.1990, R.G: 21.4.1990/20499, s. 16.

¹⁰¹ AYM. E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD. Sy. 20, s. 363.

Anayasa Mahkemesi aynı zamanda Başlangıç ilkelerinden oluşan bir “siyasal alan sınırları” oluşturmuştur, resmi bir Anayasa ideolojisinin varlığını kabul ederek, siyasi alanı Anayasa Başlangıcında ifadesini bulan resmi ideoloji (milliyetçilik ve laiklik ilkeleri) ile sınırlamıştır.¹⁰²

Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında konuyu Başlangıç Bölümü yönünden incelerken şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasa’nın 176. maddesine göre, Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır”¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, bu ifadeyle Başlangıç’ın 176. madde hükmü dolayısıyla Anayasa metnine dâhil olduğunu belirtmekle birlikte, “Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynak” olduğunu ifade etmektedir. Bu ifade Anayasa Mahkemesi’ne göre Başlangıç’ın asıl fonksiyonunun, diğer Anayasa kurallarının yorumlanmasında olduğunu düşündürmektedir.

Doktrinde Başlangıç İlkeleri’nin hukuki değerine ilişkin görüşler çeşitlilik göstermektedir. Gözler’e göre Başlangıç’ta geçen ilkelerin genel, soyut, edebi bir üslupla kaleme alınmış olması, Başlangıç’ın pozitif hukuki değerini ortadan kaldırmamaktadır. Başlangıç metninin anlamını tespit etmek, onu uygulayacak organa, örneğin Anayasa Mahkemesi’ne, aittir. Buna göre Anayasa Mahkemesi Başlangıç’taki ilkelere dayanarak bir kanunu iptal edebilir.¹⁰⁴ Başlangıç’taki ilkeler Anayasa metnine dâhil olduğundan, Soysal’a göre de, Başlangıç’taki ilkelerin hepsi Anayasa Mahkemesi kararlarında esas alınabilecek birer Anayasa hükmü ağırlığındadır.¹⁰⁵

Özbudun’a göre ise anayasaların yapılış sebeplerini ve dayandıkları temel felsefeyi açıklayan ve çoğu zaman edebi bir üslupla yazılmış bulunan başlangıç bölümlerinden, uygulanabilir hukuk normları çıkarmak kolay değildir. Bu sebeple, başlangıç bölümlerinin hukuki değeri, daha çok, pozitif anayasa normlarının

¹⁰² Bakır Çağlar ve Naz Çavuşoğlu, “Parti Kapatma Davalarında Mermer - Mozaik İkilemi”, **Anayasa Yargısı 16** (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1999), s. 169.

¹⁰³ AYM. E. 1989/1, K.1 989/12, K.T. 07.03.1989, AMKD. Sy. 25, s. 142

¹⁰⁴ Gözler, **a.g.e.**, s. 193.

¹⁰⁵ Soysal, **a.g.e.**, s. 173.

yorumlanmasına katkısı açısından söz konusu olabilir. Başlangıç İlkelerinin bir bölümü, Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde somutlaştırılmıştır. Özbudun Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken, Başlangıç'taki ifadelerden ancak aydınlatıcı nitelikte destek ölçü norm olarak yararlanıp, esas ölçü norm olarak bu ilkelerin Anayasa maddelerinde somutlaşmış biçimlerine dayanmasının daha doğru olacağını savunmaktadır.¹⁰⁶ Mustafa Erdoğan, Anayasa metninde somutlaştırılmış ilkeler için Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan normatif hükümleri uygulaması gerektiğini, bununla beraber bu ilkelerin Anayasa'nın normatif kısmından çıkarılacak sonuçları destekleyecek şekilde kullanılmasında da bir engel olmadığını söylerken Başlangıç bölümünde norm değil "ilkeler" bulunduğunun altını çizmektedir. Buna göre ilkeler doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmayan soyut gereklilikleri ifade eder ve Anayasa'nın yorumlanmasında kullanılmaları gerekir.¹⁰⁷ Yavuz Atar da Başlangıç'taki, Anayasa'nın diğer maddelerinde somutlaştırılmamış ilke ve açıklamaların pozitif hukuk normları gibi uygulanmalarının güçlüğüne değinerek bu tür hükümlerin sadece bir yorum amacı olarak kullanılmaları gerektiğini belirtmiştir.¹⁰⁸

Yüzbaşıoğlu'na göre ise de her ne kadar Anayasa'nın 176.. maddesinde Başlangıç'ın diğer Anayasa kuralları eşitliği ifade edilmiş ise de Başlangıç Anayasal ilke ve kurallar kademelenmesi içinde en üstte yer alır. Başlangıç'taki ilkeler, Cumhuriyet'in niteliklerine ilişkin ilkeler dâhil, Anayasa'daki bütün ilke ve kuralların dayanağını ve çerçevesini oluşturduğundan, bu doğrultuda yaptırım olarak da, Anayasa'daki bütün ilke ve kuralların Başlangıç'taki kurallara uygun yorumlanması gerekir. Bununla birlikte başlangıçlar, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte hukuk ilke ve kurallarından çok, anayasanın dayandığı felsefe ve temel ilkeleri gösteren temenni ya da program ilkeler olduğu için, anayasanın içindeki hükümler gibi teknik anlamda bağlayıcılık ve doğrudan uygulanabilirlik niteliğine sahip değildirler. Yüzbaşıoğlu bu şekilde ifade ettiği gibi Başlangıç'ın Anayasa'ya uygunluk denetiminde doğrudan uygulanabilirliğe sahip olmadığı görüşüne sahip olmakla birlikte, Başlangıç'ın içinden doğrudan uygulanabilecek nitelikte kurallar çıkartılabildiği takdirde bunlara doğrudan bağlayıcılık tanınması gerektiğini, fakat oldukça uzun bir

¹⁰⁶ Özbudun, **a.g.e.**, s. 71-72.

¹⁰⁷ Erdoğan, **a.g.e.**, s. 190-191.

¹⁰⁸ Atar, **a.g.e.**, s. 50-51.

cümleden oluşan Başlangıç metninde bu tespiti yapmanın da pek de kolay olmadığını düşünmektedir.¹⁰⁹

Görüldüğü gibi doktrinde ağırlıklı eğilim Anayasa'nın diğer maddelerinde somutlaştırılmamış Başlangıç ilkelerinin sadece yorumlama aracı olarak kullanılması gerektiği yönündedir. Kanaatimce ise Başlangıç ilkeleri açıkça Anayasa metnine dâhil edilmiştir; dolayısıyla Başlangıç diğer Anayasa hükümleriyle “eşit” hukuki değere sahiptir ve Başlangıç metninden hukuk normu çıkarılabildiği ölçüde Başlangıç’ a dayanılarak bir kanun iptal edilebilir.

1.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Başlangıç İlkeleri

Başlangıç'ın birinci paragrafında “Atatürk’ün milliyetçilik anlayışı ve O’nun inkılâp ve ilkeleri” bulunmaktadır. Başlangıç'ın yedinci paragrafında Atatürk milliyetçiliği’nin içeriği belirtilmektedir. Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları Anayasa’nın başka bölümlerinde de yer almakta olup, ölçü norm niteliği çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alındığından, bu bölümde kısaca değinilecektir.

Anayasa Mahkemesi Başlangıç'ın birinci paragrafında yer verilen “Atatürk’ün milliyetçilik anlayışı ve O’nun inkılâp ve ilkeleri”ni Anayasa’ya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullandığı 07 Mart 1989 tarihli kararında¹¹⁰ Atatürk İnkılâpları’nın, “Türkiye Cumhuriyeti’nin temelini oluşturan öğeler” olduğunun ve “Türkiye Cumhuriyeti’ni sonsuza dek yaşatacak değerde” olduklarının da tespitini yapmıştır. Aynı kararda Atatürk milliyetçiliğinin de geniş bir tanımını yapılmıştır:

“Atatürk milliyetçiliği, gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan Türk milliyetçiliğinin Türk olmak mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adıdır. Atatürk’ün 5.11.1925 günlü söylevinde belirttiği gibi din ve mezhep bağının yerini Türk ulusçuluğu bağı almıştır. Bu tanıma göre, ulusu oluşturan öğeler arasında dil birliği, ulusal duyguyla yan yana insanlık duygusu, siyasal varlıkta birlik, yurt birliği, köken birliği, tarihsel ve ahlaksal yakınlıklar sayılır. Geçmiş

¹⁰⁹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 118-119.

¹¹⁰ AYM. E. 1989/1, K.1989/2, KT.7.3.1989, RG:5.7.1989/20216, s. 22.

ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de ögeler arasına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öge esas alınmamıştır. Lâiklik, devlet ve toplumun karşılıklı lâik tutumunu da içerir. Bu da birleştiricilikle sonuçlanır. Birleştiricilik dinsel bağda değil, Atatürk milliyetçiliğinde, ulus bağında, ulusal değerlerdedir, incelenen Yasa maddesi ise dinsel inanç gereğine yer vererek Atatürk milliyetçiliği ilkesiyle çelişmektedir.”

Bu tanıma göre Atatürk milliyetçiliği, Türk toplumunun kendine has özelliklerini ve bağımsız kimliğini koruması anlamına gelen Türk milliyetçiliğini de kapsayan geniş bir kavramdır. Atatürk Milliyetçiliği, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk sayar. Atatürk milliyetçiliğinde, ulusu birbirine din ve mezhep değil dil birliği, ortak geçmiş, gelecek ve amaç birliği ile bağlıdır. Buna göre Atatürk milliyetçiliği birleştirici ve bütünleştiricidir.

İkinci paragrafta bulunan “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olmak” ve “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi” Anayasa Mahkemesi’nin yabancıların mülk edinmesiyle ilgili 13 Haziran 1985 tarihli kararında ölçü norm olarak kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi:

“Anayasa’nın 176. maddesinde, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dâhil olduğu açıklanmış anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde ise ‘Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti’ kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir.

1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasasına, nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

...Başlangıcın 4. paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin ‘- Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi-’ olduğu ilkesiyle de devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıcın 7. paragrafında ise ‘- Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin... karşısında korunma göremeyeceği-’ ilkesi ile de Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.

Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır.

Yukarda açıklanan nedenlerle, değişik iktisadi politikalar ve kendi olanaklarımızla gerçekleştirebileceğimiz konut sorununda önemsiz bir kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının yabancı unsurlar eline geçmesine imkan sağlayan 3029 sayılı Kanunun 1.

maddesinde ‘Ancak hangi ülkelere yukarıdaki fıkradaki mütekabiliyet şartının uygulanmayacağını... tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir.’ ile aynı Kanunun 2. maddesindeki ‘Hangi bölge ve illerde bu maddedeki kısıtlamalardan hangi ülkelere istisna tanınacağını... tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir’ hükümlerine, Anayasanın 2. maddesi karşısında Başlangıcın 4. ve 7. paragraflarında yer alan Anayasanın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz bulunan temel ilkelere aykırı bulunmuştur.”¹¹¹

Bu karara karşın öğretilerde farklı yorumlar yapılmıştır: Yüzbaşıoğlu, Başlangıç’da yer alan ilkelere pozitif değer tanınarak Anayasallık bloğuna katılabileceği, bu ilkelerin içeriklerinin belirlenmesi sonucunda, Cumhuriyet dönemi hukuk siyasetinin temel ilkelerinden birisi olarak nitelenen karşılıklılık ilkesinde olduğu gibi Anayasal değerlerde ilkeler keşfedebileceğini düşünürken¹¹²; Özbudun’a göre, Cumhuriyet dönemi hukuk siyaseti gibi hukuk ötesi değerlerden hareketle Anayasa metninde bulunmayan yeni bir kural yaratılması ve bu kuralın Anayasa’ya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılmasını norm denetimini aşan yerindelik denetimine kayan bir yaklaşımdır. Buna göre normatif açıdan kanun değerinde olan “karşılıklılık ilkesi”nin içtihat yoluyla anayasal ölçü norm düzeyine yükselmesi eleştirilmiştir.¹¹³ Bu kararda Başlangıç’ın ikinci paragrafına, hükmün amacını aşan bir anlam verilmiştir. “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olmak karşılıklılık ilkesine kayıtsız şartsız bir bağlılıktan çok, Atatürk milliyetçiliğinin, şovenizmden uzak, insancıl ve barışçı niteliğinin bir ifadesi olarak değerlendirilmelidir. Yüzbaşıoğlu ayrıca “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olmak” ilkesini, dünya milletler ailesinin uluslararası hukuk belge ve kurallarıyla kabul ettiği, uluslararası hak ve yükümlülükleri ve bu arada özellikle uluslar üstü hukuk disiplini olarak insan haklarına ilişkin hak ve yükümlülükleri de yerine getirmeyi içerdiği, bu sebepten bu ilkenin 1982 Anayasası’nı uluslararası ya da uluslar üstü hukuka açan hukuki değeri de olduğu şeklinde yorumlamıştır. Her ne kadar Başlangıç ilkeleri pozitif değere sahip olsa da “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olmak”tan karşılıklılık ilkesi çıkarımı yapılması fazlasıyla geniş bir yorumdur. Özbudun’un isabetle belirttiği gibi devletlerin kendi milli çıkarlarının gereği olarak gördükleri konularda mütekabiliyet ilkesinden vazgeçmeleri devletlerin egemenlik bakımından eşitliği ilkesini bozmaz.¹¹⁴

¹¹¹ AYM. E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.6.1985, AMKD., Sy. 21, s. 164-174; aynı yönde AYM. E. 1986/18, K. 1986/24, K.T. 9.10.1986, AMKD., Sy. 22, s. 254-260.

¹¹² Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 122-123.

¹¹³ Özbudun, **a.g.e.**, s. 72-73.

¹¹⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s. 73.

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bu hükümden “karşılıklılık ilkesi” gibi bir çıkarımda bulunarak hukukilik denetiminin sınırlarını aşmıştır.

Başlangıcın 3. paragrafı ise, “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” ilkelerini içermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin pek çok kararında ölçü norm olarak kullandığı¹¹⁵ bu paragraftaki “hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” ifadesi doktrinde, bu ifadenin 1982 Anayasası’nda demokrasi ve insan haklarının bu Anayasa’da gösterilenlerden ibaret olduğu şeklinde anlaşıldığı, bunun 1982 Anayasası’nda insan hakları ve demokrasi kavramlarını evrensel boyutlarından kopartarak “millileştirdiği” ve “uluslararası hukuka açıklık ilkesi” ile de çeliştiği şeklinde yorumlanmıştır.¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin de bu ilkeyle ilgili olarak birbiriyle çelişen kararları vardır. Anayasa Mahkemesi Serbest Bölgelerle ilgili kanunu denetlerken vermiş olduğu kararında:

“Hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması ve sınırlandırılması bakımından Anayasanın açıkça belirttiği durumlardan biri de Anayasanın 119., 120., 121. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü hallerle sıkıyönetim ve savaş hallerinde yapılabilecek sınırlamalardır. Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”¹¹⁷ (a.b.ç.).

¹¹⁵ AYM. E. 2000/67, K. 2000/40, K.T. 31.10.2000; AYM. E. 2000/71, K. 2000/44, K.T. 31.10.2000; AYM. E. 2000/66, K. 2000/36, K.T. 31.10.2000; AYM. E. 2000/73, K. 2000/45, K.T. 31.10.2000; AYM. E. 2000/62, K. 2000/35, K.T. 31.10.2000; AYM. E. 2004/6, K. 2004/5, K.T. 27.01.2004; AYM. E. 2000/68, K. 2000/41 K.T. 31.10.2000; AYM. E. 2001/147, K. 2001/47, K.T. 15.03.2001; AYM. E. 2003/22, K. 2003/34, K.T. 16.04.2003; AYM. E. 2004/6, K. 2004/5, K.T. 27.01.2003; AYM. E. 2001/411, K. 2001/348, K.T. 06.11.2001; AYM. E. 2001/403, K. 2001/345, K.T. 30.10.2001 (www.anayasa.gov.tr./general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2007).

¹¹⁶ bkz. Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 124-125.

¹¹⁷ AYM. E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 6.10.1986. (www.anayasa.gov.tr./general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2007).

diyerek hürriyetçi demokrasiyi bu Anayasa’da gösterilenle sınırlarken bu kararına yakın tarihli bir başka kararında¹¹⁸ “klasik demokrasileri” referans alarak aksi yönde yorum yapmıştır. Tartışmalı Serbest Bölgeler kararı özgürlüklerin “bu Anayasada” gösterilenle sınırlandığı tek karar olup Anayasa Mahkemesi devam eden kararlarında “klasik demokrasileri” veya “çağdaş demokrasileri” özgürlük anlayışında temel almıştır.¹¹⁹

Anayasa Mahkemesi “yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” ifadesine çoğunlukla dayandıkları yetki kanunu iptal edilen Kanun Hükmünde Kararnamelerin konu olduğu iptal davalarında yer vermektedir:

“KHK'lerin Anayasa'ya uygunluk denetimleri, yasalarınkinden farklıdır. Anayasalın 11. maddesinde, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilmektedir. Bu nedenle, yasaların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. KHK'ler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya yetki yasasının kapsamı dışında kalan ya da dayandığı yetki yasası iptal edilen KHK'lerin anayasal konumları birbirlerinden farksızdır. Böyle durumlarda, KHK'ler anayasal dayanaktan yoksun bulunduklarından içerikleri Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptalleri gerekir. Bu nedenlerle, iptaline karar verilen bir yetki yasasına dayanılarak çıkartılan KHK'lerin, Anayasa'nın Başlangıcındaki ‘hiç bir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı,’(a.b.ç.) 2. maddesindeki "Hukuk devleti" ilkeleriyle 6. maddesindeki ‘Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.’ kuralı ve KHK çıkarma yetkisine ilişkin 91. maddesiyle bağdaştırılması olanaksızdır.”¹²⁰

Başlangıç’ın 3. paragrafından çıkartılabilecek bir diğer ilke “millet egemenliği”dir. Bu ilke Anayasa’nın farklı madde metinlerinden de (AY. m. 6, 7, 8, 9) çıkartılabilecek olup, Başlangıç bölümünde bu maddelerden farklı ve ayrı bir sonuç doğurmamaktadır.

¹¹⁸ AYM. E. 1985/8, K. 1986/23, K.T. 26.11.1986, AMKD., Sy. 22, s. 365

¹¹⁹ Aynı yönde AYM. E.1984/1, K. 984/2, K.T. 13.1984, AMKD., Sy. 20, s. 186;

AYM. E. 1986/17, K. 1987/11, K.T.22.5.1987, AMKD. Sy. 23, s. 223;

AYM. E. 1988/14, K. 1988/18, K.T.14.6.1988, R.G:14.7.1988/19872, s. 56;

AYM. E. 1988/1, K. 1988/1, K.T. 8.12.1988, R.G: 16.5.1989/20167, s. 57;

AYM. E. 2002/112, K. 2003/33, K.T. 10.04.2003, R.G.: 04.11.2003/25279

¹²⁰ AYM. E. 2000/66, K. 2000/36, K.T. 31.10.2000 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2007).

Başlangıcın 4. paragrafı ise 1982 Anayasası'nın benimsediği kuvvetler ayrılığı ilkesinin tanımını ve unsurlarını vermektedir. Anayasa Mahkemesi 1 Şubat 1990 tarihli kararında:

“...Anayasa, egemenliğin kullanılmasında yetkili organları belirlemiş ve kuvvetler ayrımını Anayasanın temel ilkesi yapmıştır... Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafına göre, kuvvetler ayrımı Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliğidir. Üstünlük ancak Anayasa ve yasalardadır....”¹²¹

tanımlamasını yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kuvvetler ayrılığını ölçü norm olarak kullandığı kararları ağırlıklı olarak KHK çıkartılması için verilen yetki kanunlarını incelediği kararlarıdır. Anayasa Mahkemesine göre “kuvvetler ayrılığı üç kamu erki arasındaki dengeyi düzenlemektedir. KHK uygulamasının, ivedi ve zorunlu durumlar dışında ve uzun bir sürede yasama etkinliğinin yerini alacak biçimde kullanılması ve olağan bir yol haline getirilmesi üç kamu erki arasındaki dengeyi bozar.”¹²² Bununla birlikte “KHK çıkartılmasına yetki verilmesi, Anayasa'da öngörülen koşullar ve sınırlar içinde kalmak kaydıyla yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.”¹²³

Yalnızca “Önemli”, “zorunlu” ve “ivedi” durumlarda KHK ile düzenlemeye gidilmelidir.¹²⁴ Anayasa Mahkemesi bu görüşünü pek çok kararında tekrarlamıştır.¹²⁵ Anayasa Mahkemesi Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemeyeceğini belirtmektedir. Yetki yasasının “amaç”, “süre”, “tür” gibi özelliklerle düzenlemenin usul ve esaslarının açıkça içermelidir.¹²⁶ Bu esasların aksine düzenleme yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturur.

¹²¹ AYM. E. 1988/64, K. 1990/2, K.T. 01.02.1990, AMKD., Sy. 26, s. 62, R.G.:21.04.1990/20499; aynı yönde AYM. E. 2001/9, K. 2001/56, K.T. 20.03.2001 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2007).

¹²² AYM. E. 1988/64, K. 1990/2, K.T. 01.02.1990, R.G.: 21.04.1990/20499

¹²³ AYM. E. 2001/9, K. 2001/56, K.T. 20.03.2001 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2006).

¹²⁴ AYM. E. 2001/9, K. 2001/56, K.T. 20.03.2001 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2006).

¹²⁵ AYM. E. 1988/64, K. 1990/2, K.T. 01.02.1990, AMKD., Sy. 26, s. 62-64; AYM. E. 1993/26, K. 1993/28, K.T. 16.09.1993, AMKD., Sy. 29, C. 1, s. 330-331; AYM. E. 1994/50, K. 1994/44, K.T. 05.07.1994, AMKD., Sy. 31, C. 1, s. 342-342; AYM. E. 1995/44, K. 1995/44, K.T. 19.09.1995, AMKD., Sy. 31, C. 2, s. 651-653.

¹²⁶ AYM. E. 2003/70, K. 2005/14, K.T. 14.3.2005, R.G.: 26.4.2005/25797.

1982 Türk Anayasasının 91'inci maddesinin ilk fıkrasına göre, TBMM, Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisini çıkaracağı bir “yetki kanunu” ile vermelidir. 91'inci maddenin ikinci fıkrasına göre ise, böyle bir yetki kanununun, dört adet unsuru (amaç, kapsam, ilke ve süre unsurlarını) içermesi gerekmektedir. Gözler, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermesinin tek şartının bu dört unsuru içeren bir yetki kanunu ile bu yetkiyi vermesi olduğunu belirterek Anayasa Mahkemesi'nin önemlilik, zorunluluk ve ivedilik şartlarını aradığı kararlarıyla Anayasa'da mevcut olmayan bir norm yarattığını belirtmiştir. Kararlara karşı yazılan karşı oy yazılarına¹²⁷ da vurgu yapan Gözler, Anayasa Mahkemesi'nin 1 Şubat 1990 tarihli kararının bir değerlendirmesini yaptığı 17 Temmuz 1990 tarihli kararında,

“Anayasa Mahkemesi'nin sözü edilen iptal kararı ile KHK'ler yönünden ilk kez ‘ivedi ve zorunlu’ olma ve ‘belirli sürelerde kullanma’ ölçütleri getirilmiştir. Bu anayasal ölçütlerin daha önce yürürlüğe girmiş olan KHK'leri etkilemesi düşünülemez. Konulan yeni ölçütler geleceğe yönelik yeni bir anlayışı açıklamaktadır”¹²⁸

diyerek yeni ölçütler koyduğunu, bununla da tali kurucu iktidarı gasp ettiğini açıkça belirttiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kararın geçmişe yönelik olarak uygulanıp uygulanmayacağı da tartışarak,

“...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 hukuki 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”¹²⁹

dediği anılan Kararı'ndan yola çıkan Gözler, bu tartışmanın Türk Anayasa Mahkemesi'nin ne kadar “cesur” olduğunun mükemmel bir göstergesi olduğunu, kanunların Anayasa'daki bir norma uygunluğunu araştırmakla görevli bir mahkemenin, bu görevini bırakıp Anayasa'ya yeni bir norm koyabildiğini ve bu normun geçmişe

¹²⁷ bkz. Necdet Darıcıoğlu, Mehmet Çınarlı, Servet Tüzün ve Erol Cansel'in Karşı Oy Yazısı AYM. E. 1988/64, K. 1990/2, 1.02.1990, AMKD., Sy. 26, s. 79-90, Mehmet Çınarlı karşı oy yazısında: “Gerek 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 olduğunu takdir etmesi de son derece güçtür” demiştir.

¹²⁸ AYM. E. 1990/1, K. 1990/21, K.T. 17.07.1990, AMKD., Sy. 26, s. 319.

¹²⁹ Aynı.

uygulanıp uygulanamayacağını tartışabildiğini ifade etmektedir.¹³⁰ Kanımca ise kuvvetler ayrılığı ilkesinden bu çıkarım yapılabilir. Bu yönden Gözler' e katılmak mümkün değildir.

Anayasa'nın 5. paragrafında ise Atatürk ilke ve inkılâpları, Atatürk milliyetçiliği, laiklik ve "Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası"na yer verilmiş olup, bu ilkeler Anayasa'nın farklı maddelerinde de yer almaktadır. Fakat "hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin karşısında koruma göremeyeceği" ifadesi sadece Başlangıç bölümünde yer almaktadır. Önceki hali "hiçbir faaliyet ve mülahazanın" olup, 3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı yasa ile "hiçbir faaliyetin" şeklinde değiştirilmiş, bu değişiklikle düşünce özgürlüğünün sınırları genişletilmiştir. Türk milli menfaatleri, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri ifadelerinin muğlâklığı karşısında bu ifadenin hukuki değeri tartışmalıdır. Bu gibi kavramların ölçü norm olarak kullanılmasıyla Anayasaya uygunluk denetiminin "yerindelik" denetimine dönüştüğünü savunan Özbudun'un ve Yüzbaşıoğlu'nun bu tespitleri kanımca da yerindedir.¹³¹

Anayasa Mahkemesi özellikle yabancılara mülk satışına ilişkin kararlarında¹³² ve siyasi parti kapatma davalarında¹³³ "Türk milli menfaatlerini" ölçü norm olarak kullanmıştır. Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatleri karşısında koruma göremeyeceği ilkesinin, Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzeni içinde ulusal çıkarların her şeyin üstünde tutulması gerektiği anlamına geldiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi 9 Aralık 1994 tarihli kararında TEK'in özelleştirilmesine ilişkin kanunu Türklüğün milli menfaatleri ilkesine ters düştüğü gerekçesiyle iptal etmiştir:

"İçerdiği temel görüş ve ilkeler yönünden Anayasa'nın öbür hükümleriyle eş değer olan Anayasa'nın Başlangıç Kısmı'nın yedinci paragrafında, 'Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin... karşısında korunma göremeyeceği' ilkesi ile de Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzeni içinde ulusal çıkarların her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir...

¹³⁰ Kemal Gözler, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu," *AÜSBF Dergisi*, C. 61, Sy. 3, Temmuz-Eylül 2006, s. 164.

¹³¹ Özbudun, *a.g.e.*, s. 72; Yüzbaşıoğlu, *a.g.e.*, s. 128.

¹³² AYM. E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.6.1985, AMKD., Sy. 21 s. 173;

AYM. E. 1986/18, K. 1986/24, K.T. 9.10.1986, AMKD. Sy. 22, s. 262;

AYM. E. 2003/70, K. 2005/14, K.T. 14.3.2005, R.G: 26.4.2005/25797.

¹³³ AYM. E. 1999/1, K. 2003/1, K.T. 13.03.2003, (www.anayasa.gov.tr/general/kararlar/bilgibank.asp 20.01.2007).

...Bu nedenlerle dava konusu ek 1. maddenin son fıkrası ile ek 4. maddesinde herhangi bir sınır getirilmeden TEK'in teşebbü, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlanması Anayasa'nın Başlangıç'ının yedinci paragrafındaki 'Türk milli menfaatleri'nin korunması... ilkesine aykırıdır, iptalleri gerekir.¹³⁴(a.b.ç.)

Başlangıç'ın 6. paragrafında “ Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” ilkesi yer almaktadır. Bu ifade de temel hak ve özgürlükleri “bu Anayasa'da” gösterilenle sınırlanmıştır. Anayasa Mahkemesi Başlangıç'ta yer alan bu ifadeleri 10. madde ile birlikte değerlendirmiştir. Eşitlik anlayışını oluştururken bu maddeleri tamamlayıcı olarak kullanmıştır.¹³⁵

Sekizinci paragrafta ise Cumhuriyet'in nitelikleri dâhil Anayasa'daki tüm ilke ve kuralların, Başlangıç'taki ilkelere “saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanacağını” hükme bağlamaktadır. Bu paragraf Başlangıç'ın ölçü norm olarak kullanılmasının hukuki temellerinden birini oluşturmaktadır. Başlangıç'ın son paragrafı ise, Anayasa'nın “demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunduğunu” içermektedir.

Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 tarihli kararında da “Anayasa'nın 176. maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır...”¹³⁶ diyerek belirttiği gibi Başlangıç ilkelerinin diğer Anayasa hükümlerinden bir farkı olmadığı gibi “ölçü norm” olarak kullanılabileceklerini; hatta Anayasa'nın Başlangıç'ının diğer maddelerin amacını ve yönünü belirlediğini dolayısıyla, diğer Anayasa maddelerinin de Anayasa'nın Başlangıç'ına uygun şekilde yorumlanmaları gerektiğini düşünmektedir. Anayasa Mahkemesi Başlangıç'ın hukuki değeri konusunda haklı olmakla birlikte, Başlangıç ilkelerini yorumlarken fazlasıyla geniş bir yorum

¹³⁴ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.T. 09.12.1994, AMKD., Sy.31, C.1, s.292.

¹³⁵ AYM. E. 1999/17, K. 1999/35, K.T. 14.09.1994, AMKD., Sy. 36, C. 2, s. 582.

¹³⁶ AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1989, R.G.:05.07.1989/20216.

teknîği kullanmıştır. Bu da yapılan denetimi hukukilik denetimi amacından saptırmıştır. Bu kavramların ne zaman ne şekilde yorumlanacağı önceden öngörülemez hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, daha dar bir yorum tarzı kullanmalıdır.

2. ATATÜRK İLKE VE İNKILÂPLARI

Anayasa hukukumuzun gelişimine baktığımızda, Atatürk ilkeleri kavramının, Anayasa hukukumuzda, 1924 Anayasası'nın ikinci maddesine, 1937 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile "Devletin nitelikleri" olarak girdiğini görüyoruz. 1924 Anayasası'nın değişik ikinci maddesine göre, Atatürk ilkeleri kavramı altı ilkeyi içermektedir. Bunlar; Cumhuriyetçilik, Milliyetçilik, Halkçılık, Devletçilik, Laiklik ve İnkılâpçılıktır.¹³⁷

2.1. Anayasada Pozitif Kural Olarak Yer Almayan İlkeler

1982 Anayasası'nda Atatürk ilkelerinden "Halkçılık", "Devletçilik" ve "İnkılâpçılık" ilkelerine Anayasamızda açıkça pozitif kural olarak yer verilmemiştir. Bu ilkeler Başlangıç bölümü ile Anayasa'nın 42., 58., 81., ve 134. maddelerinde yer verilen "Atatürk İlkeleri" kavramının çıkarımlarıdır.

2.1.1. Ölçü Norm Olarak Halkçılık İlkesi

Halkçılık halkın halk tarafından yönetimidir. Devletin siyasi rejimi, halk tarafından ve halkın menfaatine kullanılır. Fert, aile ve sınıf imtiyazları bulunmaz. Özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiyi amaç edinir. Atatürk de başta "demokrasi" yerine "halkçılık" terimini kullanmış ve demokrasiyi: "Bizim görüşümüz ki halkçılıktır, kuvvetin, gücün, egemenliğin, yönetimin doğrudan doğruya halka verilmesidir. Halkın elinde bulundurulmasıdır."¹³⁸ şeklinde ifade etmiştir. Halkçılık birbirini tamamlayan, ülke yönetiminin demokratikliği, herhangi bir birey ve sınıfa ulusun genel hakları dışında ayrıcalık tanımamak, sınıf kavgasını kabul etmemek ve toplumun dayanışma

¹³⁷ Yüzbaşıoğlu, a.g.e. s. 81.

¹³⁸ Hamza Eroğlu, **Türk İnkılâp Tarihi** (Ankara: Savaş Yayınevi, 1990), s. 416.

içinde olması gibi ögelerden oluşur.¹³⁹

Bu yönleriyle halkçılık ilkesi, Cumhuriyetçilik, milli egemenlik ve demokrasi ilkeleriyle iç içedir. Cumhuriyetçiliğin dar anlamda değil geniş anlamda anlaşılması gerektiğini vurgulanmaktadır. 1982 Anayasası “milli egemenlik” ilkesini esas aldığına ve 2. maddesi ile Cumhuriyeti geniş anlamı ile ifade ettiğine göre, “Halkçılık ilkesi”nin bu yönünün de Anayasa’nın bu maddeleri içinde yer aldığı da söylenebilir.¹⁴⁰

Atatürk’ün anlayışında halkçılık; siyasi, ekonomik ve toplumsal uygulamalarda halkın çıkarının ön planda tutulmasını öngörür. Halkçılık, bireylerin siyasal bakımdan eşit, herkesin seçme ve seçilme hakkına sahip olması olduğu gibi; bireylerin hukuk önünde eşit olmaları ve hiçbir sınıfın, bireyin veya grubun ayrıcalığının olmaması da demektir

Halkçılığın bir yönü olan herhangi bir sınıfa ayrıcalık tanımamak dolayısıyla bireylerin kanun önünde eşit olması, demokrasinin doğal bir sonucu olduğu gibi hem Türkiye Cumhuriyetinin demokratik devlet niteliğini ifade eden 2. maddesi ile, hem de kanun önünde eşitlik öngören ve kimseye ayrıcalık tanınmayacağını ifade eden 10. maddesi ile, Anayasa’ya girmiştir.

Halkçılık ilkesi sosyal devlet, sosyal adalet, sosyal güvenlik ve birbirleri üzerinde egemenlik kurma anlamında sınıf mücadelesini reddetme kavramlarını içermektedir. Bu kavramlardan en kapsayıcı olan sosyal devlet ilkesi, 1982 Anayasası’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında açıkça sayılmıştır. Sosyal adalet ve sosyal güvenlik ilkeleri de değişik maddelerde, sınıf mücadelesinin reddi ise 14. madde de açıkça ifade edilmiştir.¹⁴¹ Halkçılık ilkesi bu yönleri ile de Anayasa metninde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin halkçılık ilkesinin açıkça ölçü norm olarak aldığı bir kararı bulunmamakla birlikte halkçılık ilkesinin içeriğini oluşturan demokratik devlet,

¹³⁹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 83.

¹⁴⁰ Aynı.

¹⁴¹ Aynı.

sosyal devlet, sosyal adalet, sosyal güvenlik, kanun önünde eşitlik kavramlarını ölçü norm olarak kullandığı kararları vardır. Bu kararlar ilgili bölümlerde ele alınmıştır.

2. 1. 2. Ölçü Norm Olarak Devletçilik İlkesi

1924 Anayasası'nda 1937 yılında yapılan değişiklikle "Devletçilik", Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte Atatürk İlkeleri başlığı altında bu Anayasalarda yer almaktadır. Kavram olarak incelendiğinde, dar anlamıyla devletçiliğin asıl görünümü ekonomidedir. Bu anlayışa göre devletçilik ekonomiye doğrudan müdahale eden bir sistemdir. Daha geniş anlamıyla ise devletçilik devlet yetkilerinin artması, genişlemesi, kamu hizmet ve faaliyetlerinin artması demektir. Bir tür devlet müdahalesi devletin kamu menfaati nedeniyle katılımıdır. Fakat devlet böyle bir müdahalede bulunurken klasik devlet teşkilatı yanı sıra, idari alanda teknik hizmet görme gereği, yeni teşkilat kurmaya, nitelik bakımından klasik devlet faaliyetlerinden farklı faaliyette bulunmaya mecbur kalmaktadır. Bu anlamda devletçilikte devlet, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın temel faktörü, hareket ettirici gücüdür.¹⁴²

Devletçiliğin uygulanması için gereken karma ekonomi özel teşebbüsün serbestliğini ve devlet işletmeciliğinin bir arada bulunmasını gerektirir. Karma ekonomi bir taraftan ekonomide devlet kontrolüne yer verme, devlet endüstrisi kurma ve geliştirme, diğer taraftan da özel teşebbüse sadece yer verme değil aynı zamanda geliştirme gibi temel ilkelere dayanır. Devletçiliğin asıl uygulama alanı da ekonomide görüldüğünden, devletçilikle karma ekonomi çoğu zaman eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Oysa karma ekonominin varlığı mutlaka devletçiliği gerekli kılmaz.¹⁴³

Devletçilik, özel sektörle resmi sektörü, özel teşebbüsle devleti, müteşebbis olarak bir arada gördüğünden ve devletin ekonomisinin bütününe etkileyecek kararların

¹⁴² Hasan Ünlü, "Atatürk'ün Devletçilik Anlayışı ve Merinos Fabrikası Örneği" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999), s. 34.

¹⁴³ Aynı, s. 17.

alındığı bir düzeni de ifade ettiğinden, ekonomik plan bu düzen için zorunlu olarak gereklidir.¹⁴⁴

Atatürk, uygulanması öngörülen devletçilik prensibini; “bütün üretim ve dağıtım vasıtalarını kişilerden alarak, milleti büsbütün başka esaslara göre düzenlemek amacını güden sosyalizm prensibine dayalı kolektivizm yahut komünizm gibi özel ve kişisel ekonomik teşebbüs ve faaliyete meydan bırakmayan bir sistem değildir”, “kişisel çalışma ve faaliyeti esas tutmakla beraber mümkün olduğu kadar az zaman içinde milli refaha, memleketi bayındırlığa erdirmek için milletin genel ve yüksek çıkarlarının gerektirdiği işlerle, özellikle ekonomik alanda devleti fiilen ilgili kılmaktadır”¹⁴⁵ sözleriyle açıklamıştır. Ayrıca devletçilikle ilgili şu esasları ortaya koymuştur:

“...Devletçilik özellikle sosyal, ahlaki ve millidir. Ferdi “içtimai insan” olarak mütalaa ettikten sonra, şu netice çıkarılıyor: siyasi ve fikri hayatta olduğu gibi ekonomik işlerde de fertlerin teşebbüsleri neticesini beklemek doğru olmaz. Önemli ve büyük işleri ancak milletin servetine ve devletin bütün teşkilat ve kuvvetine dayanarak, milli hâkimiyetin uygulanması ve düzenlenmesi ile vazifeli olan hükümetin mümkün olduğu kadar üzerine alıp hazırlaması tercih olunmalıdır.”

“...Ekonomik yöntem olarak ne liberalizm ne de sosyalizm kabul edilmiştir. Devletçilik ilkesi Türkiye’nin İhtiyaçlarından doğmuş ve Türkiye’ye has bir sistemdir.”¹⁴⁶

Bu ilkenin uygulanması ile ilgili olarak ise Atatürk şöyle söylemiştir:

“Kişinin çalışması esas olmakla beraber mümkün olduğu kadar az zaman içinde, milleti refaha kavuşturmak ve memleketi geliştirmek için, milletin genel ve yüksek menfaatlerinin icap ettirdiği işlerde, özellikle ekonomik alanda Devleti fiilen alakadar etmek mühim esaslarımızdandır.”¹⁴⁷

Buna göre Atatürk’ün devletçilik ilkesi belli bir sisteme yönelmeyen, liberalizme de sosyalizme de, özelleştirmeye de devletleştirmeye de eşit uzaklıkta duran milli refahı önde tutan bir sistemdir.

Anayasa’da devletin ekonomik hayata müdahalesinin ilkelerini gösteren genel bir hüküm olmamakla birlikte, çeşitli maddelerden yer alan ilkelerden bazı sonuçlar

¹⁴⁴ Aynı, s. 18.

¹⁴⁵ İnan, Afet A. **Türkiye Cumhuriyeti ve Türk Devrimi**, (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları 1991), s. 449.

¹⁴⁶ Ünlü, a.g.e., s. 162.

¹⁴⁷ Aynı, s. 163.

çıkartmak mümkündür. Anayasa'nın 5. maddesi, Devlete, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ölçüleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak görevini üstlenmiştir. Anayasa'nın 48. maddesine göre, Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Anayasa'nın 167. maddesine göre, Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır. Anayasa'nın 46. maddesine göre, Devlet, kamu yararının gerektirdiği hallerde özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları kamulaştırabilir. 47. maddesine göre kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsleri kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirebilir veya devletin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkları özelleştirebilir. Anayasa'nın 168. ve 173. maddeleri de Devletin ekonomik hayata müdahalesiyle ilgili hükümler içermektedir.

Devletin ekonomik hayata müdahalesiyle ilgili bu hükümlere rağmen, 1982 Anayasası'nda belli bir ekonomik sistem tercihi yoktur. Anayasa, siyasal iktidara belli bir ekonomik politika modelini empoze etmemiştir. Anayasamız liberal ekonomi politikalarına da, devletçi ekonomi politikalarına da açıktır. Anayasamız ekonomik modeller konusunda da yansızdır. Buna “Anayasa'nın ekonomik politika modelleri karşısındaki nispî tarafsızlığı” veya kısaca “ekonomik yansızlık” görüşü denebilir. Buna göre siyasal iktidarlar, ekonomik politikayı kendi siyasal tercihlerine göre belirleyebilirler.¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir.

Anayasa Mahkemesi özelleştirmeyi düzenleyen, “Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunu” denetlerken vermiş 18.02.1985 tarihli kararında¹⁴⁹ bu konudaki görüşlerini açıklamıştır:

“Atatürk'ün iktisadi görüşleri kati ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Başka, bir ifadeyle, ülkeyi geri kalmışlıktan kurtarmak için şartlara göre kamu kesimine veya özel kesime ağırlık verilmesinin bu görüşlere ters düştüğü söylenemez.”

¹⁴⁸ Özbudun, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁴⁹ AYM. E.1984/9, K.1985/4, K.T.18.02.1985, AMKD. ,Sy. 21, s. 60.

diyerek, Atatürk'ün ekonomik politikalarının ve devletçilik anlayışının “belirli bir ekonomik model” olmadığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi aynı kararında, “...Öte yandan, çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır” diyerek devam etmiş ve Anayasa'nın da belirli bir ekonomik modeli benimsemediğini açıkça belirtmiş ve bu kararında özelleştirmenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığını tespit etmiştir.

Bu kararına da atıf yaptığı aynı yöndeki 27.09.1985 karar sayılı kararında da “Anayasa, liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir” diyerek, Anayasa'nın belli bir ekonomik modeli benimsediği tezini bir kez daha çürütmüştür.

Anayasa Mahkemesi Maden Kanunu'na ilişkin olarak vermiş olduğu 24.12.1986 tarihli kararında¹⁵⁰:

“Madencilik sektöründe Devlet tekeline kaldıran ve özel işletmelere de yer veren 49. ve 50. maddelerin, Anayasa'nın Başlangıç'ında yer alan ‘Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri’ ile, Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesindeki ‘sosyal bir hukuk Devleti’ niteliği ve Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde yer alan ‘kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak’ amacı ile bağdaşmayan, onlara aykırı olan bir yönü yoktur. Çünkü Atatürk ilke ve inkılâpları içinde yer alan ‘Devletçilik’ ilkesi, katı doktriner bir tercihi yansıtmaz. Cumhuriyet'in Kuruluş Dönemi'nde dahi, Devletçilik ilkesinin özel sektörün sermaye ve teknoloji birikimi yönünden yetersiz kaldığı alanlarda uygulandığı, özel sektörün herhangi bir alanda yatırım yapmak istemesi halinde kendisine hiçbir şekilde engel olunmadığı, aksine, çeşitli önlemlerle teşvik edilmiş olduğu bilinmektedir”(a.b.ç.)

derken, hangi tür girişime ağırlık verileceğine ilişkin bir Anayasal düzenleme olmadığını vurgulayarak ülkenin içinde bulunduğu koşullara göre değerlendirme yapılmasını aramıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararında ülkenin Cumhuriyet dönemi boyunca benimsemiş olduğu madencilik sektörüne ilişki politikalarını değerlendirmiş ve aynı yönde “Kısaca incelenen bu tarihi gelişim, Türkiye’de madencilik sektörünün hukukî yönden Devlet hâkimiyeti rejimine bağlı tutulduğunu, ancak günün koşullarına göre bazen Devletçiliğe bazen da ferdiyetçiliğe nispi bir ağırlık verildiğini göstermektedir” demiştir.

¹⁵⁰ AYM. E. 1985/20, K. 1986/30, K.T.24.12.1986, AMKD., Sy. 22, s. 524.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın belli bir ekonomik modeli benimsemediğini açıkça söylediği 8.12.1988 tarihli Sosyalist Parti kararında¹⁵¹ ise, "...bir siyasi partinin Anayasa'daki ilke ve koşullara aykırı düşmeyecek biçimde ekonomik tercihlerini belirlemesi mümkündür. Anayasa'da, ekonominin karakterinin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural bulunmamaktadır" demiştir. Böylece Anayasa'daki ilke ve kurallara uymak kaydıyla iktidarların istedikleri ekonomik modeli seçme hakkına sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarından da Anayasa'nın "belli bir ekonomik model" benimsemediği; Anayasada, iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmadığı; Anayasa'nın özelleştirmeye de kamulaştırmaya da eşit uzaklıkta durduğu anlaşılmaktadır.

2.2. Ölçü Norm Olarak Anayasa Metninde Geçen Atatürk İlkeleri

1982 Anayasası Atatürk ilkelerinden cumhuriyetçilik, milliyetçilik ve laiklik ilkelerine, Anayasa'nın Başlangıcında, 1 ve 2. maddelerinde yer vermiştir. Bu ilkelere Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler bölümünde değinilecektir.

2.3. Ölçü Norm Olarak Atatürk İnkılâpları ve İnkılâpçılık İlkesi

"Atatürk ilke ve inkılâpları" deyimine 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde ve 42, 58, 81 ve 134. maddelerinde yer verilmiştir. Ayrıca Anayasamızın 174'üncü maddesinde İnkılâp Kanunları şu şekilde belirlenmiştir:

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;
3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;

¹⁵¹ AYM. E. 1988/2, K. 1988/1, K.T. 08.12.1988, R.G.: 16.05.1989/20750.

4. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikah esası ile aynı kanunun 110 uncu maddesi hükmü;
5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;
6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında kanun;
7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Ünvanların Kaldırıldığına dair Kanun;
8. 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

Atatürk ilke ve inkılâpları deyimiyle kastedilenin 174. maddede sayılan koruma altına alınan “inkılâp kanunları” ile sınırlı olup olmadığı açık olmamakla birlikte doktrinde ağırlıklı olan görüş diğer maddelerde yer alan “Atatürk İnkılâpları” deyişinin kapsamının 174. maddede sayılanlarla sınırlanması gerektiğidir.¹⁵²

Anayasanın 174’üncü maddesinin ilk fıkrasına göre, İnkılâp Kanunlarının amacı, “Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma” ve “Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma” dır. 174. maddenin gerekçesinde ise “Türk milleti bu inkılâpların bilincine varmış ve onlarla ilgili değerlendirmelerini etrafında toplandığı fikirler nüvesine katmıştır.” denilmiş bununla birlikte “zaman zaman Atatürk inkılâplarının anlamını kavrayamayanların belirledikleri görüldüğünden, inkılâpları Anayasa’nın himayesine alan 1961 Anayasası’ndaki hükmün yeni Anayasa’da korunması yerinde görülmüştür.” denilerek inkılâplar Türk toplumunda yerleşmiş olsa da korunması gereğinin halen sürdüğü belirtilmiştir.

1982 Anayasası da Başlangıç’ının 3. ve 10. paragraflarının birlikte yorumunda, “Anayasa’nın Atatürk inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanacağı” ve Başlangıç’ın 7. paragrafında, “Hiçbir faaliyetin Atatürk ilke ve inkılâpları karşısında korunma göremeyeceği” ilkeleri yer almaktadır.

¹⁵² Bkz. Özbudun, **a.g.e.**, s. 384-385, Gözler, **a.g.e.**, s. 200, Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 98-99,

Yine 174. maddede “aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasa’nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı.” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm öğretide farklı şekillerde değerlendirilmiştir.

Soysal’ a göre bu maddeyle, bu maddede sayılan inkılâp kanunları “değiştirilme bakımından özel koşulları gerektirecek bir sağlamlığa kavuşturulmuş değildir.” İnkılâp kanunlarının Anayasa’ya aykırılığın söz ederek Anayasa Mahkemesi’ne başvurulacak olsa bile, Anayasa Mahkemesi “Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesine ulaştırma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma” amacı güden bu yasaları Anayasaya aykırı bulamayacaktır. Soysal burada yapılanın Anayasa Mahkemesi’nin “yorum yetkisinin sınırlanmasından” ibaret olduğu görüşündedir.¹⁵³

Özbudun’ a göre ise “İnkılâp kanunları diğer kanunlardan farklı bir statüyle korunmuşlardır.” 174. madde hükmüne göre söz konusu kanunların Anayasaya aykırılığı yargı önünde ileri sürülemez. İnkılâp Kanunlarının yasama organınca değiştirilmesi yasaklanmamıştır. Bununla birlikte, bunları değiştiren bir kanunun, Anayasa’nın laiklik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesi ihtimali çok büyüktür.¹⁵⁴

Gözübüyük ise devrim yasalarının değiştirilebileceğini, ancak bunların yürürlükte olan diğer yasalar gibi, def’i yoluyla Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini ve Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilemeyeceklerini belirtmiştir.¹⁵⁵

Yüzbaşıoğlu ise yalnızca 174. maddeyi göz önüne alarak inkılâp kanunlarına ilişkin rejimi değerlendirmenin yetersiz olacağı görüşündedir. Başlangıç hükümleri de göz önüne alındığında, Cumhuriyet’in nitelikleri olarak Atatürk inkılâplarının “Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği korunmasının” ötesinde, Anayasa değişikliği ile bile “değiştirilememe ve değiştirilmesi teklif dahi edilememe” koruması vardır. Yüzbaşıoğlu Anayasa’nın Atatürk İlke ve İnkılâplarının kurallar

¹⁵³ Soysal, **a.g.e.**, s. 263.

¹⁵⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁵⁵ Gözübüyük, **a.g.e.**, s.162.

kademelenmesindeki yerini belirlerken, Anayasa kurallarının da üstünde ya da en azından Anayasa'daki tüm kuralların bunlara “uygun yorum” zorunluluğunu getiren, Anayasa'nın ruhuna egemen değeri olduğunu düşünmektedir.

İnkılâpçılık prensibi Atatürk tarafından konup açıklaması yapıldığı 1935'te: “Parti Devlet yönetiminde tedbir bulmak için dereceli ve evrimsel prensiplerle kendini bağlı tutmaz. Ulusumuzun sayısız özverilerle başarmış olduğu devrimlerden doğan olgunlaşan prensiplere bağlı kalmak ve onları korumak, parti için esastır.”¹⁵⁶ şeklinde tanımlanmıştır.

İnkılâpçılık ilkesinin iki yönü bulunmaktadır. Birincisi, yapılan inkılâpları tavizsiz olarak uygulamak ve korumak, ikincisi ise çağdaş uygarlık düzeyine erişilmesi için yeni inkılâplar yapmaktır. Anayasa Mahkemesi de 4 Kasım 1986 tarihli Kararında 174. maddede de belirtildiği gibi “Bu maddenin getiriliş amacının lâik devlet düzeninin korumak olduğu yönü tartışma götürmez. Madde de devrim kanunları olarak adlandırılan yasaların bir kısmı, devletin lâiklik niteliği ile ilgili bulunmaktadır” diyerek İnkılâp Kanunları'nın Anayasa'da yer alma amacının laik devlet düzenini korumak olduğunu yinelemiştir.

Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 tarih Kararında da İnkılâp Kanunlarının “Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını” güttüğünü vurgulamıştır.¹⁵⁷ Yine bu kararda 174. madde ile koruma altına alınan İnkılâp Kanunlarının, “Türk toplumunu sonsuza dek yaşatacak değerde” oldukları belirtilmiştir:

“174. maddede belirtilen Devrim yasaları birbirleriyle sıkı ilişki içindedir. Hepsi laiklik konusunda ayrı bir alanı düzenleyerek ülkenin çağdaş yapısını kurmuşlardır. Her biri başlı başına büyük önem taşıyan ve birer devrim anıtı olan bu yasalar, Türkiye Cumhuriyeti'ni sonsuz dek yaşatacak değerdedir.”¹⁵⁸

Aynı kararda devamla “174. maddede korunan laiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri göz

¹⁵⁶ İnan, a.g.e., s. 199.

¹⁵⁷ AYM. E. 1989/1, K.1989/12, K.T. 7.03.1989, R.G.: 05.07.1989/20216.

¹⁵⁸ AYM. E. 1989/1, K.1989/12, K.T. 07.03.1989, R.G.: 05.07.1989/20216.

ardı ederek dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural, Anayasa'nın 174. maddesine aykırıdır.” diyerek İnkılâp Kanunları'nı ölçü norm olarak kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Atatürk'ün inkılâpçılık ilkesini sadece bu İnkılaplar'ın korunması anlamında değil, hareketsizliğin tersi anlamında, “sürekli değişiklik” olarak tanımlamıştır. “İnkılâpçılık” terimi yerine “devrimcilik” terimini kullandığı 11-25 Şubat 1975 tarih ve K.1975/22 sayılı Kararında belirttiği görüşlerini tekrar ettiği 25 Ekim 1983 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir:

“Burada özellikle Atatürk devrimleri deyimi üzerinde durmak gerekir. Devrim kavramı, sözcüğün açık anlamından da belirleneceği üzere, durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tersidir. Devrimcilikte hiçbir zaman duraklama yoktur. Bilim ve tekniğin gelişmesiyle modern toplum yaşamının koşulları da sürekli değişikliğe uğrar. Kendisini bu değişikliğe uyduramayan, yani devrim yapamayan sosyal topluluklar çağın gerisinde kalmaya ve ileri toplumların sömürgesi olmaya mahkûmdurlar. İşte Atatürk devrimlerinde temel amaç, geri kalmışlıktan kurtulmak, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmaktır. Belirli bir süre geçtikten sonra, Atatürk devrimlerinin amaçlarına ulaştığı ve artık yeni bir atılıma gereksinme duyulmayacağını kabul etmeye olanak yoktur. Çünkü, Atatürk devrimleri çağdaş uygarlık düzeyi doğrultusunda sürekli hareket halindedir ve birbirini ara vermeden izlerler” (a.b.ç.)¹⁵⁹

Bu karar Gözler'in oldukça sert eleştirilerine neden olmuştur. Gözler sürekli devrim tezinin yanlış olduğunu düşünmekle beraber Anayasa Mahkemesi'ni “devrim” kelimesinin anlamını bilmemekle eleştirmiştir. Gözler' e göre Atatürk'ün inkılâpçılık ilkesi, Atatürk'ün yaptığı eğitim-öğretim, giyim, yazı gibi alanlarda yaptığı birtakım inkılâpların korunması anlamına gelmektedir. Yazara göre, İnkılâpçılığın kurulu bir hukuk düzeninde bundan başka bir anlamı olamaz; Anayasamıza göre inkılâplar bir kere yapılmıştır ve bunlar korunmalıdır. Her gün inkılâp yapılması düşünülemez.¹⁶⁰ Yüzbaşıoğlu ise anılan karara katılmakta, İnkılâpçılığın dinamik ve değişken olduğunu sürekli ilerleme gerektirdiği belirtmektedir.¹⁶¹

Anayasa Mahkemesi türban kararı olarak anılan ve laiklik ilkesi ile ilgili kararlarda geniş olarak ele alınacak olan 1989/1 esas sayılı Kararında İnkılapların

¹⁵⁹ AYM. E. 1985/2, K. 1983/2, K.T. 25.10.1983, (www.anayasa.gov.tr/general/kararlar/bilgibank.asp 20.02.2007).

¹⁶⁰ Gözler, a.g.e., s. 199.

¹⁶¹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 103.

“çağdaşlaşma” amaçlı olduğunu ve 1982 Anayasası’nın temel dayanağını oluşturduğunu belirtmiştir:

“...Atatürk ilke ve inkılâplarıyla daha açık bir anlatımla Türk Devrimleriyle birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. Çünkü Türk Devrimi, Atatürk’ün önderliğinde gerçekleştirilen ulusal bağımsızlığın ve çağdaşlaşma hareketinin adıdır ve bu düşünce sistemi 1982 Anayasasının temel dayanağını ve felsefesini oluşturmuştur.”

Anayasa Mahkemesi yine 7 Mart 1989 tarihli kararında,

“... Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır. 174. maddede korunan lâiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri gözardı ederek dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural, Anayasa’nın 174. maddesine de aykırıdır.”¹⁶²

diyerek Yükseköğretim kurumlarında türban kullanımını 174. Maddeye de aykırı bulmuş ve laiklik ilkesine Anayasa’nın özel bir önem ve üstünlük tanıdığını belirtmiştir.

Doktrindeki görüşlere bakıldığında, Gören Anayasa Mahkemesi kararlarından, Atatürk ilke ve inkılâplarını Anayasa kurallarının da üstün tuttuğu sonucunu çıkartmıştır.¹⁶³ Yüzbaşıoğlu’na göre de Atatürk ilke ve inkılâplarının, diğer Anayasa hükümlerine yaptırımını “Atatürk ilke ve inkılâplarına uygun yorum” olan bir üstünlüğü bulunmaktadır.¹⁶⁴ Kanaatime göre ise Anayasa’nın Başlangıç’ında Anayasa’nın diğer hükümlerinin Atatürk ilke ve inkılâplarına uygun yorumlanması gerektiğini söylemesi, Atatürk ilke ve inkılâplarını diğer Anayasa hükümlerinin üstünde bir değere sahip kılmaz. Esasen Anayasa hükümleri arasında bir kademelenme de olamaz. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi’nin bir sonraki bölümde de yer alan kararlarına baktığımızda, Anayasa metninde açıkça yer alan ilkeler, özellikle laiklik ilkesi ile ilgili kararlarında Anayasa hükümleri arasında kademelenme olduğunu varsaydığı açıkça görülmektedir.

¹⁶² AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1989, R.G: 05.07.1989/20216, s. 29

¹⁶³ Gören, **a.g.e.**, s. 290.

¹⁶⁴ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 105.

3. CUMHURİYETİN NİTELİKLERİNE İLİŞKİN İLKELER

1982 Anayasası'nın 1. maddesi, aynen 1924 ve 1961 Anayasalarının 1. maddeleri gibi. “Türkiye Devleti bir cumhuriyettir.” hükmünü getirdikten sonra, 2. madde Cumhuriyetin niteliklerini saymaktadır. Bu maddeye göre. “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliği'ne bağlı başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.”¹⁶⁵ Cumhuriyet'in niteliklerinin ölçü norm olarak değerlendirilmesi bu bölümün konusudur.

3.1. Ölçü Norm Olarak Cumhuriyetçilik İlkesi

Hukuki açıdan cumhuriyet kavramı iki anlamda kullanılabilmektedir: Dar anlamda cumhuriyet ve geniş anlamda cumhuriyet.

Dar anlamda Cumhuriyet, monarşinin karşıtı olarak: “Devlet başkanının ve devletin diğer organlarının seçimle ve belli süreler için göreve geldiği hükümet (yönetim) biçimidir” şeklinde tanımlanır.¹⁶⁶ Bu görüşe göre devlet başkanının seçimle yahut zor kullanarak işbaşına gelmiş olmasının bir önemi yoktur. Hükümet ister tek bir kişiye verilsin, ister bir topluluğa verilsin, veraset yoksa söz konusu devlet bir cumhuriyettir.¹⁶⁷

Geniş anlamda cumhuriyet ise, egemenliğin bir kişi (monark) ya da zümreye (aristokrasi) değil, toplumun tümüne ait olduğu modeli ifade eder.¹⁶⁸ Bu anlayışta, cumhuriyet, sadece monarşinin tersi değil, aynı zamanda demokrasinin eş anlamlısıdır.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Özbudun, **a.g.e.**, s. 69.

¹⁶⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 58.

“Léon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing**, 3. Edition, 1928, C. II, 770-771, 781-793”, Gözler, **a.g.e.**, s.107-108'den naklen.

¹⁶⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁶⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 108.

Cumhuriyet kavramı dar anlamıyla ele alındığında görülür ki: Bir ülke monarşi olmakla birlikte, demokratik olabilir; ya da bir ülke monarşi olmakla birlikte, antidemokratik, yani otoriter rejime sahip olabilir.¹⁷⁰ Türk İnkılâbının ortaya çıkardığı Cumhuriyetçilik anlayışı, salt hükümdarlığın reddi anlamında bir cumhuriyetçilik değil demokratik bir Cumhuriyetçiliktir.¹⁷¹ Atatürk’e göre: “Demokrasi prensibinin en uygar ve mantıklı uygulanmasını sağlayan hükümet şekli Cumhuriyettir.” “Cumhuriyette son söz ulus tarafından seçilmiş Meclis’tedir; ulus adına her türlü kanunları o yapar; hükümete güven verir ve onu düşürür.”¹⁷²

Anayasamızın 1. maddesinin gerekçesinde de “Devlet Başkanının veraset yoluyla değil milletçe veya milletin temsilcisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce seçilerek makamına geleceği açıklanmaktadır” ifadesi bulunmaktadır.

1982 Anayasası’na göre, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuku devletidir.” Ayrıca, Anayasa’nın 4. maddesi uyarınca da, “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve Cumhuriyetin nitelikleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez.”

Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası döneminde “cumhuriyet”i tanımladığı kararları bulunmamakla birlikte, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında Anayasa’da geçen cumhuriyet terimini yorumlamıştır. Cumhuriyeti “devlet sistemi” olarak tanımlamış¹⁷³ ve cumhuriyet “yurdumuzda siyasal iktidarın bütün öğeleriyle birlikte Ulusa geçişi”dir diyerek¹⁷⁴ cumhuriyetin geniş yorumunu benimsemiştir.

¹⁷⁰ Atar, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁷¹ Gören, **a.g.e.**, s. 84.

¹⁷² İnan, **a.g.e.**, s. 32.

¹⁷³ AYM. E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.06.1970, AMKD., Sy. 8, s. 323.

¹⁷⁴ AYM. E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.04.1975, AMKD., Sy. 13, s. 428.

3.2. Ölçü Norm Olarak İnsan Haklarına Saygılı Devlet İlkesi

1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre Cumhuriyet'in niteliklerinden biri de “insan haklarına saygılı olmak”tır.

Haklar ve özgürlükler alanı için kullanılan terimler çeşitlilik göstermektedir. Bu terimlerden en geniş kapsamlı olanı “İnsan Hakları”dır. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 1948 yılında kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”nin sözleriyle bu kavram “ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyaset veya diğer herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin tüm insanların yararlanabileceği bir haklar ve özgürlükler idealini dile getirir.”¹⁷⁵ İnsan hakları pozitif hukukta düzenlenmiş, başta Anayasa olmak üzere yazılı hukukta belirtilen haklarla sınırlı değildir. Hem yazılı hukuktaki hem de bunun dışındaki ve üstündeki haklardır. Belli bir ülkede ve belli dönemde Anayasa ve yasalarla tanınan hakları aşar, yer ve zaman sınırlaması ile bağlı değildir. Ayırım gözetmeksizin tüm insanlara tanınması gereken haklardır. Tüm insanların ortak değerleri, ulaşmayı amaçladığı ortak ülküleridir. İnsan hakları terimi, insanlığın herhangi bir gelişim çağında, teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal haklar listesini ifade eder.¹⁷⁶ Buna “soyut anlamda insan hakları” da denir. Soyut anlamdaki insan haklarının bir bölümünün, hukuksal güvenceye kavuşturulması, pozitif hukukun bir parçasını oluşturması durumunda ise “somut insan hakları”ndan söz edilir. “İnsan hakları”, “Temel haklar”, “Kamu özgürlükleri” deyimleri çoğu kez eş anlamda kullanılan deyimlerdir. Anayasamız 2'nci maddesi dışında “insan hakları” terimini kullanmamaktadır. (Bu terim istisnaen 68, 81 ve 103'ncü maddelerde de geçmektedir.) Anayasamızın ikinci kısmında (A.Y. m.12-74) kullanılan terim “temel hak ve hürriyetler”dir. Anayasamız bu konuda düzenleme yaparken “temel hak ve hürriyetler” terimini kullanmasına rağmen, “cumhuriyetin nitelikleri” veya diğer bir ifadeyle “temel ilkeleri”ni belirtirken “insan hakları” terimini kullanmış olması da tesadüfî değildir. Anayasa, “Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı bir devlettir” derken bahsedilen, bir “ideal”, bir “olması gereken”dir.¹⁷⁷ 1961 Anayasası devletin niteliklerini sayarken, “insan haklarına dayanan devlet” demiş (m. 2), 1982 Anayasası ise “insan haklarına

¹⁷⁵ Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş** (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2001), s. 37.

¹⁷⁶ Münici Kapani, **Kamu Hürriyetleri** (Ankara: Yetkin Yayınları, 1993), s. 14.

¹⁷⁷ Gözler, **a.g.e.**, s. 120.

saygılı devlet” formülünü kullanmıştır (m. 2). İki yazım arasında anlam ve içerik farklılaşması olup olmadığı konusunda iki tür yorum yapılmıştır.

Bir yoruma göre, temel bir yaklaşım farkı iki anayasayı birbirinden ayırır. 1982 metninde insan hakları, saygı duyulması gereken bir değerler bütünüdür, ama artık devletin temel dayanaklarından ya da varoluş nedenlerinden biri değildir. Burada devlet, öncelikle başka amaçlar için vardır: “Toplumun huzuru, milli dayanışma, adalet anlayışı” . Öncelik devlettedir; ikinci sıra insan hak ve özgürlüklerindedir.¹⁷⁸ Bir başka görüşe göre ise, “insan haklarına dayanan devlet” ve “insan haklarına saygılı devlet” ifadeleri arasında iddia edildiği gibi köklü bir anlam ve yaklaşım farkı yoktur; var olan şey bir üslup farkından ibarettir.¹⁷⁹

Bununla birlikte 2001 Yılında yapılan değişiklikle Anayasa’nın 14. maddesine “insan haklarına dayanan... Cumhuriyet” ibaresinin eklenmesi ile bu tartışma büyük ölçüde anlamsızlaşmış ve Anayasa ilk şekline oranla özgürlükçü anlayışa yaklaşmıştır.

Bir diğer tereddüt ise “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde” ifadesine yüklenecek anlam noktasındadır. Bu kavramlar “insan haklarına saygılı devleti” nitelendiren onun çerçevesini oluşturan kavramlar olarak mı, yoksa ondan tamamen bağımsız olarak mı kullanılmaktadır. Özbudun’a göre birinci yorumun kabul edilmesi, insan hakları üzerindeki vurgulamayı zayıflatacaktır. Özbudun, iki ibarenin virgülle ayrılmış olması sebebiyle ikinci yorumun benimsenmesi ve insan haklarına saygının, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet kavramları ile çerçevelendirilmiş olmadığının kabulünün daha doğru olacağı görüşündedir.¹⁸⁰ Gözler’e göre de bu sıfatlar Türkiye Cumhuriyeti’nin nitelikleri olarak sayılmıştır.¹⁸¹ Atar’da aynı görüştedir.¹⁸² Kanımca da bu kavramlar, insan haklarına saygılı olmak ilkesinden bağımsız olarak Türkiye Cumhuriyeti’ni nitelemektedirler.

¹⁷⁸ Soysal, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁷⁹ Özbudun, **a.g.e.**, s. 98-99; Gözler, **a.g.e.**, s.104-105; Atar, **a.g.e.**, s. 85.

¹⁸⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 97-98.

¹⁸¹ Gözler, **a.g.e.**, s. 122.

¹⁸² Atar, **a.g.e.**, s. 86.

Soysal ise bu kavramların “insan haklarının” çerçevesini oluşturduğu görüşündedir. Soysal, devletin “insan haklarına saygılı” olmaktan önce “toplumun huzuru milli dayanışma ve adalet anlayışı” için var olduğunu ve bu çerçeve içinde “insan haklarına saygılı” olduğunu belirtmektedir.¹⁸³ Tanör de, Anayasa’nın “otorite hürriyet dengesinde otoritenin ağırlığı”nı arttırdığını, bir an için “toplum huzuru, milli dayanışma” gibi kavramların insan haklarını çerçevelemediği kabul edilse bile, bunların devletin niteliklerini gösteren aynı hüküm içinde ve ön sırada yer almakta ve bu nedenle de kaçınılmaz bir şekilde insan hakları üzerinde bir denge ve denetim rolü oynamakta olduklarını ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi de 13 Haziran 1985 tarihli kararında “1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasası’na, nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.” diyerek “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet” kavramlarının insan haklarının çerçevesini çizdiğini savunan görüşü doğrular nitelikte görüş bildirmiştir.¹⁸⁴

Anayasa Mahkemesi 6 Ekim 1986 tarihli kararında da “demokratik toplumu” yorumlarken, Anayasa’daki özgürlükleri “bu Anayasa’da” belirtilenle sınırlamış ve “burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”¹⁸⁵ demiştir. Böylece “insan haklarına saygılı devlet”te, hak ve özgürlükleri bu Anayasa’da belirtilenle sınırlayarak, Anayasa’yı “otoriter” okumuştur. Bu durumda 1982 Anayasası’nın öngördüğü hukuk düzeninin, bu Anayasa ile sınırlı, demokratikliği de uluslararası ölçütlere göre değil, ulusal planda kendi kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir hukuk düzeni olduğu ileri sürülebilse de Anayasa Mahkemesi aksi görüşleri içeren pek çok kararı da bulunmaktadır.

26 Kasım 1986 tarihli kararında ise Anayasa’nın özgürlük anlayışı ile ilgili olarak “Anayasamız özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların

¹⁸³ Soysal, **a.g.e.**, s. 86.

¹⁸⁴ AYM. E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13.06.1985, AMKD., Sy. 21, s. 173.

¹⁸⁵ AYM. E.1985/21, K.1986/23, K.T. 06.10.1986, AMKD., Sy. 22, s. 224.

kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir.”¹⁸⁶ diyerek tam tersine yorum yapmıştır.

3.3. Ölçü Norm Olarak Atatürk Milliyetçiliğine Bağlı Devlet İlkesi

Türkiye Cumhuriyeti’nin niteliklerinden bir diğeri “Atatürk Milliyetçiliği’ne bağlı olma”dır. “Milliyetçilik” ilkesi, ilk defa 1924 Anayasası’nın 2. maddesine 1937 yılında girmiştir. 1961 Anayasası’nda ise bunun yerine “milli devlet” deyimini kullanılmıştır. Milliyetçilik ilkesinin, yanlış anlama ve yorumlara yol açması tehlikesinin önlenmesi için bu yol tercih edilmiştir. Yine aynı amaçla 1982 Anayasası’nda “Atatürk Milliyetçiliği” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile, Türkiye Cumhuriyeti’ne hâkim olan milliyetçilik anlayışının üzerinde gereksiz tartışmalara girilmesi ihtimali ortadan kaldırılmıştır.¹⁸⁷

Milliyetçilik, millet temeline dayanmaktadır. Milleti oluşturan topluluğun aralarındaki bağların niteliğine göre, iki değişik millet anlayışı vardır. Objektif ve sübjektif millet anlayışı.

Objektif anlayışa göre, millet birtakım “objektif bağlar” ile birbirine bağlanmış insanların oluşturduğu bir topluluktur. Bu bağlar maddi niteliktedir. Irksal, dilsel ve dinsel bağlar buna örnek verilebilir.

Sübjektif anlayışa göre ise, millet bazı “sübjektif bağlar” ile birbirine bağlanmış insanların oluşturduğu topluluktur. Bu bağlar manevi niteliktedir. Milleti oluşturan insanları birbirine bağlayan bu sübjektif bağlar arasında mazi, hatıra, amaç, ideal, istikbal, ülkü birliği, bulunur.

Atatürk, milletin tanımında, “sübjektif millet” anlayışını benimsemiş ve “bir harstan (kültürden) olan insanlardan mürekkep cemiyete millet denir, dersek milletin en

¹⁸⁶ AYM. E.1985/8, K.1986/27, K.T.26.11.1986, AMKD., Sy. 22, s. 365.

¹⁸⁷ Özbudun, **a.g.e.**, s. 74.

kısa tarifini yapmış oluruz.” demiştir. Atatürk’ün verdiği daha geniş bir tanım da gene tümüyle sübjektif unsurlar içermektedir. Buna göre,

“a) Zengin bir hatıra mirasına sahip bulunan ;

b) Beraber yaşamak hususunda müşterek arzu ve muvafakatte samimi olan;

c) Ve sahip olunan mirasın muhafazasına beraber devam hususunda iradeleri müşterek olan insanların birleşmesinden meydana gelen cemiyete millet namı verilir. Bu tarif tetkik olunursa, bir milleti teşkil eden insanların rabitalarındaki kıymet, kuvvet ve vicdan hürriyetiyle insani hisse gösterilen riayet kendiliğinden anlaşılır. Gerçekten, maziden müşterek zafer ve yeis mirası; istikbalde gerçekleştirilecek aynı program; beraber sevinmiş olmak, beraber aynı ümitleri beslemiş olmak; bunlar elbette bugünün medeni zihniyetinde, diğer her türlü şartların üstünde mana ve şümül alır.”¹⁸⁸

Atatürk’ün milliyetçilik anlayışı, 1982 Anayasası’nın Başlangıç bölümüne de çeşitli ifadelerle yansımıştır. Buna göre Türk Milleti, “dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi”dir. Bu sözlerle Türk milliyetçiliğinin, başka milletleri düşman veya aşağı gören şoven ve saldırgan bir dünya görüşü olmadığı açıkça anlatılmaktadır. Buna paralel olarak, Başlangıç’ın 7. paragrafında Atatürk’ün “Yurtta sulh, cihanda sulh” ilkesine yer verilmiştir. Aynı paragraf, “toplucu Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ortak” olduğunu belirtmek suretiyle, Atatürk’ün millet tanımındaki unsurları tekrarlamıştır. Bu tanımdan, Anayasamızın benimsediği milliyetçilik anlayışının, ırk, dil ve din gibi objektif benzerliklere değil; kader, kıvanç ve tasa ortaklığına ve birlikte yaşama arzusuna dayanan sübjektif milliyetçilik anlayışı olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu ilkenin doğal bir sonucu da, Anayasamızın 66. maddesinde yer alan “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.” hükmüdür.¹⁸⁹

Anayasa Mahkemesi 18 Şubat 1985 tarihli kararında¹⁹⁰ Atatürk Milliyetçiliği kavramını tanımlamış: “Atatürk Milliyetçiliği, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk sayan, dil, ırk ve din gibi düşüncelerle yapılacak her türlü ayırımı ret

¹⁸⁸ Özbudun, a.g.e., s. 74-75.

¹⁸⁹ Özbudun, a.g.e., s. 75.

¹⁹⁰ AYM. E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.02.1985, AMKD., Sy. 21, s. 59.

eden, birleştirici ve bütünleştirici bir anlayışı temsil eder” demiş ve Atatürk Milliyetçiliğinin ırkçılığa karşı, eşitlikçi yönünü vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi Atatürk Milliyetçiliğinin yabancı sermayeye de engel bir yönü bulunmadığını da belirtmiştir. 24 Aralık 1986 tarihli kararında:

“Yabancı sermayenin sadece madencilik sektöründe değil, herhangi bir sektörde yatırım yapması, uluslararası ilişkilerin yaygınlaştığı günümüz dünyasında, ‘Milliyetçilik’ ilkesine ters düşen bir durum sayılamaz. Bugünün gelişmiş ülkelerinde dahi, yabancı sermayenin yatırım yapması, tabii bir ekonomik girişim olarak kabul edilmektedir. Azgelişmiş ekonomiler ise yabancı sermayeyi kendi ülkelerine çekip ekonomik kalkınmayı hızlandırmaya çalışmaktadırlar. Milliyetçilik, yabancı sermayeye karşı olmak değil, yabancı sermayenin ulusal amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılmasını sağlamak olarak anlaşılmalıdır.”¹⁹¹

diyerek, yabancı sermaye karşısında milliyetçilik ilkesinin yerini ortaya koymuştur.

7 Mart 1989 tarihli kararında¹⁹² ise Anayasa Mahkemesi Atatürk Milliyetçiliğinin, Türk Milliyetçiliğini de kapsadığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi:

“Atatürk Milliyetçiliği, gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan Türk milliyetçiliğinin Türk olmak mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adıdır.”

demekle, Atatürk Milliyetçiliğinin, kendine has özelliklerini ve bağımsızlığını korumak anlamına gelen Türk milliyetçiliğini de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunu vurgulamıştır.

Aynı kararında önceki içtihatları doğrultusunda Atatürk Milliyetçiliğinin birleştiricilik yönünü belirtirken, bunun “geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği”nden doğan ulus anlayışından kaynaklandığını da eklemiştir: “Din ve mezhep bağının yerini Türk ulusçuluğu bağı almıştır... Geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de öğeler arasına alınmaktadır... Bu da birleştiricilikle sonuçlanır. Birleştiricilik dinsel bağda değil, Atatürk milliyetçiliğinde, ulus bağında, ulusal değerlerdedir.” diyerek laiklik ilkesi ile milliyetçilik ilkesi arasında bağlantı kurmuştur.

¹⁹¹ AYM. E. 1985/20, K. 1986/30, K.T. 24.12.1986, AMKD., Sy. 22, s. 524.

¹⁹² AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1989, R.G., 05.07.1989/20216, s. 29.

3.4. Ölçü Norm Olarak Demokratik Devlet İlkesi

Demokrasi tanımının zorluğu konusunda Harold J. Laski ,

“Hiçbir demokrasi tanımı kavramın çağrıştırdığı geniş tarihi yeterli biçimde içeremez. Bazılarına göre demokrasi bir hükümet biçimi iken, diğerlerine göre bir sosyal yaşam biçimidir. İnsanlar demokrasinin özünü seçmenin niteliğinde, hükümetle halk arasındaki ilişkide, vatandaşlar arasında geniş ekonomik farklılıkların yokluğunda, doğum veya servet, ırk veya mezhebe dayalı ayrıcalıkların tanınmamasında bulmaktadır. Kaçınılmaz biçimde demokrasinin özü zamana ve yere göre değişikliğe uğramıştır. Bazı yönetici sınıf üyelerine göre demokrasi olarak adlandırılan rejim, o ülkenin daha fakir vatandaşlarına göre ise dar ve savunulamaz bir oligarşidir. Yaşamın her alanında demokrasinin uygulanabilme olasılığı vardır ve bu alanların her birinde demokrasi kavramı tatmin edici ve evrensel genellemelere izin vermeyen özel sorunlar yaratır.”

demidir.¹⁹³ Bununla beraber demokrasi iki değişik anlamda tanımlanmakta ve buna paralel iki değişik demokrasi teorisinden bahsedilmektedir: Normatif ve ampirik demokrasi teorisi.

Normatif demokrasi teorisi, demokrasiyi sözlük anlamından hareketle tanımlar. Demokrasi eski Yunanca halk anlamına gelen “demos” ve yönetmek anlamına gelen “kratein” sözcüklerinin birleşmesiyle oluşmuştur ve bu anlamıyla “halkın yönetimi” demektir.

Normatif anlamda demokrasi bir ideali, bir olması gerekeni yansıtır. Bu anlamda bir rejimin demokratik olabilmesi için, halkın bütününün arzularına tam olarak uyması gerekir. Normatif anlamda demokrasi, demokratik rejimlerin ulaşmayı düşledikleri bir idealden başka bir şey değildir. Şüphesiz bu ideal reddedilemez; ancak, demokrasilerin bu idealle tanımlanması doğru olmaz. Zira demokrasi bu şekilde tanımlanırsa, yeryüzünde demokratik rejim kalmaz. O nedenle bir başka demokrasi teorisine ihtiyaç duyulmuş ve ampirik demokrasi teorisi ortaya çıkmıştır.¹⁹⁴

Ampirik demokrasi teorisinde ise demokratik olarak kabul edilen rejimlerin ortak özelliklerinin neler olduğunu ortaya koymaya çalışır. Robert DAHL’ın “poliarşi”

¹⁹³ J. Harold Laski, “Democracy” Encyclopaedia of The Social Sciences, Vol.5 (New York: The Macmillan Company, 1931), s. 76” Mehmet Turhan, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı** 8 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1991) , s. 403’teki alıntı.

¹⁹⁴ Gözler, **a.g.e.**, s. 132-133.

adını vererek ideal demokrasilerden ayırt ettiği bu demokrasilerde yine DAHL’a göre en az sekiz kurumsal garantinin bulunması gerekir: (1) Örgüt kurma ve bunlara katılma hürriyeti, (2) ifade hürriyeti, (3) oy verme hakkı, (4) kamu görevlerine getirilme hakkı, (5) siyasal liderlerin seçmen tercihini kazanmak için yarışabilme hakkı, (6) değişik haber alma kaynaklarının varlığı, (7)serbest ve adil seçimler, (8) hükümet politikalarını oylara ve tercih belirtilerine dayandırmak için gerekli kurumların bulunması,¹⁹⁵

Demokrasi tanımı arayışında Barry Holden’in yaptığı demokrasi tanımı da oldukça doyurucudur. Buna göre demokrasi, “kamu siyasetine ilişkin önemli sorunlar hakkındaki temel belirleyici kararları bütün halkın pozitif veya negatif olarak aldığı ve almaya yetkili olduğu bir siyasal sistemdir.”¹⁹⁶ Bu tanımdan hareketle “kamu siyasetine ilişkin önemli sorunlar hakkındaki temel belirleyici kararları bütün halkın aktif veya pasif olarak aldığı ve almaya yetkili olduğu” şeklinde diğer tanımla aynı şekilde başlayan ve “devletin temel siyasetini yürütecek organların periyodik seçimlerle işbaşına geldiği, temel hak ve özgürlüklerle sınırlı yönetim biçimi” şeklinde bir tanımlamayı da Anayasa Mahkemesi raportörü Osman Can yapmıştır.¹⁹⁷

Kaboğlu da demokrasiyi iktidarın hukukla uyumlu ve sınırlı olarak kullanıldığı ve uygulandığı bir siyasal rejim olarak tanımlamıştır.¹⁹⁸

Anayasamızın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti, “demokratik” bir devlettir. Cumhuriyet, bir devlet biçimi olarak, her zaman demokratik bir rejimi ifade etmeyebilir. Demokratik cumhuriyetlerin yanında, demokratik olmayan cumhuriyetler de vardır. Anayasa, Cumhuriyetin demokratik bir cumhuriyet olduğunu öngörmekle, Anayasa mekanizmasını oluşturan organların kuruluş ve işleyişlerine, demokratik anlayışın egemen olması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁹⁹

¹⁹⁵ “A. Robert Dahl, Polyarchy: Participation and Opposition (New Haven: Yale University Press, 1971)” Gözler, **a.g.e.**, s. 133’teki alıntı.

¹⁹⁶ “Barry Holden, Understanding Liberal Democracy (London: Philip Allan, 1988)” Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, s. 107’deki alıntı.

¹⁹⁷ Osman Can, “Siyasi Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1** Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006), s. 461.

¹⁹⁸ Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 386-387.

¹⁹⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 155.

Anayasa Mahkemesi 9 Ekim 1987 tarihli kararında siyasi partilerin propaganda yapmalarına kısıtlama getiren kanunu değerlendirdiği kararında, seçimlerin demokrasinin kaynağını oluşturduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre demokrasiyi korumak devletin işlevlerindendir ve dolayısıyla halkın iradesini seçimlere serbestçe yansıtabilmesi için siyasi partilerin “Seçmenleri seçenekler üzerinde düşünmeye, isabetle ayırım yapıp oy vermeye, bunun içinde kendi görüş ve programını beğendirip benimsetmeye çağıran” propagandalarına belli ölçüler içinde izin verilmelidir:

“Anayasa'nın değinilen bu maddelerinde, sırasıyla, Cumhuriyetin niteliklerinden biri olarak demokratik devlet ilkesinden, devletin demokrasiyi korumak amaç ve görevinden ve demokratik toplum düzeninin gereklerinden söz edilmektedir. Demokratik devletin özü, siyasal haklar, seçim ve kamusal yetkilerin anayasal temelidir. Gözetilmesi gereken husus, yasama organının seçimle oluşturulmasının yanında siyasal hakların tanınması ve kamusal yetkilerin Anayasa ile belirlenmiş sınırlar içinde kullanılmasıdır...”(a.b.ç.)

Anayasa Mahkemesi 1988 yılında vermiş olduğu kararında, özgürlüklerin sınırlandırılması toplumsal, dengeli yaşam düzeninin sürdürülmesi, bireylerin hak ve özgürlüklerden yararlanması için zorunlu görmekte, demokrasinin sınırsız özgürlük olmadığını, hatta demokrasiyi korumak için özgürlüklerin sınırlandırılması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna göre tüm vatandaşların Anayasa ile güvenceye bağlanmış hak ve özgürlüklerden yararlanmaları için bu hakların belli ölçülerde sınırlandırılması “özgürlükçü demokrasiye” uzak bir kavram değildir. Anayasa Mahkemesi bu Kararında demokrasiyi “hukukla sınırlı bir yönetim biçimi” olarak ifade etmiştir. dolayısıyla sınırsız özgürlük demokrasi değildir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da “Devletin demokrasiyi koruma amacı da bir hakkın ve özgürlüğün sınırlandırılmasına olanak verir”²⁰⁰ diyerek Devletin demokrasiyi koruma işlevine vurgu yapmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “... sınırsız bir demokrasi anlayışıyla açıklanan görüşler Anayasa ile çatışır. Herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir.”²⁰¹

7 Aralık 1995 tarihli Kararında ise demokrasiyi “çoğulcu, katılımcı, kurallar ve kurumlar düzeni ve bir yaşam biçimi, çağdaş bir anlayış ve bir değerler bütünü olarak

²⁰⁰ AYM. E. 1988/14, K. 1988/18, K.T. 14.06.1988, R.G.:14.07.1988/19872.

²⁰¹ AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1989, R.G.: 05.07.1989/20216.

tanımlamıştır. Seçimler de demokrasinin temel koşullarındandır.²⁰² Anayasa Mahkemesi seçimleri 16 Kasım 1994 tarihli Kararında da seçimleri demokrasinin özü olmazsa olmaz koşulu olarak tanımlamıştır. Seçme hakkı demokrasilerde yalnızca hak değil görevdir de.²⁰³

3.5. Ölçü Norm Olarak Laiklik İlkesi

“Laik” sözcüğü Türkçe’ye Fransızca’daki “laic” ya da “laïque” sıfatından geçmiştir. Bu sözcüğün aslı ise Yunanca “laikos” sıfatıdır. Laikos halk, halkçı anlamlarına geldiği gibi din adamı olmayan kişileri tanımlamak için kullanılmakta ve “ruhani olmayan”, “kiliseye ait olmayan anlamlarını taşımaktadır.²⁰⁴ “Laicite” ise din ve devlet ilişkilerinin aldığı belli bir kurumsallaşma biçimi anlamındadır. Türkçe de laiklik karşılığıdır.

Laiklik bugün için genel kabul gören anlayışla, dini inanışların insanlara eşit davranılmasını engellememesi, giderek devletin resmi bir dini olmaması ve hukuk kurallarının dinden arındırılması; kısaca, din, vicdan ve ibadet özgürlüğü ile din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması ile ifade edilir.²⁰⁵ Laik devlet de dolayısıyla din ve devlet işlerini birbirinden ayrı tutan devlet olarak tanımlanabilir. Laik devletin taşıması gereken şartlar şu şekildedir:

3. 5. 1. Din Özgürlüğünün Tanınması

Din özgürlüğü inanç ve ibadet özgürlüklerinden oluşur. İnanç özgürlüğü herkesin dilediği inanca sahip olabileceğini, dilerse de hiçbir inanca sahip olmayabileceğini ifade eder. İnanç özgürlüğü sadece bireylere herhangi bir dine inanma hürriyetini tanımakla kalmaz, onlara inançlarının içeriğini ve niteliğini tamamen kendi kanaatlerine göre belirleme hakkını da verir. Belli bir dine inanan birey, bu dinin inanç ve ibadetlerinin neler olduğuna ve bunların ne anlama geldiğine kendi özgür iradesiyle

²⁰² AYM. E. 1995/56, K. 1995/60, K.T. 01.12.1995, R.G.:07.12.1995/22486.

²⁰³ AYM. E. 1994/83, K. 1994/78, K.T. 16.11.1994, R.G.:18.11.1994/22115.

²⁰⁴ Çetin Özek, **Devlet ve Din** (İstanbul: Ada Yayınları, 1982), s. 13.

²⁰⁵ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 169.

karar verecektir. Öte yandan bireyler inandıkları dinin ilke ve uygulamalarını, o dine mensup olan topluluğun çoğunluğundan farklı yorumlama özgürlüğüne de sahiptirler.²⁰⁶ Anayasa “herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.”(m. 24/1) ve “Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” (m. 24/3) der. Anayasa’nın bu hükümleri, inanç hürriyetini anılan anlamda bütünüyle güvence altına almaktadır.²⁰⁷ İbadet özgürlüğü ise, kişinin inandığı dinin gerektirdiği bütün ibadetleri, ayin ve törenleri serbestçe yapabilmesi ve başkaları üzerinde cebir ve şiddet kullanmamak şartıyla inancına göre yaşayabilmesini ifade eder. Anayasa madde 24’e göre “14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir.” İnanç hürriyeti mutlak anlamda sınırsız olmakla beraber, ibadet hürriyetine bazı sınırlar getirilebilmektedir.²⁰⁸

3.5.2. Din Ve Devlet İşlerinin Ayrılığı

Laik bir devlette din ve devlet işlerinin ayrılığından söz edebilmek için, (1) Devletin resmi bir dini olmamalıdır. (2) Devlet bütün dinler karşısında tarafsız olmalıdır. (3) Devlet bütün din mensuplarına eşit davranmalıdır. (4) Din kurumları ile devlet kurumları birbirinden ayrı olmalıdır. (5) Hukuk kuralları din kurallarına uymak zorunda olmamalıdır.

Devletin resmi bir dini olmaması için; Anayasada açıkça devletin resmi dininden bahsedilmediği gibi, dinlerden birine üstünlük de tanınmamalıdır.²⁰⁹ Resmi bir dini olmayan devlet belli bir dinin kurallarını vatandaşlarına benimsetmeye çalışmaz.²¹⁰ Devletin bütün dinler karşısında tarafsız olabilmesi içinse dinlerden birini himaye etmemesi veya dinlerden biri üzerinde baskı uygulanmaması gerekir.²¹¹ Laik bir devletin bir diğer gereği tüm dinlerin mensuplarına eşit davranılmasıdır. Bu ilke Anayasanın 10. maddesinde temellenmiştir. Laik bir devlette ayrıca din ve devlet

²⁰⁶ Atar, a.g.e., s. 57.

²⁰⁷ Aynı .

²⁰⁸ Aynı.

²⁰⁹ Gözler, a.g.e. s. 144-145.

²¹⁰ Özbudun, a.g.e., s. 77.

²¹¹ Gözler, a.g.e., s. 145.

kurumları birbirinden ayrılmıştır. Laik bir devlette din kurumları devlet fonksiyonlarını göremeyeceği gibi, devlet kurumları da din fonksiyonlarını ifa edemez. Laik devlet, gerek “dine bağlı devlet”, “devlete bağlı din” sistemlerini reddeden, din ve devlet işlerini tamamen ayıran bir yönetim sistemidir. Türkiye’de laikliğin bu gereği, Diyanet İşleri Başkanlığı sebebiyle tartışmalıdır. İslam dininin kendine has özellikleri, Türkiye’nin tarihsel koşulları, Türkiye’de dinsel hizmetlerin devlet hizmetlerinden tamamen ayrılarak, tümüyle bağımsız, cemaat örgütlerine bırakılmasına olanak vermemektedir, laikliği zayıflatıcı değil aksine onu koruyucu bir çözüm tarzıdır, düşünceleri savunulduğu gibi²¹² Diyanet İşleri Başkanlığını belirttiğimiz ilkelerle bağdaştırmanın olanaksızlığı da dile getirilmiştir.²¹³ Tüm bu gerekliliklere ek olarak laik bir devlette, hukuk kuralları ve devlet yönetimi dini esaslara dayanmaz.

Türkiye’de laikleşme süreci 1922’de Saltanat ve Hilafetin ayrılması ile başlamıştır. 1924’de hilafet makamı kaldırılmıştır. 1928’de “Devletin dini İslam’dır” kuralı Anayasa’dan çıkartılmış, 1937’de de laiklik ilkesi devletin niteliklerinden birisi olarak Anayasa’ya alınmıştır. Ayrıca, Türkiye’de, batıda laiklik ilkesinin ikinci alt temel zeminini teşkil eden Rönesans, reform ve aydınlanma çağı ile oluşturulan toplumsal ortamı yaratmak amacıyla, pozitif bilimi, gözlemi esas alan; toplumun başta hukuk düzeni olmak üzere, sosyal siyasi ve ekonomik yönlerini kapsayan bir seri inkılâplar yapılmıştır.²¹⁴

Türkiye’de laiklik öncelikle toplumsal yapının ve doğal olarak toplumu örgütleyen Anayasal yapının da temelini oluşturur. Bu sebeple Anayasa’nın laikliğe ilişkin hükümleri ölçü normlar bloğu içinde önceliği, önemi ve Türkiye’ye özgü laiklik anlayışı ile birlikte değerlendirilmelidir. Türkiye için laiklik, sadece din ve özgürlüğü ile din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasından ibaret değildir. Bunlarla birlikte Türkiye’de laiklik, Atatürk ilke ve inkılâplarıyla ve onların sentezinden oluşan Atatürkçü kültürle, toplumun laikleşmesine, çağdaşlaşmasına doğru bir süreçtir.²¹⁵

²¹² Sabuncu, **a.g.e.**, s. 99; Özbudun, **a.g.e.**, s. 78-79.

²¹³ Gözler, **a.g.e.**, s. 147.

²¹⁴ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 170.

²¹⁵ Aynı, s. 173.

Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini Anayasal düzenin temeli kabul etmiş, laikliğin korunması yönünde son derece hassas davranmış ve laiklik anlayışında sürekli bir içtihat oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi 4 Kasım 1986 tarihli kararında “laiklik” anlayışının 1937 tarihinde pozitif bir hukuk kuralı Anayasamıza girdiğini, toplumun her alanda kalkınması ve çağdaş uygarlık düzeyine ulaşması amacıyla benimsenmiş olduğunu ve bu ideale ulaşmadaki her türlü çabayı engelleyecek bir dünya görüşünü etkisiz hale getirecek çare olarak düşünülüp benimsendiği belirtilmiştir.²¹⁶

Anayasa Mahkemesi aynı kararında Türkiye Cumhuriyeti’ndeki “laiklik” anlayışının Batı’dakinden farklı olduğunu belirterek devam etmiştir: “Lâiklik sadece felsefî ve ideolojik bir kavram değildir, hayata geçirilen bir ilkedir. Böyle olunca da, uygulandığı ülkenin dini, siyasi ve sosyal şartları, lâiklik anlayışını etkilemektedir” demiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararında Türkiye Cumhuriyeti’ni niteleyen “laiklik” ilkesinin anlaşılabilmesi için Anayasa’nın 2. maddesi ile birlikte, Başlangıç’ının ve 19, 153, 154. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi gerekeceğini belirtmiştir. Bu değerlendirmeden de laiklik ilkesine ilişkin düzenlemenin “Türk ulusunun yüceltilmesi” ve “Türk ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi” amacına yönelik olarak yorumlanabileceği ve bu ana ereklere Anayasa’da getirilmiş pek çok sınırlamanın nedeni olduğu çıkarımını yapmıştır. Laiklik ilkesi Anayasa’da benimsenmiş tüm temel ilkelere egemen bir düşüncedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu çıkarımının izleri pek çok kararda görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 21 Ekim 1971 tarihli kararında belirtmiş olduğu esasları tekrarladığı bu kararının devamında laiklik ilkesinin esaslarını saymıştır. Anayasa Mahkemesi din ve devlet işlerinin ayrımını benimsemekle birlikte laik devlette tam bir inanç özgürlüğü öngörmüştür. Bununla birlikte ibadet özgürlüğü sınırlıdır. İbadet özgürlüğünün sınırlarını kamu düzeni, güvenliği ve çıkarları çizer. Laik devletin esasları:

²¹⁶ AYM. E.1986/11, K.1986/26, K.T.04.11.1986, AMKD., Sy. 22, s. 311-314.

“a) Dinin, devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,

b) Dinin, bireyin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini anayasa güvence altına alma,

c) Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

ç) Devlete, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dini hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma;”

şeklinde özetlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi laik devletin esaslarını tek tek saydıktan sonra gerçek “vicdan hürriyeti’nin” yalnızca laik devlette olabileceğini açıklamıştır. Buna göre laik devlette vicdan özgürlüğü mutlak ve dinlerden birinin devlet dini olarak tercih edilmesi ayrı dinlere mensup vatandaşların “kanun önünde eşitlik” ilkesine de ters düşer.

Anayasa Mahkemesi, din ya da mezhep farklılığının kişiler arasında ayrıma sebep olamayacağını belirttiği kararında sonuç olarak, semavi dinlere hakareti yasaklayan Türk Ceza Kanunun 175. maddesinin “dinsel inanç sebebiyle ayrıma neden olduğu” gerekçesiyle laiklik ilkesine aykırı bulmuştur:

Anayasa Mahkemesinin Yükseköğretim Kurumlarında türban takılması konusundaki ilk kararı kısaca türban kararı olarak anılmaktadır.²¹⁷, Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 16. maddesinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda verilmiştir. İptali istenen Ek 16. Madde, “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.” hükmünü içermektedir. 3511 sayılı “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44. Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun’un 2. maddesiyle 2547 sayılı yasaya eklenen “Ek Madde 16’nın, Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile, 2., 10., 24., ve 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptalinin istendiği davada Anayasa Mahkemesi “laiklik” ilkesinin Atatürk ilkelerinden en önemlisi olduğunu belirtmiş ve ilkenin ülkemizde yerleşme sürecini açıklamıştır.

²¹⁷ AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 07.03.1993, AMKD., Sy. 25, s. 133.

Anayasa Mahkemesi'ne göre laiklik ve vicdan özgürlüğü farklı kavramlardır. Fakat gerçek vicdan özgürlüğü ancak laik bir ortamda gerçekleşebilir. Anayasa Mahkemesi bu kararına laikliği geniş bir tanımını yaparak devam etmiştir:

“...Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkararak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kıları bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlar yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim, aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.”

Anayasa Mahkemesi aynı zamanda laikliğin din ve devlet işlerinin ayrılmasından çok daha fazla anlamı olduğunu açıklamıştır. Laiklik özgürlük ve çağdaşlık ortamı sunar. Ülkemizin de modernleşme felsefesi, insanlık idealidir:

“...Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik din ve mezheplere inananlar, bu ayrımlara karşın birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece bölünmeler durmuş, iç barış sağlanmış, yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk Ulusu'nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Lâiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.”

Laiklik, “demokrasinin güvencesi”dir ve Türkiye Cumhuriyeti'nin özgün niteliğini oluşturur. Tüm hak ve özgürlükler bu çerçevede değerlendirilir:

“...Türkiye için yalnız sözlük anlamıyla değil, tarihsel evrimi bakımından da değeri olan lâiklik... Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim-öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyrukla-rıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin

güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir.”

“...Lâikliğin, Türk Devrimi’nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. ...Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur.”

Anayasa Mahkemesi tarafından “laiklik” ilkesine ilişkin çok ayrıntılı bir değerlendirme bu kararda yapılmış ve kanun “dinsel inanç gereğine dayalı düzenleme getirdiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi Kanun’un Anayasa’nın Başlangıç’ına ve 2. Maddesine laiklik ilkesinin gereklerine uymadığı için aykırı bulduğu Kanun’u aynı zamanda “174. maddede korunan lâiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri göz ardı ederek dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getiren” nitelemesiyle 174. Maddeye de aykırı bulmuştur. “Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır.” diyen Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesinin Anayasa’da üstünlüğü ve özel bir önemi olduğunu belirtmiştir. “Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır. Bu nedenle, dava konusu madde Anayasa’nın 10. maddesine de aykırıdır” diyerek Kanun’u eşitlik ilkesine ve öngördüğü ayrımcılık yasağına da aykırı bulan Anayasa Mahkemesi “Vicdan özgürlüğü, istendiğine inanma hakkıdır. Lâiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir. Zorlamayı uygun bulmayan din alanında, hukuk kuralları gibi nesnel yaptırımlar niteliğinde kural getirilmesi dinsel inanç özgürlüğüne ters düşmektedir.” diyerek Anayasa’nın 24. Maddesi’ne de aykırı bulmuştur. Karara Mehmet Çınarlı tarafından yazılan karşı oy yazısında ise,

“Din ve vicdan hürriyetinin gereği olarak boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının dinin Devlet işlerine karıştırılmasıyla bir ilgisi yoktur. Giyim- kuşam bir devlet işi değil, bir fert işidir. Zorunluluk bulunmadıkça Devletin buna karışmaya hakkı yoktur. Başörtüsü veya türban kullanmayı serbest bırakan kanun hükmüyle Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırıldığı da ileri sürülemez. Başın örtülmesi veya açılması Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Dava konusu kanunla bu konuda kişiye serbestlik tanınmış olması Anayasa’nın laiklik ilkesini ihlal etmez.”

denilerek, karara konu kanun maddesinin laiklik ilkesini ihlal etmediği yönünde görüş bildirilmiştir.

Mehmet Turhan bu karara karşı Anayasa Mahkemesi'nin düzenlemeyi inançları nedeniyle başlarını örtmek isteyen öğrencilere tanınan bir imkân veya bir hoşgörü olarak görmemek istememesini yadırgatıcı bulmuştur. Yazara göre Anayasa Mahkemesi laiklik anlayışının, devlet yönetiminde din kurallarından esinlenilmemesi gerektiği biçimindeki en geniş anlayışına bağlı kalmıştır. Üniversitelerdeki başörtüsü yasağı Anayasa'da yer alan eğitim ve öğrenim özgürlüğüne aykırıdır. Aksi kanıtlanmadığı sürece başörtüsünün bir inanç sorunu olarak ele alınması gerektiğinin belirten Turhan, “Hiç kuşkusuz başörtülü kız öğrenciler kamu hizmeti veren taraf değil kamu hizmeti alan taraftır. Acaba kamu hizmeti alanların durumunu kamu hizmeti verenlerden farklı düşünmek gerekmez mi? Eğer bütün kamu hizmetlerini başlarını örttükleri gerekçesiyle bu kesime sunmayacak olursak, nelerin ortaya çıkabileceğini de düşünmek gerekir.” diyerek devam etmektedir. Devlet hastanelerine başörtülüler sokulmadıkları veya belediye otobüslerine bunların alınmadıkları çarpıcı bir durum örneği veren yazar, bu durumun tam bir karmaşa ortaya çıkaracağını belirtmektedir.²¹⁸

Bakır Çağlar ise, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını “Kapalı Anayasal Değerler Alanı Teorisi”nin unsurlarını ortaya koyduğu biçiminde yorumlamıştır. Çağlar'a göre Mahkeme ilkenin “anayasal ayrıcalığa” sahip olduğunu tespit ederek, kurmakta olduğu ölçü-normlar bloğunun kavranmasında kritik öneme sahip bir saptama yapmaktadır. Çünkü “normlar bloğunun arkasındaki ideolojinin en açık ifadelerinden biri, belki de Anayasa Mahkemesi'nin 1989/12 karar sayılı Kararı'dır.”²¹⁹

Anayasa Mahkemesi'nin 1991 tarihli yine bir diğer türban yasağına ilişkin kararının gerekçeleri de aynı yöndedir.²²⁰

Siyasi parti kapatma davaları da laiklik ilkesine aykırılığın öne çıktığı kararlardır. Laik Cumhuriyet ilkelerine aykırılık Anayasa Mahkemesi'nce temel parti

²¹⁸ Mehmet Turhan “Değişen Egemenlik Anlayışının Temel Haklara Etkileri” **Anayasa Yargısı 20** (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2003) , s. 235-236.

²¹⁹ Bakır Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi” **Anayasa Yargısı 7** (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1990) s. 54

²²⁰ AYM. E. 1990/36, K.1991/8, K.T. 09.04.1991, AMKD. Sy. 27, s. 285-323.

kapatma nedeni olarak ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu nedene dayanılarak açılan 6 kapatma davasından 5'inde kapatma kararı vermiş, yalnızca Diyanet İşleri Başkanlığı'nın devlet kurumları arasında yer almaması gerektiği düşüncesini savunduğundan bahisle kapatılması istenen Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması istemini reddetmiştir.²²¹ Milli Nizam Partisi, Huzur Partisi, Refah Partisi, Fazilet Partisi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi Laik Cumhuriyet ilkesine aykırılık nedeniyle kapatılan partilerdir. Özgürlük ve Demokrasi Partisi aynı zamanda ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğü ilkesine de aykırılık nedeniyle kapatılmıştır.

Anayasa Mahkemesi Refah Partisi ile ilgili kapatma kararında da Fazilet Partisi'nin kapatılmasına ilişkin kararında da diğer içtihatlarında olduğu gibi Türkiye'de laiklik anlayışının kendine özgü bir yapısı olduğunu ve Anayasa'da benimsenmiş tüm temel ilkelere egemen bir düşünce olduğuna ilişkin sürekli içtihadını tekrarlamıştır.²²²

Anayasa Mahkemesi'ne göre, din ve vicdan özgürlüğünün mutlak ve sınırsız, ibadet özgürlüğünün ise mutlak olmayıp Anayasal sınırlar içinde kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi ayrıca Türkiye'nin kendine özgü koşullarından kaynaklanan kendine özgü bir laiklik anlayışı olduğunu belirtmiştir. Laiklik, Cumhuriyetin niteliklerinden biri olmanın da ötesinde, Atatürk Devrimlerinin ve Türkiye Cumhuriyetinin temel taşıdır. Temel hak ve özgürlüklerinde laiklik anlayışı çerçevesinde yorumlanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ilkesini en tepeye yerleştiren yorumuna ilişkin olarak Erdoğan, Anayasa Mahkemesi'nin laikliği hakların sınırlarını belirleyen bir "ultra anayasal norm" yaptığını buna göre demokrasi hukuk devleti ve insan haklarının ancak laiklikle bağdaştıkları ölçüde Türk Anayasa düzeninin birer özelliği olabildiğini ifade etmiştir. Erdoğan'a göre "bu yorum ayrıca cumhuriyetin niteliklerini belirten Anayasa hükmünün 'lafzı' nı büsbütün göz ardı etmekle de aynı şeydir. Anayasa'nın 2.

²²¹ AYM. E. 1971/1, K. 1971/1, K.T. 20.05.1971, AMKD. Sy. 9, s. 3; AYM. E. 1983/2, K. 1983/2, K.T. 25.10.1983, R.G:15.10.1984/18546; AYM. E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.01.1998, AMKD. Sy. 34, C. 2, s. 762; AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, K.T. 22.06.2001, R.G:05.01.2002/24631 mükerrer, s. 173.

²²² AYM. E. 1997/1, K. 1998/1, K.T. 16.01.1998, AMKD. Sy. 34, C. 2, s. 1027-1028; AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, K.T. 22.06.2001(www.anayasa.gov.tr/gebneral/kararlarbilgibank.asp. 20.03.2007).

maddesinin metninden hiçbir şekilde anayasa Mahkemesi'nin ona yüklediği bu anlam çıkarılamaz.”

3.6. Ölçü Norm Olarak Sosyal Devlet İlkesi

“Sosyal devlet” Almanya kökenli bir Avrupa terimidir. Anglo-Amerikan dünyasında ise sosyal devlet teriminden ziyade devletin bir amacı olarak “sosyal adalet”ten söz edilmekte ve devletle ilgili olarak da daha çok “refah devleti” terimi tercih edilmektedir.

Sosyal devlet düzeni, 19. yüzyılın liberal devlet anlayışının bir sonucu olan jandarma veya bekçi devlet anlayışından farklı bir yaklaşımı temsil etmekte, liberal felsefenin, devletin görevlerini ülkeyi dışarıya karşı savunma ve içerde düzen ve istikrarın sağlanmasından ibaret sayan anlayışı ve devletin ekonomik yaşama müdahalesini zararlı görmekte, böyle bir müdahalenin kişilerin hak ve özgürlüklerinin zedelenmesi sonucunu doğuracağını varsaymaktadır.²²³

Sosyal devlet özel mülkiyet anlayışına dayanmakla beraber, sosyal devletin mülkiyet anlayışı, klasik mülkiyet anlayışında olduğu gibi, malike mutlak ve sınırsız bir hak vermez. Sosyal devlette mülkiyet, haklarla birlikte ödev ve yükümlülüklerini de içeren statüdür. Sosyal devletin hürriyet anlayışı da, kişiye devlet karşısında özerk bir alan tanıyan ve devlete o alana girmeme yükümlülüğünü yükleyen anlayışından farklıdır. Sosyal devlet, devlete karşı korunan hürriyetlerin yanında, hürleştirme kavramına da yer verir.²²⁴

Sosyal devlet “sosyalist devlet”ten de farklıdır. Sosyalist devlet üretim araçları üzerinde özel mülkiyeti tamamen veya büyük ölçüde kaldırıp ve ekonomik hayatın düzenini serbest rekabete değil, merkezi planlamaya dayandırırken, sosyal devlet, üretim araçları üzerinde özel mülkiyet hakkını ve özel teşebbüs hürriyetini tanır. Ekonomik hayatın düzeni, serbest rekabete ve piyasa ekonomisi kurallarına dayanır.²²⁵

²²³ Sabuncu, **a.g.e.**, s. 108.

²²⁴ Özbudun, **ag.e.**, s. 123.

²²⁵ Aynı.

Anayasanın 2. Maddesi’nde, “sosyal hukuk devleti” olmak Cumhuriyet’in nitelikleri arasında belirlenirken, ikinci kısmın, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlıklı üçüncü bölümünde, batı demokrasilerinde yer alan ve devletin sosyal niteliğinin doğal sonucu olan sosyal haklar kategorisine de yer verilmiştir. Anayasa sosyal devlette, devletin ekonomik müdahale araçları olan “kamulaştırma” ve “devletleştirme” gibi kurumlara yer verdiği gibi; yine devletin ekonomik hayata müdahale ve denetimini sağlayan “planlama”, “piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” gibi liberal ekonomiyi frenleyen araçlara da yer vermiştir.

Anayasa’nın 2. Maddesi’nin gerekçesinde, sosyal hukuk devletinin neyi ifade ettiği açıkça belirtilmiştir. Buna göre sosyal hukuk devleti, bizzat devletin koyduğu hukuk kurallarına uyan ve çalışan, çalıştığı halde elde ettiği ürün ile mutlu olabilmek için tasarladığı maddi manevi değerlere sahip olamayan kişilerin yardımcısı olan devlettir.²²⁶ Anayasa’nın 2. maddesinde sosyal hukuk devleti denmekle sosyal devlete ve hukuk devletine ilişkin öğelerin eşyanın doğası gereği bir bütünün parçaları olması şart koşulmuştur.²²⁷

“Sosyal devlet”, Özbudun tarafından “devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir anlayış” olarak tanımlanmıştır.²²⁸

Gözübüyük ise sosyal devletin gereklerini, ulusal geliri arttırmak, ulusal gelirin adaletli dağılımını sağlamak, özgürlüklerin gerçekleşmesi için maddi olanak sağlamak ve bireyleri sosyal güvenliğe kavuşturmak olarak özetlemiştir.²²⁹

Anayasa Mahkemesi sosyal hukuk devletine ilişkin bir tanımında sosyal hukuk devletini,

²²⁶ Mehmed Akad ve Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları (İstanbul: Alkım Yayınları, 1998), s. 5.

²²⁷ Zafer Gören, “Sosyal Devlet”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000), s. 21.

²²⁸ Özbudun, **a.g.e.**, s. 123.

²²⁹ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 163-164.

“...insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adaletle uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir.”²³⁰

şeklinde tanımlamıştır. Hukuk devleti ve sosyal devletin unsurlarının birlikte ele alındığı bu tanımda, sosyal devlete ilişkin emek-sermaye dengesi, çalışanların insanca yaşaması, işsizliğin önlenmesi ve milli gelirin adaletli dağılımı unsurları göze çarpmaktadır. Bununla birlikte bu kararda Anayasa Mahkemesi siyasal iktidarın liberal ekonomi politikasına yönelik uygulamalarını, sosyal devlet ilkesine aykırı bulmamıştır. Böylece siyasal iktidarın ekonomiyi liberalleştirme yönündeki tasarruflarına müdahale etmemiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi karayollarından, köprülerden alınan geçiş parasının, su, elektrik, havagazı, demiryolu, kimi hastane ücretleri gibi kamu hizmetleri karşılığının iktisadi şartlara göre oluşturulan fiyatla belirlenmesini Anayasaya uygun bulurken “ekonomik güçlükleri aşmak ve kalkınmayı gerçekleştirmek için yeni kaynaklar aranması zorunluluğunu” gerekçe olarak göstermiştir.²³¹

Anayasa Mahkemesinin sosyal devlet tanımında sosyal adalet, sosyal güvenlik, insan onuru ve haysiyeti gibi kavramları daha sonraki kararlarında öne çıkmıştır. 26 Ekim 1988 tarihli kararında sosyal hukuk devletini “güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet” anlamına geldiğini ifade etmiştir. Aynı kararında “çağdaş devlet anlayışının, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa’nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kıldığını; hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması idealinin, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebileceğini”²³² belirtmiştir. 21 Ekim 1986 tarihli tanımında da sosyal devletin Anayasa’nın 5. maddesiyle bağlantısını kuran Anayasa Mahkemesi,

“Devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onların hayat mücadelesini kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamalarını sağlamak gibi hususlar da yer alırlar.”

²³⁰ AYM. E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.02.1985, AMKD., Sy. 21, s. 59.

²³¹ AYM. E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.02.1985, R.G., 26.06.1985/18793.

²³² AYM. E. 1988/19, K. 1988/33, K.T. 26.10.1988, AMKD., Sy. 24, s. 451.

demıştır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın özünü, "Cumhuriyetin çağdaş yapısını, özlenen niteliklerini birlikte kurup tümleyen bu ilkelerin devletin yüceliğini ve onurunu simgeleyen, yükümlülüklerini özetleyen anlamları Anayasa'nın da özüdür" şeklinde tanımlayarak Başlangıç kısmının 8. Paragrafında açıklanan "doğuştan sahip olunan onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisinin kullanılmasını" ifadesinin devletin sosyal adalet gereklerince olanak sağlama yükümlülüğünü anlattığını ifade etmiştir. Anayasa'nın Başlangıç'ından ve "özü"nden yaptığı çıkarımla Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda devleti öncelikle görevlendirdiğine hükmederek sosyal devletin, hukuk devletinin ileri bir aşaması olduğunu belirtmiştir.²³³ Anayasa Mahkemesi'ne göre,

"...Anayasa'da öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler. İnsanın doğuştan sahip olduğu, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin amacı ve görevidir."²³⁴

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi sosyal devlet ilkesi gereğince, devletin sosyal ve ekonomik alandaki yükümlülüklerini mutlak olarak yerine getirmek zorunda olmadığını ve bu konudaki sorumluluğun Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca ekonomik istikrarın korunması ve mali kaynakların yeterliliği ile sınırlı olduğunu ifade etmiştir.²³⁵

3.7. Ölçü Norm Olarak Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi Cumhuriyetçilik ilkesinin doğal bir sonucu dolayısıyla Cumhuriyet'in temel bir niteliğidir. 1982 Anayasası 2. Madde'de açıkça söz etmemekle beraber, Başlangıç'ında: "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"nu söyleyerek eşitlik ilkesini 2. Madde'ye göre çok daha açık bir biçimde Cumhuriyetin Başlangıçta belirtilen ilkeleri

²³³ AYM. E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988, AMKD. Sy. 24, s. 104, R.G.; 23.08.1988/19908.

²³⁴ AYM. E. 1997/59, K. 1998/71, K.T. 18.11.1998, AMKD. Sy. 35, C. 1, s. 308, R.G.; 16.01.2000/23935.

²³⁵ AYM. E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988, R.G.; 23.08.1988/19908; AYM. E. 1984/10, K. 1985/10, K.T. 22.01.1985, R.G.; 17.06.1985/18787.

arasında saymıştır. Elbette ki eşitlik ilkesi, başta hukuk devleti olmak üzere Cumhuriyetin 2. Madde’de sayılan diğer niteliklerinin bir sonucu olarak da düşünülebilir.²³⁶

Anayasanın 10. Maddesi de “kanun önünde eşitlik” başlığını taşımaktadır. Buna göre “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu Fıkra ayrımcılık yasağı getirmektedir. Fiili eşitsizliği gidermeye yönelik ayrımcılık ise eşitliğe aykırı sayılmaz. Nitekim maddenin devamında “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” denmektedir. Bu fıkra pozitif ayrımcılığa Anayasal dayanak kazandırmıştır. Böylece Devlet, kadınlar bakımından somut fırsat eşitliği sağlayacak önlemler almakla görevlendirilmiştir.

Üçüncü fıkra ise “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” demektedir. Son fıkrada ise “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Bu fıkra devletin bütün organlarını eşitliğe uygun davranmaya zorlar. Sadece yasama organı ve yasalar değil, devletin bütün organları ve işlemleri bu ilkeye uygun olacaktır. Bu da eşitlik yükümlülüğü olarak formüle edilebilir.²³⁷

1982 Anayasası’nda ayrıca eşitlik ile ilgili özel hükümlere de yer verilmiştir. Anayasa, seçimlerin ve halk oylamalarının “genel ve eşit oy” esaslarına göre yapılmasını öngörmekte (m. 67/2) ve kamu hizmetlerine alınmada, “görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırımın gözetilemeyeceği”ni belirtmektedir (m.70/2). Süreli yayın hakkına ilişkin 29. Madde’de de, “süreli yayınlar, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanır” denilmiştir (m. 29/4). 42. Madde’de de ilköğretimin kız ve erkek bütün yurttaşlar için zorunlu olduğu açıklanmıştır. İlk bakışta göze çarpan bu hükümlere, başta sosyal eşitliğe yönelenler olmak üzere, eşitlikçi amaçlara hizmet eden birçok Anayasa hükmü de eklenebilir.²³⁸

²³⁶ Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 389.

²³⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 105.

²³⁸ Öden, **a.g.e.**, s. 121-122.

Eşitlik kavramı, ilk bakışta somut, kolayca kavranıp üzerinde bir çırpıda uzlaşılabilir görünmesine karşın, aslında soyut ve çok yönlü bir kavramdır.²³⁹ Eşitlik ilkesi farklı şekillerde anlaşılıp düşünülebilmektedir. Kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde, eşitlik ilkesi ile ilgili kavram tartışmalarını aydınlatması açısından şekli eşitlik, sayısal eşitlik ve normatif eşitlik kavramları irdelenmelidir.

Şekli eşitlik olarak adlandırılan formülde eşitlik “eşitlere eşit veya benzer durumlara benzer işlem yapılması” olarak düşünülür.²⁴⁰ Buna göre eşitlik ilkesi, herkese tamamen aynı davranılmasını, işlem aynılığını gerektirmemekte; ilişkili veya uygun farkların varlığı halinde eşitsiz veya farklı işlemle bağdaşabilmektedir. Bu karineye göre, kişilere ilişkili veya uygun farkların varlığı dışında eşit davranılması, eşitsiz veya farklı davranıldığında da, dikkate alınan farklılıkların söz konusu işlemle ilişkisinin veya işlem için uygunluğunun bu işlemde sorumlu kişi tarafından kanıtlanması gerekir.²⁴¹ Eşitliğin bu görünümü kanunların genelliğini gerektirir. Kanunun genelliği, kanunun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Anayasa Mahkemesi de 5 Ocak 1988 tarihli Kararında kanunun, genel hukuk kuralları koyması, genel, soyut ve kişilik dışı hükümler içermesi gerektiğini belirtmiştir.²⁴² Dolayısıyla kimlikleri önceden belli kişilere yönelen kanun hükümleri eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Burada herkese uygulanma değil kimlikleri belli kişilere uygulanmama söz konusudur. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, 3349 sayılı Kanun’un ilk milletvekili genel seçimi yılında siyasi partilere yapılacak devlet yardımını arttıran, ancak arttırılan miktardan bu Kanunun TBMM tarafından kabul edildiği tarihte grubu bulunan siyasi partileri yararlandıran hükmünün, söz konusu yardımdan adları açıkça anılmasa da yalnızca dört partinin yararlanacağını belli olması ve daha sonra grup oluşturacak diğer partilere aynı hakkın tanınmaması nedenleriyle nesnel ve genel nitelik taşımadığı iddiasını incelemiş ve:

“Kanunların başlıca özelliklerinden biri de bunların objektif ve genel nitelikli kurallar içermesidir. Getirilmiş bulunan bir yasa kuralının kimleri ilgilendirdiği ya da hangi menfaati

²³⁹ Aynı, s. 17.

²⁴⁰ “Gareth Evans, Benign Discrimination and The Right to Equality, Federal Law Review, Vol. 6, s. 38” Öden, a.g.e., s. 25’teki alıntı.

²⁴¹ Aynı, s. 27.

²⁴² AYM. E. 1987/14, K. 1988/1, K.T. 05.01.1988, AMKD., Sy. 22, s. 176.

koruduğu hususunun belirlenebilirliği, bunların objektif ve genel nitelikli kurallar olmadığı sonucuna varılmasını haklı kılamaz. Zira, araştırıldığında yasaların kimlere hitap ettiğini saptamak genelde mümkündür.”

diyerek genel kuralların bazı kişiler hakkında başkalarından farklı hükümler koyabildikleri veya içerebildikleri açıkken; bir kanun hükmünün öngördüğü koşulları taşıyan veya öngördüğü hukuki durumda bulunan herkese ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir nitelikte oluşunu göz önünde tutarak o hükmün eşitlik ilkesine aykırı düşmediği sonucuna varabilmiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında eşitlik veya kanun önünde eşitlik ilkesini, yalnızca belli bir kanun hükmünün kapsadığı herkese, yani o hükümle ilgili, ilişkili herkese eşit uygulanması buyruğundan ibaret bir ilke olarak gördüğünü düşündürmektedir.

Sayısal eşitlik işlemlerde eşitlik ve aynılık öngörür. Normatif eşitliğin başlangıç noktası ise eşitlik ilkesinin mutlaka şeylerin sayısal olarak eşit dağıtımını öngörmediği, aksine kimi işlem farklılıklarına izin verdiği, hatta gerçekte bunu gerektirdiğidir. Sayısal eşitlik ile normatif eşitlik veya bir diğer söyleyişle nispi eşitlik kavramları arasındaki fark şeylerin “eşit dağıtım hakkı” ve “eşit hak” arasındaki farklılıkta görülür. İkinci kavram, dağıtım kararlarında herkesin aynı şekilde gözetileceğini; fakat dağıtılan şeylerin sayısal miktarlarının farklı olabileceğini ifade etmektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesi, insanlar arasındaki farklılıkları dikkate almakta ve sayısal bakımdan farklı işlemleri gerektirebilmektedir.²⁴³ Anayasa Mahkemesi’ne göre de “Kanun önünde eşitlik ilkesi”, tüm yurttaşların mutlaka her yönden, her zaman aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu da içermez. Birtakım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez.”²⁴⁴

Mahkeme farklı kuralların uygulanmasını gerektiren nedeni kararlarında çoğunlukla “haklı neden” şeklinde ifade etmiştir. İnsanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir diyen Anayasa Mahkemesi’ne göre eşitliği bozan

²⁴³ Öden, a.g.e., s. 29, 33.

²⁴⁴ AYM. E.1985/11, K.1986/29, K.T. 11.12.1986 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp 20.02.2007).

AYM. E. 1988/4, K. 1989/3, K.T. 12.01.1989, R.G. 10.01.1990/20398.

bir kuralın varlığı ancak o kuralın kamu yararı veya başka bir nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilir.²⁴⁵ Anayasa Mahkemesi “haklı neden” kavramını çeşitli kararlarında özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler²⁴⁶, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere²⁴⁷ dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa’nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz diyerek yinelemiştir. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesindeki kamu yararı ve haklı nedeni; “anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması” hususları açısından ele alınmaktadır. Ayrıca eşitlik ilkesini bozduğu iddia edilen sınıflandırma ve ayrımı da; “anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olma” ölçütlerine dayanarak hukuki biçim ve içerik kazandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi “...getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir.”²⁴⁸ demiştir. Yine 14 Ocak 1993 günlü kararında “kamu yararı veya haklı nedenle getirilen farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, adil ve makul olması gerekir. Kamu yararı veya haklı nedene dayanılarak yapıldığı öne sürülen farklı ölçütten birine uymaması durumunda eşitlik ilkesinin korunduğu söylenemez.”²⁴⁹ demiştir. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçütler olarak “gerekliklik, zorunluluk, işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk, dengeli ve makul görülebilecek ölçüler, adaletli ve eşit ölçüleri”²⁵⁰ gibi ifadeler de kullanmıştır.

Eşitlik ilkesinin amacı ayrıcalıklı kişi ve topluluklar yaratılmasını engellemektir. Yasaların uygulanmasında gözetilmeyecek ayrılıklar dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılıklarıdır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez diyen Anayasa Mahkemesi’ne göre Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen nedenlerle değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.²⁵¹

²⁴⁵ AYM. E.1982/13, K.1983/8, K.T. 28.4.1983

(www.anayasa.gov.tr/generalkararlarbilgibank.asp20.02.2007).

²⁴⁶ AYM. E.1997/65, K.1999/15, K.T. 11.05.1999 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp 20.02.2007).

²⁴⁷ AYM. E. 1990/28, K. 1991/11, K.T. 02.05.1991, AMKD., Sy. 27, C. 1, s. 79.

²⁴⁸ AYM. E. 1991/13, K. 1992/10, K.T. 19.02.1992, AMKD., Sy. 30, C. 1, s. 101.

²⁴⁹ AYM. E. 1993/29, K. 1994/1, K.T. 11.01.1994, R.G., 13.11.1997/23169.

²⁵⁰ Özbudun, a.g.e., s. 139.

²⁵¹ AYM. E.1996/74, K.1996/45, K.T. 01.07.1998 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp20.02.2007);

AYM. E. 2000/39, K. 2002/35, K.T. 20.03.2002, R.G. 01.06.2002/24772.

Anayasa Mahkemesi'nin "haklı neden" anlayışı fuhşu meslek edinen kadın iffetli kadın ayrımlarına yer verdiği ve birinciler karşı işlenen bazı suçların daha hafif cezayla karşılanmasını eşitliğe aykırı saymayıp, mağdurenin özel durumunu eşitsizliğin "haklı nedeni" saydığı 12 Ocak 1989 tarihli kararından sonra ciddi biçimde sorgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre "...fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayrımın haklı nedenini oluşturmaktadır." "...Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa'nın 10. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir...."

Anayasa Mahkemesi iffetsiz kadınlara karşı gerçekleştirilen eylemler ile bu tür kadınların kişilik ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlar kadar bozulmuş sayılamaz sonucuna varmış ve ceza indiriminin haklı nedenini, özgürlüklerde bozulma ölçüsünde bulmuştur. Çağlar'a göre "özgürlüklerde bozulma ölçüsü", Anayasa hukukunda hukuk ötesi değerler ile kurulan yeni bir ölçüdür. Bu yorum insan onuruna ve eşit saygı görme hakkına aykırıdır, bununla birlikte sonradan yapılan bir yasa değişikliği ile bu farklı düzenleme ortadan kalkmıştır.²⁵²

3. 8. Ölçü Norm Olarak Hukuk Devleti İlkesi

Anayasamızın "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." diyen 2. Maddesi'nde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasamızın 5. Maddesi'nde de: "Devletin temel amaç ve görevleri... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." şeklinde yer almıştır.

²⁵² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 106.

2. Madde'nin gerekçesinde ise hukuk devletinin bizzat devletin koyduğu hukuk kurallarına uyacağı anlamına geldiği belirtilmiştir.²⁵³ Hukuk devleti, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.²⁵⁴

Hukuk devleti terimi Alman dilinin özgül bir ürünü olup "Rechtsstaat" kelimesine karşılık gelmektedir. "Rule of Law" terimi Türkçede "hukukun egemenliği"ni, "supremacy of law" kavramı ise "hukukun üstünlüğü"nü ifade eder ve bu şekilde çevrilir.²⁵⁵ Anlam olarak aralarında büyük bir fark yoktur.

"Hukuk devleti" kavramı, "polis devleti" kavramının karşıtı olarak açıklanmaktadır.²⁵⁶ Polis Devleti anlayışı, 17. ve 18. yüzyıllarda Kara Avrupası ülkelerindeki mutlakiyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk kez Almanya'da ortaya çıkmış bir kavramdır.²⁵⁷ Polis devleti, "kamunun refahı ve selameti için her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğine müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken idaresi hukuka bağlı olmayan" devlet demektir. Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk tarafından denetlenmesi de söz konusu değildir. Buradaki "polis" kavramı yalnızca kolluk kuvvetlerini değil, kamunun refah ve selametini sağlamaya yönelik tüm faaliyetleri ifade eder.²⁵⁸ Polis devletinde var olan kuralların yönetilenlere karşı idareyi bağlamaması, sınırsız yetkilerle donatılmış devlet gücünün zamanla "keyfiliğe" kaymasına neden olmuştur.²⁵⁹

Zamanla yönetilenlere herhangi bir güvence sağlamayan polis devleti anlayışından, yönetilenlere bazı hukuki güvenceler sağlama amacıyla "hazine teorisi" anlayışına geçilmiştir. Almanya'da ortaya çıkan "hazine teorisi" (fiskus teorie) anlayışına göre, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlal edilenlere yargısal yoldan

²⁵³ Akad ve Dinçkol, **a.g.e.**, s. 6.

²⁵⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s. 113.

²⁵⁵ Mithat Sancar, "**Devlet aklı**" **Kıskacında Hukuk Devleti** (İstanbul: İletişim Yayınları, 2004), s. 32-33.

²⁵⁶ Özbudun, **a.g.e.**, s. 113.

²⁵⁷ Metin Günday, **İdare Hukuku** (Ankara: İmaj Yayınları, 2003), s. 24.

²⁵⁸ **Aynı.**

²⁵⁹ Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), s. 21.

mali karşılık elde etme imkânı tanınıyordu. Buna göre devlet hazinesi, hükümdarın dışında ve tamamen özel hukuka tabi bir tüzel kişilik olarak tanınıyordu ve hukuk kurallarıyla bağlı olmayan ve yargı denetimine de tabi olmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi olan ve aleyhinde dava açılabilen hazine birbirinden ayırt edilmiş oluyordu. Bu teorinin sonucu olarak hazine teorisi yönetilenlere yargı yolu ile de olsa belli bir güvence sağlayabilmiştir. Devletin hazinesi ile birlikte tek bir tüzel kişi olduğu düşüncesi benimsendikçe, hazine teorisi yerini yavaş yavaş hukuk devleti teorisine bırakmıştır.²⁶⁰

Hukuk Devleti (Rechtsstaat) kavramı da, Polis Devleti kavramı gibi, önce Almanya’da ortaya çıkmış bir kavramdır. Faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan devleti ifade eder.²⁶¹

Günümüzde modern demokrasilerde ise hukuk devleti, Devletin hukuka bağlılığını, erklerin bağımsız yargı tarafından denetimini ve kurumsallaşmış bir temel hak korumasını gerektirmektedir.²⁶²

Doktrinde hukuk devletinin tanımı hatta kavram olarak kullanımında bir birlik söz konusu değildir. “Hukuk Devleti”nin yanı sıra “Hukukun Üstünlüğüne Dayanan Devlet” ibareleri de kullanılmaktadır.

Hukuk devletinin gerçekleşmesi için gerekli unsurların neler olduğu konusunda ülkeler arasında hatta aynı ülke içinde dahi görüş ayrılıkları vardır. Ülkemizde de hukuk devletini vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlayan devlet olarak tanımlayan Soysal’a göre, hukuk güvenliğini sağlamanın koşulları şunlardır:

- Temel hakların güvence altına alınması,
- Yasalarda Anayasaya uygunluğun sağlanması,
- Yönetimde hukuka bağlılığın sağlanması,

²⁶⁰ Aynı.

²⁶¹ Günay, **a.g.e.**, s. 38.

²⁶² Gören, **a.g.e.**, s. 135.

-Yargı kuruluşlarının bağımsızlığını ve güvenilirliğini sağlayacak koşulların yerleştirilmesi.²⁶³

Özbudun’a göre,

-Yürütme eylem ve işlemlerinin bağımsız yargı organlarınca denetlenebilmesi,
-Yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargı organlarınca denetlenebilmesi,

-Yargı bağımsızlığı,

-Kanuni hakim güvencesi,

-Hukukun genel ilkelerine bağlılık,

-Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin belirtilen ilkelere uygunluk hukuk devletinin gerekleridir.²⁶⁴

Tanör’e göre hukuk devletinin yapıcı unsurları şunlardır:

-Devletin hukuka ve demokratik bir anayasaya uygunluğunu sağlayan ilke ve kurallar,

-Bu uygunluğu pekiştirecek yargı denetimi,

-Bu mekanizmanın etkin işleyişi için gerekli olan yargı bağımsızlığı,

-Adil yargılanma ilkesinin getirdiği güvenceler.²⁶⁵

Gören’e göre hukuk devletinin varlığı,

-Yasaların Anayasaya ve hukuka uygun olması,

-Devletin tüm eylem ve işlemlerinin yasalara ve Anayasaya uygun olması ve onlara dayanması,

-Bunları sağlamaya yönelik bir mekanizmanın işler bir biçimde bulundurulması,

-Bireyin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmış olması ile sağlanabilir.²⁶⁶

Atar hukuk devletinin gereklerini:

-“Devlet organlarının hukukla bağlı olması,

²⁶³ Soysal, **a.g.e.**, s. 243-245.

²⁶⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s. 114-120.

²⁶⁵ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 90-91.

²⁶⁶ Gören, **a.g.e.**, s. 136.

- Birey hak ve hürriyetlerinin tanınması ve korunması,
- Bireylerin hukuki güvenlik içinde olması olarak sıralamıştır.”²⁶⁷

Erdoğan hukuk devletini bütün iş ve işlemlerini Anayasaya ve hukuka bağlı kalarak yürüten devlet olarak tanımlamış ve hukuk devletinin gereklerini,

- Kanun önünde eşitlik,
- Yargı denetimi: her türlü kamu işleminin hukuka uygunluğunun işleminin hukuka uygunluğunun bağımsız mahkemelerce denetlemesi,
- Yargı bağımsızlığı,
- Kanuni hâkim güvencesi,
- Hak arama yollarının açık olması,
- Adil yargılama ile ilgili güvencelerin varlığı olarak belirtmiştir.

Günday, hukuk devletini faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan devlet olarak tanımlamış. Neleri gerekli kıldığı konusunda ise:

- Temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmış olması,
- Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi,
- Kanuni idare (yasal yönetim) ilkesi,
- Devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi,
- İdarenin yargısal denetimi,
- Mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi,
- İdarenin mali sorumluluğu

ilkelerini belirlemiştir.

Gözler ise hukuk devletinin unsurlarını, yasama, yürütme ve yargı organlarının hukuka bağlı olmalarının hukuk devletinin gereği olduğunu ve bu ayrımın yeterli olduğunu söylemektedir.²⁶⁸

Hukuk devletinin özde Anayasal düzene, hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılığı anlattığını ifade eden²⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini,

²⁶⁷ Atar, **a.g.e.**, s. 87-93.

²⁶⁸ Gözler, **a.g.e.**, s. 153.

“...her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşıldığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”²⁷⁰

şeklinde tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi hukuk devletine ilişkin olarak vermiş olduğu kararlarında hukuk devleti ilkesinin gerekleri içerisinde yer alan ilkelere ağırlık vermektedir. 1989 tarihli bir kararında insan hakları, adalet ve eşitlik ilkelerini vurgulamıştır. Buna göre hukuk devleti:

“...insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adalet ve eşitliğe dayanan bir hukuk düzeni kurarak bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, tüm çalışmalarında hukuk kurallarına ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olup toplum yaşamında, bireylerin haksızlığa uğratılmamasını ve mutluluğunu amaç edinen bir devlettir.”²⁷¹

Aynı kararda hukuk güvenliği, devlete güven ilkeleri de ön plana çıkmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğini sağlayan bir ortam kurulmalıdır diyen Anayasa Mahkemesi’ne göre devlete güven hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı ortamın sonucudur.

Anayasa Mahkemesi “devlete güven ilkesini, hukuk devletinin vazgeçilmez temel öğeleri arasında” sayarken birçok kararında da “kazanılmış haklara saygı gösterilmesi”²⁷²ni hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında saymıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre “kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar için kazanılmış haktan söz edilemez.”²⁷³ Anayasa Mahkemesi kazanılmış haklara saygı ilkesine ilişkin olarak şu görüşlere yer vermiştir: “Kazanılmış bir haktan söz edebilmek için hakkın edinildiği anda yürürlükte olan kurallara uygun şekilde ve bütün sonuçları ile fiilen elde edilmiş olması gerekir”²⁷⁴ “Yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında

²⁶⁹ AYM. E. 1988/32, K. 1989/10, K.T. 28.02.1989, AMKD., Sy. 25, s. 121-122.

²⁷⁰ AYM. E. 1985/31, K. 1986/11, K.T. 23.03.1986, R.G.: 09.05.1986/19102.

²⁷¹ AYM. E. 1989/11, K. 1989/48, K.T. 12.12.1989, AMKD., Sy. 25, s. 433-434.

²⁷² AYM. E. 2002/112, K. 2003/33, K.T. 10.04.2003, R.G.: 04.11.2003/25279.

²⁷³ AYM. E. 1999/50, K. 2001/67, K.T. 03.04.2001, R.G.: 07.01.2001/24318;

AYM. E. 1989/11, K. 1989/48, K.T. 12.12.1989, R.G.: 22.01.1990/2410.

²⁷⁴ AYM. E. 1986/3, K. 1986/15, K.T. 03.07.1986, AMKD., Sy. 22, s. 175, R.G.: 10.12.1986/19307.

bulunulamaz.”²⁷⁵ Anayasa Mahkemesi’ne göre “Hukuk devletinin gerçek anlam ve amacı, devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygun yürütülmesini gerekli kılar. Anayasa’nın devlet faaliyetlerinin yargısal denetime bağlı olarak yürütülmesini öngörmesinin, yasama işlemlerinin de bu kapsamda olmasının nedeni budur. Anayasa Mahkemesi’nin kararıyla Anayasaya aykırılığı saptanan bir yasaya dayanılarak ileriye yönelik hak kazanılması ve kazanılmış bir haktan söz edilmesi olanaksızdır.”²⁷⁶ Anayasa Mahkemesi’ne göre “Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlenmeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır”. Bu nedenle hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. “Yasaların geçmişe yürütmesi” ise adaletin sağlanması temel hakların korunması gibi durumlar dışında söz konusu olamaz.²⁷⁷

Anayasa Mahkemesi insan haklarına saygıyı, adil bir hukuk düzeni kurulmasını, devletin bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uymasını ve bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olmasını hukuk devletinin vazgeçilmez gerekleri olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesi’ne göre hukuka uygunluğun sağlanması yalnız Anayasaya uygunluğun sağlanması ile değil hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyguladığı ilkelerine de uygunluğun sağlanması ile olur.: “bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.”²⁷⁸

Anayasa Mahkemesi’nin bir başka kararında kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında, birey hak ve özgürlüklerinin korunması için idarenin sorumluluğu hukuk devleti ilkesi içerisinde ele alınmıştır. “Kamu gücü karşısında kişinin hak ve özgürlüklerini korumak gerekir. Bu amaca ulaşabilmek için kullanılan araçlar aynı zamanda hukuk devletinin öğeleridir” diyen Anayasa Mahkemesi, bunlardan en önemlilerini kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında idarenin hukuka bağlılığı ile zarar verici işlem ve eylemlerinden sorumlu tutulması ve yargı güvencesi olarak sıralamıştır.

²⁷⁵ AYM. E. 1985/1, K. 1986/4, K.T. 25.02.1986, AMKD., Sy. 22, s. 52, R.G.: 10.07.1986/19160.

²⁷⁶ AYM. E. 1989/11, K. 1989/48, K.T. 12.12.1989, AMKD., Sy. 25, s. 433, R.G.: 22.01.1990/2410.

²⁷⁷ AYM. E. 2005/78, K. 2005/59, K.T. 30.09.2005, R.G.: 21.07.2006/26235.

²⁷⁸ AYM. E. 2005/78, K. 2005/59, K.T. 30.09.2005, R.G.: 21.07.2006/26235.

Anayasa Mahkemesi'ne göre "hukuk devletinde, yönetimin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu zorunludur: bu nedenle hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi idarenin yargısal denetimi"dir.²⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, yönetilenlere en üst düzeyde hukuksal güvence sağlanmasını ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve teminat altına alınmasını hukuk devletinin belirgin özelliği kabul etmiştir. Hukuk devletinde "...yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması..."²⁸⁰ gerekir. Yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 125. Maddesi'nin birinci fıkrasındaki "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır."²⁸¹

Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir."²⁸² Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesinin belirsizliğe ve sınırsızlığa yol açacak düzenlemeleri uygun karşılamayacağını bu nedenle, hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanması için, yönetimin görev ve yetkilerinin sınırlarının belirlenmesi gerektiğini de vurgulamıştır.²⁸³ Yargısal denetimin genel ya da özel mahkemelerce veya her ikisi tarafından yapılması şart değildir... Yargısal denetimde davaların hızlı, doyurucu ve az giderle görülmesi, yasalardan doğan uygulamalardaki hataların giderilmesi, adalet hizmetlerinin hızlandırılmasına ilişkin gerekli önlemlerin alınması, hukuk devleti olmanın gereğidir."²⁸⁴

"Hukuk devleti... düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin,

²⁷⁹ AYM. E. 1990/40, K. 1991/33, K.T. 01.10.1991, AMKD., Sy. 27, C. 1, s. 564, R.G.:07.02.1992/21135.

²⁸⁰ AYM. E. 1991/7, K. 1991/43, K.T. 12.11.1991, AMKD., Sy. 27, C. 1 s. 652, R.G.: 23.07.1992/21107.

²⁸¹ AYM. E. 2001/225, K. 2002/88, K.T. 8.10.2002, R.G.:26.02.2003/25032.

²⁸² AYM. E. 2006/64, K. 2006/54, K.T. 04.05.2006, R.G.: 05.10.2006/26310.

²⁸³ AYM. E. 1990/38, K. 1991/32, K.T. 26.09.1991, R.G.: 28.11.1991/21065.

²⁸⁴ AYM. E. 1994/75, K. 1995/4, K.T. 07.02.1995, R.G.: 08.05.1998/23336.

anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.”²⁸⁵ diyen Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınmasını da hukuk devletinin gereği saymıştır. “

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini de hukuk devletinin gerekleri arasında saymaktadır.²⁸⁶

Anayasa Mahkemesi yasaların kamu yararına dayanması ilkesini hukuk devletinde korunması gereken değerler arasında görmüştür.²⁸⁷

Yargı bağımsızlığı da hukuk devletinin gereklerindendir. Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin bağımsızlığını eşanlamli kullandığını ifade ettiği 27 Nisan 1993 tarihli kararında yargı bağımsızlığını,

“Yargı bağımsızlığı, yargının hiçbir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak, Mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar, yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımsızlığından, yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmaz. Bu bağımsızlığın, yürütme organının yanında, yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal-ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasamaya, yürütmeye ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisine açık olan yargı, bağımsız olamaz”²⁸⁸

şeklinde açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi hâkimlerin bağımsızlığını ve hâkimlik teminatını da yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz şartı saymıştır:

“Hukuk devletinin en önemli ögesi sayılan yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı üzerine kurulur. Hâkimler de, mahkemelerin bağımsızlığı ve Hâkimlik güvencesi esaslarına göre görevlerini yerine getirirler. Gerçekte bir bütünlük taşıyan ‘görev’, güvencesiz bırakılırsa anlamını yitirir. Bu nedenle bağımsızlık ve güvence birbirinden ayrı düşünülmesi olanaksız bir Hâkimlik gereğidir. Hâkimlik mesleğinin bu temel hukuksal niteliği, kaynağını Anayasa’dan alan bir egemenlik olgusudur. Mahkemelerin bağımsızlığı ile Hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, birbiriyle eş anlamlı, biri öbürünün nedeni ve doğal sonucu sayılacak ilkelerdir. Hâkimlik güvencesi de bu hukuksal bileşkenin gereğidir. Bir kez daha anlaşılmaktadır ki, mahkemelerin bağımsızlığı ve Hâkimlik güvencesi, birbirini oluşturup, birbirini tamamlayan, birbirine anlam veren, biri olmazsa öbürü olmayacak iki öz niteliktir. Yargılamanın yansızlığının, temelde halkla ilişkisinin, savunma özgürlüğünün güvencesi olan yargı bağımsızlığı hiçbir nedenle sınırlandırılmaz, olumsuz yönde etkilemelere açık bırakılmaz.”²⁸⁹ (a.b.ç.)

²⁸⁵ AYM. E. 1998/710, K. 1998/18, K.T. 20.05.1998, R.G.: 12.12.1998/23551.

²⁸⁶ AYM. E. 1990/35, K. 1991/13, K.T. 06.06.1991, R.G: 27.10.1994/22094.

²⁸⁷ AYM. E. 1990/13, K. 1990/30, K.T. 20.11.1990, R.G.: 03.01.1992/21200.

²⁸⁸ AYM. E. 1992/37, K. 1993/18, K. T. 27.04.1993, AMKD. Sy. 31, C. 1, s. 97.

²⁸⁹ AYM. E. 1988/32, K. 1989/10, K.T. 28.02.1989, AMKD. Sy. 25, s. 121-122.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hukuk devleti kavramının gereklerine kararlarında geniş yer vermiştir. Kanımca bu gereklerin hiç biri için fazlaca geniş yorumlandığı ya da önceden öngörülemez olduğu öne sürülemez. Gözler ise Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak hukuk devleti kavramının içeriğini tabii hukukçu unsurlarla doldurmaktadır ve böyle bir anlayışta bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devleti ilkesine aykırı bulunup bulunamayacağı önceden hiçbir şekilde öngörülemez.²⁹⁰

Gözler'e göre her normun geçerliliğini bir üst norma bağlı olması ve bir üst norma uyup uymadığının yargısal denetiminin yapılması, devletin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olduğu ve vatandaşların hukuki güvenlik içinde olduğu anlamına gelir. Hukuk devleti ifadesinde yer alan hukuk, pozitif hukuktan başka bir şey değildir. Tabii hukuk içerikli bir hukuk devleti kavramının anayasal sistemimizde yeri yoktur.²⁹¹

Kaboğlu ise hukuk devleti'nin “basit bir normlar hiyerarşisi düzenine” veya yalnızca “kuvvetler ayrılığı”na indirgenemeyeceğini, normların içeriğinin de göz önüne katılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁹²

Kanımca Anayasa Mahkemesi kararları göz önüne alındığında bu hukuk devleti ilkesinin gereklerinin belirsiz olduğu ve bir kanunun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilip edilemeyeceğinin öngörülemez olduğu, kavramın hukuka bağlılık dışında bir anlam içerdiğinde muğlâk ve keyfî olacağı düşüncesine katılmak mümkün değildir.

4. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASINA GETİRİLEN ÖLÇÜTLERİN ÖLÇÜ NORM NİTELİĞİ

Temel hak ve özgürlüklerin soyut Anayasa kuralları olmaktan çıkarılması, uygulanabilir hale getirilebilmeleri için sınırlarının belirtilmesi gerekir. Bundan dolayı hak ve özgürlüklerle birlikte sınırlamalarını belirleyen kural ve güvenceler de

²⁹⁰ Gözler, **a.g.e.**, s. 179.

²⁹¹ **Aynı.**

²⁹² Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 386.

Anayasa’da belirtilmiştir.²⁹³ Anayasa Madde 13, 2001 yılında yapılan değişikliktan sonra “temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan sınırlamalar temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerlidir.” şeklini almıştır. Fakat Uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal sistemlerde temel hakların sınırlanması rejiminde öngörüldüğü gibi Anayasamızda da olağan-olağanüstü dönem rejimleri ayrıdır. Olağan dönemlerde haklar niteliklerine uygun belli sınırlamalara tabi tutulabilmekte ve sınırlamanın sınırı olarak da “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü kullanılmaktadır. Olağanüstü hallerde ise, olağan dönemlerdeki güvenceler çoğunlukla devre dışı kalmakta, ancak çekirdek haklar olarak kabul edilen bazı haklar bu rejim içinde mutlak olarak “demokratik toplum düzeninin gerekleri” değil, “durumun zorunlu kıldığı gerekler” ölçütü esas alınmaktadır. Anayasa madde 15’de “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” denmektedir. Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine ilişkin ilke ve kurallarının ölçü norm nitelikleri bu bölümün konusudur.

4.1. Ölçü Norm Olarak Kanunilik İlkesi

1982 Anayasası’nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği şeklinde ifade edilen “kanunilik ilkesi”, uluslararası insan hakları belgeleri ve bütün çağdaş anayasalarda yer alır. 13. maddenin ilk şeklinde,

²⁹³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 205.

sınırlamaların “kanunla” yapılabileceği ifade edilirken, 2001 değişiklikleri sonrası, 1961 Anayasası’nın 11. maddesinde olduğu gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların “ancak kanunla” yapılacağını öngörmüştür.²⁹⁴

Belgelerde ilke, daha çok, “kanunla belirlendiği gibi”, “kanunla öngörüldüğü gibi”, “kanun uyarınca” şeklinde ortaya konmaktadır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 29. maddesinin 2. fıkrasında özgürlüklerin, “sadece kanun tarafından belirlenen sınırlamalara tabi” olduğu ifade edilir. Aynı şekilde Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 4. maddesinde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 12., 18., 19., 21., 22., maddelerinde “kanunla öngörülen”, “kanunla belirtildiği” gibi ifadeleri yer alır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-11 maddelerinde ve Anayasa’nın 13. maddesinde de benzer ifadeler bulunmaktadır.²⁹⁵

Kanun kavramı biri şekli biri maddi olmak üzere iki anlamda kullanılır. Şekli kanun yetkili organ ya da yasama meclislerince öngörülen usullere uyularak yapılan işlemlerdir. Şekli kanun anlayışında, kanunun içeriği ve kapsamı önemli değildir. Kanun onu yapan organa göre değerlendirilir. Bu anlayış, Fransa’da Carre de Malberg tarafından savunulmuştur. Buna göre yasama organınca kanun yapma usulüne göre alınan her karar kanundur. Bu bakımdan ister belli bir kişiye maaş bağlanmasına ilişkin kanun (sübjektif işlem), ister bireyleri belli bir duruma sokan vatandaşlık ve kadro kanunları gibi, ya da maliye bakanlığının vergi toplayabilmek ve harcamalar yapabilmesi açısından, yetkilerini kullanabilmesinin bir koşulunu oluşturan bütçe kanunu, (şart tasarruf = koşul işlem) olsun, hepsi yasama organınca yapıldıkları için şekli anlamda kanun sayılırlar.²⁹⁶

Maddi kanun anlayışı, kanunun içeriğinin ne olduğunu araştırır. Bu anlayışta işlemin kaynağı, yani yapan organ dikkate alınmaz; bir metnin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda, ortada bir kanun var demektir. Maddi kanun

²⁹⁴ Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekləri** (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), s. 67-68.

²⁹⁵ Eren, **a.g.e.**, s. 67.

²⁹⁶ Teziç, **a.g.e.**, s. 10.

anlayışı, bu açıdan tüzük ve yönetmelik gibi organik açıdan idari düzenleyici işlemleri de kapsar.²⁹⁷

Anayasa'nın 13. maddesinin gerekçesinde, tüm hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında “kanunilik ilkesinin” geçerli olduğu ve yürütme organının düzenleyici işlemleri ile özgürlüklerin sınırlandırılmaz olduğu belirtilmiştir. Gerekçesinde yer alan, “yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetin sınırlandırılmayacağı” ifadesinden, “şekli kanun” anlayışının benimsendiği anlaşılr.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise kanun kavramının mutlaka yazılı bir hukuk kuralı gerektireceği yorumunu reddederek, kanunla öngörülen kavramını hem yazılı hem de yazılı olmayan “Common Law” (örf ve adet) hukukunu içerdiğini belirtmiştir. En geniş yorumu yaptığı Sunday Times kararında bununla beraber temel hakları sınırlayan hukuk kurallarının, maddi anlamda “kanunla öngörülmüş” sayılabilmeleri için bazı koşulları taşıması zorunluluğunu da şart koşmuştur. Yazılı olsun ya da olmasın, bir hukuk kuralının “kanunla öngörülen” tanımına uyması için, “hukuk güvenliğini sağlama zorunluluğunu” yerine getirmesi; bunun içinde “kolay ulaşılabilir” ve “öngörülebilir” olması gerektiğini vurgulamıştır.²⁹⁸

Anayasa Mahkemesi ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması alanında “kanundan” şekli anlamda kanunu anlamaktadır. “13. maddenin birinci fıkrasında ‘kanunla’ denilmek suretiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının münhasıran yasama tasarrufuyla mümkün olabileceğine işaret edilmiştir.”²⁹⁹ diyen Anayasa Mahkemesi genel nüfus sayımı için 22 Ekim 2000 günü ilan edilen sokağa çıkma yasağına uymayan davalı hakkında Cumhuriyet Savcılığı’na Türk Ceza Kanunu’nun 526. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan 219 Sayılı Yasa Hükmünde Kararnamenin 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa’ya aykırılığına ilişkin itiraz başvurusunda “...genel nüfus sayımlarında sokağa çıkma yasağı getirilerek, Anayasa’nın 19. ve 23. maddelerinde anlatımını bulan temel hak ve

²⁹⁷ Aynı, s. 10-11.

²⁹⁸ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 226.

²⁹⁹ AYM. E. 1985/21, K. 1986/23, K.T. 06.09.1986, AMKD., Sy. 22, s. 224.

özgürlüklerin yasa hükmünde kararname ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılık oluşturmaktadır..."³⁰⁰ diyerek kuralı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sokağa çıkma yasağının, yasa hükmünde kararname ile düzenlenmesini birey özgürlüğü ve güvenliğine, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne aykırı olduğunu ve sadece yasa ile sınırlandırılabilmesine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, özgürlükleri sınırlayan yasalarda kullanılan deyimlerin "açık ve kesin" olmasını; uygulayıcıların sübjektif değerlendirmelerine ve keyfî davranışlarına yol açabilecek nitelikte genel, soyut kavramlar olmaması gerektiğini de belirtmektedir:

"Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan "Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi", hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması" nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır."³⁰¹

4.2. Ölçü Norm Olarak Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk Kriteri

Sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması, Anayasa'nın bütününe - tüm maddelerine ve ondan çıkan temel anlama da - aykırı olmaması demektir.³⁰² Sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluğu, sınırlama ile ilgili madde ile diğer anayasal ilkelerin birlikte ele alınmasını gerekli kılar. Pozitif hukuk açısından aynı hukuki değere sahip Anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunmaz. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereğince, Anayasa hükümlerinin birbiriyle çelişkiye düşmeden yorumlanmalar gerekir.³⁰³

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının Anayasa'nın "sözüne" uygun olması gerekliliği özellikle Anayasa'nın Temel hak ve özgürlük için "ek güvenceler" getirdiği

³⁰⁰ AYM. E. 2000/82, K. 2002/193, K.T. 26.11.2002, R.G.: 26.02.2003/25032.

³⁰¹ AYM. E. 1995/28, K. 1996/2, K.T. 18.01.1996, AMKD., Sy. 36, C. 1, s. 20.

³⁰² Özbudun, **a.g.e.**, s. 104.

³⁰³ Oktay Uygun, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi** (İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1992), s. 226.

durumlarda önem kazanmaktadır.³⁰⁴ Ek güvenceler, ilgili oldukları norm alanına özel ve yoğun bir koruma getiren güvencelerdir.³⁰⁵ Bunlara örnek olarak Anayasa'nın “her ne sebeple olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz”(A.Y. m. 12/2); “basın... sansür edilemez (A.Y. m. 8/1); “sürelî ve süresiz yayın önceden izin alma şartına bağlanamaz” (A.Y. m. 12/2); “basın.. sansür edilemez (A.Y. m. 28/1); “sürelî ve süresiz yayın önceden izin alma şartına bağlanamaz” (A.Y. m. 29/1); “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir” (A.Y. m. 33/1) diyen maddeleri örnek verilebilir. Kanunla yapılacak sınırlama Anayasa'da öngörülen bu ek güvenceleri ortadan kaldırıyorsa, yapılan sınırlama Anayasa'daki sınırlama sebeplerine dayansa bile Anayasa'ya aykırı olur.³⁰⁶ Örneğin, genel ve özel sebeplere dayanan basın hürriyetini sınırlandıran bir kanun, basının sansür edilmesini öngörüyorsa, bu kanun Anayasa'nın “basın sansür edilemez” diyen “sözüne” aykırı olmuş olur.

Anayasa'nın ruhundan ne anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Özbudun'a göre, Anayasa'nın ruhu, “Anayasa'nın bütünü” ve “ondan çıkan temel anlam” demektir.³⁰⁷ Sabuncu'ya göre ise “sınırlama yapılırken Anayasa'nın bütününe göz önünde tutulması gerektiği” biçiminde anlaşılabilir.³⁰⁸ Atar'a göre “Anayasa'nın ruhu” , “Anayasa'nın yorumu” anlamına gelir ve Anayasa hükmünün anlamının belirlenmesi olarak anlaşılması gerekir. Gözler'e göre ise “Anayasa'nın ruhuna” uygunluk şartına herhangi bir anlam verilemez. Ve eğer Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken kaçınılmaz olarak yerindelik denetimi yapmış olur.³⁰⁹

1982 Anayasası döneminde de, Anayasa Mahkemesi, özel işletmeler adına devlet tarafından kamulaştırmalar yapılabilmesine olanak tanıdığı halde; kamulaştırılan alana daha sonra gerek kalmaması veya amaç dışında kullanılması halinde ne yapılacağı konusunda bir düzenleme getirmeyen 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 46. maddesinin son fıkrasını

³⁰⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s. 103.

³⁰⁵ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Öz** (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982), s. 159.

³⁰⁶ Atar, **a.g.e.**, s. 122.

³⁰⁷ Özbudun, **a.g.e.**, s. 104.

³⁰⁸ Sabuncu, **a.g.e.**, s. 48.

³⁰⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 234.

“...Oysa, Anayasa’nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamalar ‘öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz.’ Aksine bir durumda, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun düşmeyen bir sınırlamayla, anayasal güvence altındaki mülkiyet hakkının özüne dokunulmuş olur. İtirazlı kural bu sakıncalara açıktır”

diyerek Anayasa’nın 13. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı görerek iptal etmiştir.

4.3. Ölçü Norm Olarak Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Gücün sınırlandırılmasına, özgürlüklerin korunmasına hizmet eder.³¹⁰ İlke temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırı”nı teşkil eder. Yasa koyucu veya idare tarafından kullanılan aracın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olup olmadığı amaçla ölçülü bir orantı içinde bulunup bulunmadığı ile ilgilidir.³¹¹

Ölçülülük ilkesine 1982 Anayasası’nda açıkça 2001 değişikliğinden sonra yer verilmiştir. “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörildükleri amaç dışında kullanılamaz.” ilkesi, 2001 Anayasa değişiklikleriyle kaldırılmış; “Bu sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz cümlesi eklenmiştir.

Bununla birlikte Ölçülülük ilkesinin Anayasa’nın 13. Maddesi’nde bu şekilde düzenlenmesi farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Gözler, ilkenin 13. Madde’ye konuluşu ile ilgili olarak ilkenin hukuki temeli konusundaki belirsizliği giderdiğinden isabetli bulmaktadır. Ancak ilave ediliş formülünü eleştirmektedir. Gözler’e göre maddeye ilave edilen “ölçülülük ilkesi” tabiri kanun yapma tekniğine aykırıdır: “Ölçülülük ilkesi diye bir ilke, Anayasa’nın metninde geçtiğinde, sanki Anayasa’nın normlarının dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesine veya doktrinin ürettiği bir ilkeye Anayasa’nın atıf yaptığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır.” Gözler’in önerisi, “ölçülülük ilkesi” tabirini kullanmaksızın, ilkenin içeriğini hüküm altına alacak

³¹⁰ O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması** (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), s. 162.

³¹¹ Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), s. 20-21.

ifadeye yer verilmesidir. Bu duruma örnek olarak AİHS ve 1982 Anayasası ‘nın 15. madde düzenlemesini göstermektedir.³¹²

“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlığını taşıyan Anayasa’nın 15. Maddesi’nin birinci fıkrasında; “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre de olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin durdurulması için “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi” ve durdurma veya aykırı önlemlerin “durumun gerektirdiği ölçü”yü aşmamalı, yani ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.

Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşur:

Elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eder.³¹³ Alınan tedbirle sınırlama amacına yaklaşıyorsa araç elverişli, başvuru aracının sınırlama amacına ulaşmayı zorlaştırıyor veya amaca ulaşma bakımından etkisiz kalıyorsa, araç elverişsizdir.³¹⁴

Gereklilik ilkesi, güdülen amaca aynı derecede elverişli birden fazla araç arasından en yumuşak aracın seçilmesini ifade eder.³¹⁵ Mümkün olan en küçük müdahale ve en az külfetli araç seçilmelidir. Eşit derecede elverişli araçlar arasından daha hafifi varsa, ağır olanlar gerekli değildir.³¹⁶

³¹² Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasa’nın 13. Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, **Ankara Barosu Dergisi 4**, (Ankara: 2001), s. 57-58.

³¹³ Özbudun, **a.g.e.** s. 104.

³¹⁴ “Manfred Gentz, “Zur Verhältnismaessigkeit von Grundrechtseingriffen” **Neue Juristische Wochenschrift**, 21. Jahrgang 2 Heft Halbband, 35, 1968” Metin, **a.g.e.**, s. 26’deki alıntı..

³¹⁵ Sağlam, **a.g.e.**, s. 114.

³¹⁶ Gören, **a.g.e.**, s. 373.

Oranlilik ilkesi, aracın ulaşılmak istenen amaçla orantısız bir ilişki içinde bulunamayacağı anlamına gelir. Bu belirlemede sınırlamayla bireysel özgürlük alanına verilen zararın topluluğun geneli için amaçlanan yararlar uygun bir oranda bulunması olarak anlaşılır. Sınırlamaya yol açan önlemle bağlı olan zararlar getirdiği yararlardan daha büyükse önlem orantılı değildir.³¹⁷

Doktrinde “ölölölük ilkesi” Anayasa’da açıkça yer almadan önce de “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz.” ibaresinin ölölölük ilkesini ifade ettiğine ilişkin bir kanı bulunmaktadır. Tanör’e göre bu ibareyle ölölölük ilkesine yakın bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin o dönemde bu doğrultuda verdiği kararlarda da bu çıkarımın rolü vardır. Anayasa’nın 15. maddesinde de, olağanüstü durumlarda bile, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına, ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” izin verilmiştir. Dolayısıyla, normal zamanlarda temel hak ve özgürlükler alanında sınırlama yapılırken, bu durumun evleviyetle geçerli olması gerekecektir. Tanör, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde bu konuya açıklık getirildiğini belirtmektedir.³¹⁸

“Maddenin ikinci fıkrası... hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında öngörölen genel ve özel nedenlerin belli amaçları yönelik bulunduğunu, binnetice, ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngöröldüğünü vurgulamaktadır. şu halde, öngörölen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak yahut meşru amaç güdülererek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı her halde korunacaktır.”³¹⁹

Özbudun da Tanör ile aynı düşüncededir.³²⁰ Atar da 2001 değişikliğinden önceki durumda da Anayasa’dan ölölölük ilkesinin çıkarılabileceğini fakat bu çıkarımın 15. Madde’den yapılabileceğini ifade eden Özbudun’a katılmaktadır.³²¹

Erdoğan ise maddenin önceki halinde bulunan “öngöröldükleri amaç dışında kullanılamama” ifadesinin doğrudan doğruya ölölölük ile ilgili olmadığını burada

³¹⁷ Kanadoğlu, **a.g.e.**, s. 165.

³¹⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 138.

³¹⁹ Akad ve Dinçkol, **a.g.e.**, s. 72.

³²⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 104.

³²¹ Atar, **a.g.e.**, s. 128.

kastedilenin idare hukukundan bildiğimiz “yeki saptırması” yasağı olduğunu, bu haliyle hükmün yasama organının temel hakları sınırlama yetkisini kötüye kullanmasını önlemek amacını güttüğünü düşünmektedir. Bununla birlikte sınırlamanın öngörülen amaca aykırı olmamasının ölçülülüğü de gözetecek şekilde yorumlanmasını prensip olarak yanlış bulmamaktadır.³²² Gözler’e göre de “öngöröldükleri amaç dışında kullanılamama” ifadesi “belli bir amaçla yapılan sınırlamanın başka bir amaçla kullanılmasını yani yetki saptırmasını” yasaklamaktadır. Gözler 15. maddeden de “evleviyetle” düşüncesiyle ölçülülük çıkarımı yapılamayacağını 15 ve 13. maddelerin birbirinden bağımsız sistemler getirdiğini düşünmektedir. Son olarak hukuk devleti ilkesinden de böyle bir çıkarımın yapılamayacağını bu ve buna benzer pek çok çıkarımı hukuk devleti ilkesine bağlamanın kendisinin hukuk güvenliğini ve hukukun öngörülebilirliğini zedelediğini belirtmektedir.³²³

1982 Anayasası’nın ilk dönemlerinde, ölçülülük ilkesi Anayasa’ya uygunluk denetiminde eskiye oranla farklı ve geniş bir kullanım alanı bulmamıştır. Fakat bu tutumu fazla sürmemiş ve kısa bir süre sonra kararlarında ölçülülük ilkesine yer vermeye başlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 1985/6 karar sayılı Kararı’nda³²⁴, çalışma hakkını sınırlayan yasal önlemin, ilgililer açısından ölçüsüz bir yükümlülük getirdiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilen düzenleme, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 3003 sayılı Kanunla değişik 154. Maddesi’dir. Bu maddeye göre, “devletin şahsiyetine karşı cürümlerden veya rüşvet, sahtecilik, hırsızlık, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma ve yalan yere tanıklık cürümlerinden biri ile hakkında kamu davası açılan” avukatların işten yasaklanmaları zorunludur. Sanık olan bir avukatın tutuklanmasını gerektirecek derecede ağır bir suç bulunmadığı hallerde işten yasaklama gibi ağır bir tedbirle cezalandırılmasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi:

“Dava dilekçesinde işaret olunduğu gibi, bu suçlar arasında para cezasını, ya da kısa süreli hapis cezasını gerektirenler vardır. Kaldı ki, bu suçlardan mahkûmiyet Avukatlık

³²² Erdoğan, **a.g.e.**, s. 203.

³²³ Gözler, **a.g.e.**, s. 248-250.

³²⁴ AYM. E. 1984/12, K.1985/6, K.T. 01.03.1985, AMKD., Sy. 21, s. 99.

Kanununa göre mesleğin icrasına da mani değildir. Mahkûmiyet halinde mesleğin icrasına engel teşkil etmeyen bir suçun, daha kovuşturma safhasında işin nasıl sonuçlanacağını henüz belli olmadığı ilgilinin mesleki faaliyetten yasaklanması haklı görülemez.”

diyerek açıkça belirtmemekle beraber orantılılık ilkesini ölçü norm olarak kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi 1987/4 karar sayılı Kararında, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Yasası’nın Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken, yasanın Ek 2. maddesinin son cümlesini “önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengeyi bozmaktadır. Araç ile amaç arasındaki mantıki bağ kaybolmaktadır” diyerek³²⁵ Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi 1987/11 karar sayılı Kararında da “Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır.” ifadelerini kullanarak ölçülülük ilkesini ölçü norm olarak kullanmıştır.³²⁶

Anayasa Mahkemesi’nin Avukatlık Kanunu ile ilgili 1989/27 karar sayılı kararında ölçülülük ilkesini ilk kez açıkça tanımlamıştır:

“İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri olan yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik” sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gereklilik”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.”³²⁷

Ölçülülük İlkesinin alt ilkeleri elverişlilik, gereklilik ve oranlılık da Anayasa Mahkemesi kararlarında yerini bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi 1993/55 sayılı kararında 743 sayılı Medeni Kanunun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “kocanın ikametgâhını karının ikametgâhını addolunur.” ibaresinin Anayasa’ya uygunluğunu incelerken :

³²⁵ AYM. E.1986/12, K.1987/4, KT.11.02.1987, AMKD., Sy. 23, s. 85.

³²⁶ AYM. E.1986/17, K.1987/11, KT. 22.05.1987, AMKD., Sy. 23, s. 222.

³²⁷ AYM. E. 1988/50, K. 1989/27, K.T. 23.06.1989, AMKD., Sy. 25, s. 312.

“Kocanın ikametgâhının karının da ikametgâhı sayıldığı itiraz konusu kural, yalnızca evlilik birliğinin kurulması ile uygulamaya giren, birliğin yapısına uygun ve devamlılık ve düzeninin sağlanması amacına yöneliktir.

İtiraz konusu kural ile, karının ikametgâhını seçme özgürlüğü, aile birliğinin sağlanmasındaki kamu yararı nedeniyle sınırlanmıştır. Bu sınırlama Anayasa’da yer alan aileyi korumaya ilişkin kurallara uygun olduğu gibi, demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır. Sınırlama, amaca ulaşmaya elverişli, uygun ve evlilik birliği içinde kimi koşulların gerçekleşmesi durumunda taraflara ayrı ikametgâh seçme ve oraya yerleşme özgürlüğü tanıyan kuralların da varlığı nedeniyle ölçülü olup, Anayasa’nın 13. ve 23. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir”³²⁸

diyerek sınırlamada başvuru kocanın ikametgâhının karının ikametgâhı sayılması şeklindeki aracın, aile birliğinin devamını ve düzenini sağlama amacına uygun, elverişli bir araç olduğu şeklinde karar vermiştir. Karının ikametgâhını seçme özgürlüğüne getirilen sınırlama makul olup, ulaşılmak istenen amaçla orantısız değildir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1991/33 karar sayılı kararında, hem elverişlilik hem de gereklilik ilkesi ile ilgili görüşler yer almaktadır. Kararda yapılan düzenlemede hangi tür idari işlemlere karşı yapılacak başvuruların bu sınırlı yargılamaya bağlı olacağı belirtilmemekle, bunun ölçülerini ‘kânunlarda itiraz edilebileceği belirtilen işlemler’ olarak genel, kapalı, sınırsız ve belirsiz biçimde verildiğini belirten Anayasa Mahkemesi bunun, yargısal denetimin etkilendiğini ortadan kaldırarak onu yalnızca biçimsel bir denetim durumuna getireceğini, kamu yararını korumaya elverişli olmadığı ve ‘hukuk devleti’ kavramı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığını taşıdığını belirttiikten sonra,

“...Bu açıklamalar, ek 3. madde ile getirilen düzenlemede kapsam belli olmadığından, Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan ‘Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir’ yolundaki ilkeye aykırı olarak yargısal denetim özelliklerinin yok edildiğini, bu hakkın gereksiz ölçüde sınırlanıp kısıtlandığını göstermektedir”(a.b.ç.)

denilerek hakkın “gereksiz” ölçüde kısıtlandığı ifade edilmiştir. Kararda ölçülülük ilkesinin temelini teşkil eden amaç-arac ilişkisinin denetlenebilmesi için yasal düzenlemelerin kapsam ve sınırlamalarının belirgin olması gerektiği vurgulanarak, yasal düzenlemenin hukuk devletinin gerektirdiği ölçüde belirgin olmaması halinde amaç-arac ilişkisinin denetiminin güçleştiği ifade edilmiştir.³²⁹

³²⁸ AYM. E. 1993/23, K. 1993/55, K.T. 02.12.1993, AMKD., Sy. 35, C. 1, s. 82.

³²⁹ AYM. E. 1990/40, K. 1991/33, K.T. 01.10.1991, AMKD., Sy. 27, C. 2, s. 559.

Anayasa Mahkemesi 2001/333 karar sayılı kararında ulaşılmak istenen kamu yararı amacı ile bu amaca ulaşmak için bulunan çözüm arasında ölçülü bir orantının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır:

“4531 sayılı Yasa’nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Ancak, 4531 sayılı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte öngörülen fiyat artışlarına koşut olarak kiralarda 2001 yılı için kabul edilen %10 oranındaki artış, 2001 yılında yaşanan ekonomik kriz nedeniyle oluşan fiyat artışlarının çok altında kalmıştır. Böylece, kira bedellerine getirilen sınırlama, amacını aşarak kiracı ile kiralayan arasında bulunması gereken adil dengenin kiralayan aleyhine demokratik bir toplumda makûl, kabul edilebilir olarak nitelendirilemeyecek biçimde bozulması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda, itiraz konusu ibare ile mülkiyet hakkının özüne dokunacak biçimde yapılan ölçsüz sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez.”

Bu kararında Anayasa Mahkemesi sınırlamada amaç ile araç arasındaki makul dengenin bozulmasını demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı bulmuştur.

4.4. Ölçü Norm Olarak Laik Cumhuriyetin ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri

Anayasanın 13. maddesinde geçen “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama” ölçütüne “laik Cumhuriyetin gerekleri” ibaresi 2001 yılı değişikliği ile eklenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlamanın sınırı olarak “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü, 1982 Anayasası kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi’nce uygulandığı gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu ölçüt, ortak bir koruma rejimi içinde ortak bir ölçüttür.³³⁰

Fakat ülkelerin, anayasal düzenleri ile sınırlı kalarak mı temel hak ve özgürlüklere ilişkin standartları belirleyecekleri, yoksa demokratik toplum düzeninin gereklerinin, ulusal hukukun üstünde, evrensel standartları olup olmadığı sorundur. 1982 Anayasası’nın 13. maddesi hazırlanırken, “demokratik toplum düzeni” deyiimi ile,

³³⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 183.

çerçevesi 1982 Anayasası tarafından çizilen bir demokrasi anlayışı mı; yoksa evrensel, batılı bir demokratik anlayışı mı kastedilmiştir?³³¹

1982 Anayasası'nın benimsediği demokratik toplum anlayışının kastedildiği düşüncesini desteklemek üzere Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü'nün Danışma Meclisinde yaptığı açıklama öne sürülmektedir. Feyyaz Gölcüklü şöyle demiştir: “Bu Anayasa’da öngörülene gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasa’daki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tabi demokrasidir.” Yine 1982 Anayasası'nın benimsediği demokrasi anlayışının kastedildiği görüşünü destekler nitelikte, Başlangıcın 5. paragrafında “hiçbir kişi ve kuruluşun bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” hükmü gösterilmiştir.³³² İkinci görüşün desteği de yine Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonu Anayasa gerekçesinde “Hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır.” ifadesinin 13. Madde’de kullanılmış olmasıdır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinin uygulanmasında evrensel bir demokrasi anlayışı temel alındığında; demokrasinin evrensel ilkeleri, uluslararası insan hakları hukukunun ortaya koyduğu minimum güvenceler ve çağdaş demokratik ülkelerdeki uygulamalar göz önünde bulundurulur. Bu nedenle, özgürlüklere ilişkin sınırlamalarda, demokratik toplum düzeninin gereklerini tek tek belirlemek mümkün değildir. Bununla birlikte bu ölçütün en geniş şekilde uygulandığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, demokratik toplum düzenine ilişkin gerekler tek tek sayılmamakta, demokrasinin evrensel ilkeleri temel alınarak, yorumla bu gerekler belirlenmeye çalışılmaktadır. Mahkeme kararlarında, düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, açıklık ve hoşgörü ilkeleri, demokratik toplum düzeninin kurucu unsurları olarak sayılmaktadır.³³³

³³¹ Aynı, s. 142.

³³² Gözler, a.g.e., s. 238.

³³³ Eren, a.g.e., s. 175.

Anayasa Mahkemesi 1 Mart 1984 tarihli 3972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyeti Seçimi Hakkındaki Kanun'un Anayasaya aykırılığını incelediği kararında, batılı demokrasileri karşılaştırma unsuru olarak kullanmaktadır:

“Onda bir indirimli baraj uygulamalı nispi temsil sisteminin demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düşen bir yönü bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hukuka bağlı batılı demokrasilerde seçim sistemlerinin ülkelerin şartlarına ve gereklerine göre çoğunluk veya nispi temsil ya da her ikisi arasında yer alan sistemlerden birinin tercih edildiği ve bunların aynı derecede demokratik sayıldığı görülmektedir.”³³⁴

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 6 Ekim 1986 tarihli kararında:

“...Hakların ve özgürlüklerin kısıtlanması ve sınırlandırılması bakımından Anayasanın açıkça belirttiği durumlardan biri de Anayasanın 119., 120., 121. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü hallerle sıkıyönetim ve savaş hallerinde yapılabilecek sınırlamalardır. Yasa Koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde yukarıda sözü edilen sebeplere dayanmak suretiyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”

diyerek demokratik toplum düzeni kriteri ile 1982 Anayasası'nın demokrasi anlayışının kastedildiğini ifade etmiştir. Bu karardan kısa süre sonra 26 Kasım 1986 tarihinde verdiği kararında Anayasa Mahkemesi, “...klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.”³³⁵ diyerek demokratik toplum düzeni kavramına 1982 Anayasası dışında referans arayan anlayışına geri dönmüştür. Bu kararında Anayasa Mahkemesi “demokratik toplum düzeni” kavramını ve bu kavramın kapsamını aşağıdaki şekilde açıklamıştır:

“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde

³³⁴ AYM. E. 1984/1, K. 1984/2, K.T. 01.03.1984, AMKD., Sy. 29, s. 161.

³³⁵ AYM. E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986, AMKD., Sy. 22, s. 365.

kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnaî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır.”³³⁶

Bu kararda demokratik toplum düzeni ölçütü aynı zamanda sürekliliği sağlanması gereken “amaç” olarak ele alınmıştır. Özgürlüklerin kullanılması demokratik toplum düzenini tehdit ettiği durumda, demokratik toplum düzenini devamını sağlayacak ölçüde sınırlandırılabilir. Kararda demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı o tarihte Anayasa’da yer almayan “hakkın özü” kavramıyla birlikte değerlendirilmiş, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de uyum içinde olamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte temel hakkın özüne dokunan kısıtlamanın o hakkı tamamen kullanılamaz hale getiren kısıtlama olduğu görüşüne yer verilerek özgürlük alanı dar yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi aynı yöndeki bir başka kararında da:

“Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvencelere bağlanarak özenle korunduğu rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde sınırlandığı değil, sınırlamanın nedenleri yöntemi, bu konudaki yargısal denetim olanakları ‘demokratik toplum düzeni’ kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde istisnaî olarak, sınırlanabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır.”³³⁷

demidir. Anayasa Mahkemesi bu kararında da görüldüğü gibi Anayasa’da yer alan ilkelere aykırılığı demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık olarak görürken, ölçüte bağımsız bir anlam vermemiştir. Demokratik toplum düzeni ölçütünü hakkın özü kavramı ile birlikte değerlendirerek, hakkın özüne dokunulmasını da özgürlüğün kullanılmasını tamamen ortadan kaldırma hali ile sınırlamıştır. 1998/71 karar sayılı kararında da öze dokunmayı “temel hak ve özgürlükleri tümüyle kullanılamaz hale getirme” olarak tanımlayan Anayasa Mahkemesi,”Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni

³³⁶ AYM. E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986, AMKD., Sy. 22, s. 365.

³³⁷ AYM. E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988, AMKD., Sy. 24, s. 108.

gerekleriyle uyum içinde sayılamaz”³³⁸ diyerek, aynı yöndeki içtihadını tekrarlamıştır. 1999/10 karar sayılı kararında ise Anayasa Mahkemesi bu kez “hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde zorlaştıran” sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturacağını belirtmiştir:

“Ancak, maddede öngörülen bu sınırlamanın, kamu yararı amacıyla da olsa hakkın özüne dokunmaması, Anayasa’nın 13. maddesinde sözü edilen demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması zorunludur. Hakkın özüne dokunan düzenlemeler, gerçek anlamda mülkiyet hakkını ortadan kaldırır ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların ölçüsünü oluşturan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmaz.

..İtiraz konusu kuralla, orman sayılmayan sahipli yerlerdeki fıstık çamları üzerindeki mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın konusu, bu ağaçları kesmeden önce, yerel orman idaresine haber vermek ve bir tutanakla belgelendirmektir. Kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde zorlaştıran bir nitelik taşımadığından demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır.”³³⁹

Anayasa Mahkemesi 1999/33 karar sayılı kararında da yine “öze dokunmama”, “makul ve kabul edilir ölçüyü aşmama”, amaç ile araç arasında makul ve adaletli bir denge” gibi ölçütleri demokratik toplum düzeni ölçütünün içeriğini doldurmada kullanmıştır:

“...bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makûl ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlanırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makûl ve adaletli bir denge kurulmalıdır.

İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa’nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez.”³⁴⁰

Bu kararlarından farklı olarak ölçülülük ilkesinin gereklerini de saydığı 1988/18 karar sayılı kararında hakkın özüne dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gereklerini iki ayrı ölçüt olarak kullanmıştır:

“Anayasa’nın uyulmasını öngördüğü gereklerden uzaklaşmadıkça, Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararlarıyla açıklanan ‘makûl, kabul edilebilir bir ölçü’ aşılmadıkça sınırlamanın Anayasa’ya aykırılığı söz konusu olamaz.... Anayasa ilkelerini zedelemeyen, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan, hakkın özüne dokunmayan düzenlemeler gerçek anlamda bir seçme ve seçilme hakkını olumsuz biçimde etkilemez, ortadan kaldırmaz. ...Yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun dengenin bozulduğunu gösteren bir belirti yoktur. Amaçla araç arasındaki makûl ölçüyü aşmayan yeni

³³⁸ AYM. E. 1997/59, K. 1998/71, K.T. 18.11.1998, R.G.: 16.01.2000/23935, s. 38.

³³⁹ AYM. E. 1997/75, K. 1999/10, K.T. 13.04.1999, AMKD., Sy. 36, C. 1, s. 389.

³⁴⁰ AYM. E. 1999/1, K. 1999/33, K.T. 20.07.1999, AMKD., Sy. 36, C. 2, s. 579.

sınırlamanın aykırı olmadığı görülmektedir. ...Düzenleme, siyasî partilerin seçimlere katılmalarını zorlaştırarak seçme ve seçilme hakkını koşula bağlasa da, amacı oyların gereğinden fazla bölünmesini önleyerek istikrarı sağlamaya yönelik olduğundan, hakların özüne dokunmadığı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı değildir.”(a.b.ç.)

13 Nisan 1999 tarihli kararında “...genel sağlığın korunması amacıyla getirilen düzenlemenin benzerlerine çağdaş demokrasilerde rastlandığı... düzenlemenin demokratik toplum düzeniyle uyumlu bulunduğu”³⁴¹ ifadesiyle demokratik toplum düzeninin gereklerini belirlerken 1982 Anayasası dışında bir referans noktası alan Anayasa Mahkemesi 2003 yılında verdiği bir başka kararında “çağdaş demokrasiler” deyişine açıklık getirmiştir. Çağdaş demokrasilerin temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi:

“Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak Anayasa’nın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir...”³⁴²(a.b.ç.)

diyerek, “demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olan ölçüde” hakların sınırlandırılabilirliğini belirtmiş, ölçülülük ilkesini de demokratik toplum düzeni kavramıyla birlikte değerlendirmiştir.

4.5. Ölçü Norm Olarak “Hakkın Öz” Ölçütü

1982 Anayasası’nın ilk düzenlemesinde yer verilmeyen “öze dokunmama” kriteri 2001 yılında 13. maddede yapılan değişiklikle yeniden Anayasa’ya girmiştir.

Öz güvencesinin içeriğini aydınlatmak için her şeyden önce bu kuralın neyi koruduğunu aydınlatmak gerekir. Burada öz güvencesinin objektif temel hak normunun mu yoksa normun kişiye sağladığı subjektif kamu hakkının mı özünü koruduğu tartışılmaktadır.³⁴³

³⁴¹ AYM. E. 1998/24, K. 1999/9, K.T. 13.04.1999, AMKD., Sy. 36, C. 1, s. 378.

³⁴² AYM. E. 2002/112, K. 2003/33, K.T. 10.04.2003, R.G.: 04.11.2003/25279.

³⁴³ Sağlam, a.g.e., s. 146.

Öz güvencesinin yalnızca objektif temel hak normunu koruduğu düşünülürse, belli bir somut olayda bir kimsenin sübjektif hakkının ortadan kalkmasına yol açabilecek bir sınırlama, mutlaka o temel hakkın toplum içindeki fonksiyonunu yerine getirmeye devam edip etmediğine bakılacaktır. Bununla birlikte öz güvencesi sübjektif kamu hakkını da koruyorsa, bu hakkın somut bir olayda bir tek kişi açısından da olsa sınırlama derecesi, öze dokunma yasağının ihlaline yol açabilecektir. İlk ihtimalde yasa koyucu daha geniş bir serbesti kazanırken, ikinci ihtimalde bu serbesti daralmaktadır.³⁴⁴

Temel haklar bireylere tanınmış olduğundan ve bireyin temel haktan faydalanamaması durumunda başka birisinin faydalanması da ona bir yara sağlamayacağından özü birey için garantide arayan sübjektif görüşe ağırlık verilmesi daha doğru olur.³⁴⁵

Öğretide de ağırlıklı olarak özün ne olduğunun, her hak ve özgürlük için ayrı ayrı, uygulamada da Anayasa Mahkemesi tarafından belirleneceği kabul edilmiştir. Genel bir tanım olarak bir hakkın özü dokunulduğu takdirde onu anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir.³⁴⁶ Öz ilkesi temel hak ve özgürlükler sınırlanırken, sınırlamaların hakkın kullanılmasını imkânsız kılacak dereceye varmamasını ifade eder.³⁴⁷

Gözler'e göre ise hakkın özü tartışmaya açık bir kavram olup objektif olarak tanımlanamaz. Hakkın özü ölçütü, demokratik toplum düzeni ölçütüne göre Anayasa'ya uygun bulunabilecek birçok sınırlamanın, Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğuracağı için operasyonel değildir. Hakkın özü ölçütü, uluslararası sözleşmelerde de kullanılmaktadır. Birbirine alternatif olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü kavramının aynı maddede yer alması yanlıştır.³⁴⁸

1982 Anayasası'nda, 13. Madde'de yapılan değişikliğe kadar, "öze dokunma yasağı" pozitif bir ilke olarak yer almamakla beraber, Anayasa Mahkemesi "hakkın özü" kavramının "demokratik toplum düzeninin gerekleri" arasında yer aldığını kabul

³⁴⁴ Aynı.

³⁴⁵ Gören, a.g.e., s. 375.

³⁴⁶ Özbudun, a.g.e., s. 105.

³⁴⁷ Eren, a.g.e., s. 97.

³⁴⁸ Gözler, a.g.m., s. 58-60.

etmiştir. Anayasa Mahkemesi 26.11.1986 tarihli kararında öze dokunma ölçütünü Anayasa’da açık pozitif temeli olmadan ilk kez kullanmıştır:

“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.”³⁴⁹

Anayasa Mahkemesi burada temel hak ve özgürlüğün “özüne” dokunulmuş olması için tümüyle kullanılamaz hale gelmesini aramıştır, 1998/71 karar sayılı kararlarında da “Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz”³⁵⁰ diyerek özün koruduğu alana ilişkin olarak aynı yönde görüş bildirmiştir:

13 Nisan 1999 tarihli kararında ise yalnızca hakkın kullanılmasını tamamen ortadan kaldırmayı değil hakkın kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını da hakkın özüne dokunmak olarak nitelemiştir:

“Hakkın özüne dokunan düzenlemeler, gerçek anlamda mülkiyet hakkını ortadan kaldırır ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların ölçüsünü oluşturan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşma ...Kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde zorlaştıran bir nitelik taşımadığından demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır.”³⁵¹

Aynı yıl verdiği 1999/51 karar sayılı kararında da aynı yönde görüş bildirerek “belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak” sınırlamayı hakkın özüne dokunmak olarak nitelendirmiştir:

“Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvenceye altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez ...Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.”³⁵²

³⁴⁹ AYM. E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986, AMKD. Sy. 22, s. 365.

³⁵⁰ AYM. E. 1997/59, K. 1998/71, K.T. 18.11.1998, R.G.: 16.01.2000/23935, s. 38.

³⁵¹ AYM. E. 1997/75, K. 1999/10, K.T.13.04.1999, AMKD., Sy. 36, C. 1, s. 389.

³⁵² AYM. E. 1999/33, K. 1999/51, K.T. 29.12.1999, AMKD., Sy. 36, C. 2, s. 673.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde ise hakkın özü kavramını “..bir hak ve özgürlüğün gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki hak ve özgürlüğün özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”³⁵³ şeklinde açıklamıştır. 1982 döneminde “bir hak ve özgürlüğün gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren” ifadesine yer verilmemiş olması temel hak ve özgürlüklerin amaçsız kalmasına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.³⁵⁴

³⁵³ AYM. E. 1963/17, K. 1963/84, K.T. 08.04.1963, R.G.: 09.07.1963/11456.

³⁵⁴ Uygun, **a.g.e.**, s. 189-190.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI HUKUK KURALLARININ ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDEKİ YERİ

1. ÖLÇÜ NORM OLARAK ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI

Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun hukukudur. Uluslararası toplum kavramına bakış açısına göre uluslararası hukukun tanımı da değişiklik göstermektedir. Uluslararası toplumun yalnızca devletlerden oluştuğu düşüncesine dayanan geleneksel görüşe göre, uluslararası hukuk devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünüdür. Uluslararası toplumu bireylerden oluşan insanlığın tümü olarak kabul eden görüşe göre, uluslararası hukuk çeşitli siyasal toplumlara bağlı bireylerin tek ya da topluca giriştikleri ilişkilerin uluslararası düzeyde düzenlenmektedir.³⁵⁵

Uluslararası hukukun iç hukukla olan ilişkilerinde ise kuramsal açıdan iki görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki: iki hukuk düzeninin birbirinden farklı iki ayrı hukuk düzeni oluşturduğunu ifade eden ikici (dualist) görüştür. H. Triepel ile D. Anzilotti tarafından savunulan bu görüşün ilk dayanağı her iki hukuk düzeninin düzenledikleri toplumsal ilişkilerin değişik olmasıdır. İç hukuk bireyler ya da bunların oluşturduğu tüzel kişiler arasındaki ilişkileri düzenlerken, uluslararası hukuk büyük ölçüde devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu görüşün ikinci dayanağı ise her iki hukuk düzeninin kurallarının büyük ölçüde değişik kaynaklardan doğmalarıdır. İç hukuk bir devletin üstün otoritesine bağlı olarak ortaya çıkan bir tek taraflı irade ürünüdür. Uluslararası hukuk ise birden çok devletin katılması sonucu oluşan bir ortak irade ürünüdür. D. Anzilotti'ye göre bu kaynak farklılığının sonucu olarak iki hukuk düzeninin bağlayıcılığı da farklı temellere oturmaktadır. İç hukukta kuralların bağlayıcılığı yasa koyucunun iradesine otururken, uluslararası hukukta kuralların bağlayıcılığı “pacta sunt servanda” ilkesi gereğidir. İkinci görüş ise tekçi (monist) görüştür. Buna göre: “var olan hukuk düzeni tektir”. Uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenleri aynı bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Bu durumda hangi hukuk düzeninin

³⁵⁵ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2001), s. 1.

diğerine üstün olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İç hukukun uluslararası hukuka üstün olduğu yolunda görüş bildirenlere göre, uluslararası alanda devletler-üstü bir otoritenin yokluğu ve antlaşmaları yapma yetkisinin anayasalarda tanınmış olması bunu doğrulamaya yeter. Çoğunluğun benimsediği görüş ise uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü savunan görüştür. Bu görüşü benimseyenler iki ana okul çevresinde toplanmaktadır. Gerçekçi (realiste) görüşün savunucularından G. Scelle'ye göre toplumlararası her kural kendisiyle çelişen iç hukuk kuralına üstündür. Normcu kuram savunucularından H. Kelsen'e göre ise tek temel kural vardır. Bu da pacta sunt servanda ilkesidir. Uygulanan hukukun varlığı ise uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ile mümkün olabilir. Zira birbirleriyle eşit bir biçimde var olan çeşitli iç hukuk düzenlerinin uygulanma alanlarını düzenleyebilmek ve onların çatışmalarını ortadan kaldırmak ancak bu iç hukuk düzeninin varlığı ile gerçekleşebilecektir.³⁵⁶

Uluslararası antlaşmalar ve hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun biçimsel kaynaklarındandır. Uluslararası hukuku saptayan ve bildiren biçimsel kaynaklar arasında da asli ve yardımcı kaynaklar olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde de benimsenmiştir. Bu ayırma göre i) antlaşmalar, ii) yapıla geliş (teamül), iii) hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun asıl kaynaklarıdır. Yardımcı kaynaklar ise i) mahkeme kararları, ii) uzman yazarların görüşleri (öğreti ya da doktrin) dir.³⁵⁷

1.1. Ölçü Norm Olarak Hukukun Genel İlkeleri

Hukukun Genel ilkeleri - Uygar Uluslarca benimsenmiş genel hukuk ilkeleri - Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde antlaşma ve teamülden sonra Uluslararası hukukun kaynakları arasında gösterilmiştir. Hukukun genel ilkelerinin açık bir biçimde ilk olarak ortaya çıkışı 1907 II. La Haye Konferansında olmuştur. Nitelikleri konusunda öğretilerde büyük tartışmalara yer veren bu ilkeler, öğretilerde ağırlıklı eğilime göre “birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalara ne hukuk mantığı ne de Devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan devletlerin ortak değerlerini içeren kurallar olarak”

³⁵⁶ Aynı, s. 17-20.

³⁵⁷ Aynı, s. 101-102.

tanımlanırken,³⁵⁸ Anayasa Mahkememizce “Hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeler” olarak tanımlanmıştır.³⁵⁹

Hukukun genel ilkeleri, anlaşmalar ve teamüller kadar genel bir kabul görmemiştir.³⁶⁰ Tartışma özellikle bağımsız bir kaynak olarak kabul edilmeleri kısmında toplanmaktadır. Bunların ayrı kaynaklar olduğuna ilişkin öncelikle Statünün 38. Maddesi’nde teamüllerin yanı sıra genel hukuk ilkelerine de yer verilmiş olması gösterilmektedir. İkinci olarak ise genel hukuk ilkelerinin, eşyanın tabiatı gereği reddedilmesi imkânsız olan, varlıkları ve kökenleri ispatı gerektirmeyecek kadar toplum yaşamının temelini teşkil eden ilkeler olduğu, varlıklarını kabul etmenin aklın gereği olduğu, toplumun her kesiminin varlığının temeli veya devamıyla yakından ilgili olan ilkeler olduğu gösterilmiştir. Buna göre geçerlilikleri bütün zamana şamildir ve bu nitelikleri sebebiyle de hiçbir “medeni” millet bu ilkelere itiraz etmemiştir. Bu nitelikleri itibari ile teamülün dar kuralları kapsamına sokulamazlar. Teamül kısa bir süre içinde bölgesel düzeyde, devletlerin iradesiyle değişebilir. Genel hukuk ilkeleriyle teamülü ayıran bir başka fark da onların ortaya çıkış biçimidir. Teamülün varlığı ve bağlayıcılığı için hukuki inancı yansıtan bir uygulamanın varlığını gözlemlemek ve kanıtlamak gerekir. Oysa genel hukuk ilkeleri için bütün hukuk sistemlerindeki varlıkları yeterlidir. Genel hukuk ilkelerinde ısrarlı muhalefet sonucu uygulanmama da söz konusu değildir. Son olarak teamül kurallarında belli bir konudaki devletlerarası genel, tutarlı ve tek düze uygulamalar aynı yönde müşterek bir kural yaratma saikıyla şekillenmektedir. Karşılıklılık ve karşılıklı fayda mülahazaları önemli bir rol oynamaktadır. Genel hukuk ilkeleri ise her hukuk sisteminden ayrı olarak ve milletlerarası kural yaratma çaba ve endişesi olmaksızın milli sistem içinde genel doğruyu ve yararlıyı temin etme saikıyla kabul görmektedir.³⁶¹

Hukukun genel ilkelerinin teamül kurallarından ayrı bir kaynak olduğu görüşünü paylaşan Pazarıcı, hukukun genel ilkelerinin antlaşmalar ve teamülden en önemli farkının yargıcın bu kuralları saptarken çok daha esnek bir değerlendirme yetkisine

³⁵⁸ Aynı, s. 221- 222.

³⁵⁹ AYM. E. 1986/3, K. 1986/15, K.T. 03.07.1986, R.G.: 23.08.1988, s. 21.

³⁶⁰ Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk** (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), s. 28.

³⁶¹ Gündüz, **a.g.e.**, s. 29-31.

sahip bulunması olduğunu söylemektedir. Pazarcı'ya göre: "...anılan bu kaynak öteki iki kaynağın uluslararası hukukta bıraktığı kurallar boşluğunu doldurma gibi bir işleve sahip bulunmaktadır. Böylece, uluslararası hukukta kural yokluğu nedeniyle bir davanın reddinin önlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak, hukuk genel ilkelerine tanınan bu işlev, hakkaniyete uygun çözüm yönteminde olanın aksine, uygulanacak kuralların yargıç tarafından oluşturulacağı anlamına da gelmemektedir. Yargıç, uluslararası hukuk kişilerin oluşturulan kuralları saptamanın ötesinde bir yetkiye sahip değildir.”³⁶²

Hukukun genel ilkelerini bağımsız kaynak olarak tanınip tanınmaması hukukta boşluk olabileceğini kabul edip etmemeye bağlıdır. Seha L. Meray'a göre, Divan Statüsü'nün genel hukuk prensiplerine doğrudan doğruya ve başlı başına devletler hukukunun kaynağı olma vasfını izafe etmekle, milletlerarası hâkime, devletler hukukunun boşluklarını doldurma bakımından bir imkân vermek istemiştir.³⁶³

Kelsen ve Scelle ise aksi görüştedir. Hukukun genel ilkelerinin ayrı bir kaynak olarak kabul edilmesinin en büyük gerekçesi olan antlaşma ve teamülün yarattığı boşluğu doldurma sebebine de bu şekilde karşı çıkmaktadır. Hans Kelsen'e göre, herhangi bir somut olay karşısında ne antlaşmanın ne de teamül hukukunun uygulanmaması mantık bakımından mümkün değildir. Yürürlükteki milletlerarası hukuk her zaman ve her olaya uygulanabilir; çünkü bir devletin ya da bir milletlerarası hukuk kişinin belli bir şekilde davranmak zorunda olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması mümkün kılar. Belli bir biçimde davranmak yükümünü öngören hiçbir antlaşma ya da teamül kuralı yoksa hukuk kişisi, milletlerarası hukuk bakımından dilediği gibi hareket etmekte hukuk açısından özgürdür. Milletlerarası hukuku uygulamakla görevli olan organlara, somut bir olaya, antlaşma ya da milletlerarası teamül hukukunda bulunmayan kuralları uygulamak suretiyle, bu çeşit boşlukları doldurmak yetkisi verilmişse, bu durum, bu organlara yürürlükteki hukukun uygulanmasını doyurucu bulamadıkları takdirde, yeni kurallar koymak yetkisinin verilmiş olduğunu varsaymayı gerektirir.³⁶⁴

³⁶² Pazarcı., a.g.e., s. 226.

³⁶³ Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş** (Ankara: AÜSBF Yayınları, 1968), s. 101.

³⁶⁴ Edip F. Çelik, **Milletlerarası Hukuk** (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1987), s. 166.

Georges Scelle de, bir hukuk düzeninde boşluk olabileceğini kabul etmez. Hukuk, kendi çerçevesi içinde bütün ilişkileri düzenler. Ancak bu düzenleyiş, ya açık (sarih) olur ya da örtülü (zımni) olabilir. Açık ise, emreder, yasaklar ya da müsaade eder ve bu takdirde yetkinin kullanılması düzenlenmiş olur; örtülü ise emretmez, yasaklanmadığını yapmaya müsaade eder ve bu takdirde de, hukuk kişinin bir hareketi yapmak ya da yapmamak hususundaki özgürlüğünü kabul eder. Aslında söz konusu olan takdir yetkisidir. Bu bakımdan genel hukuk ilkeleri kavramı belli ve sağlam bir hukuk anlayışına cevap vermemektedir. Bu konuda Scelle ile aynı görüşü paylaşan Edip F. Çelik'e göre ise genel hukuk prensipleri olarak adlandırılanlar aslında genel teamül kurallarıdır. Bunların bir kısmı o ölçüde önemlidir ki, milletlerarası hukuk düzeninin Anayasa kuralları niteliğindedir.³⁶⁵

Bu tartışmalar bir tarafa hukukun genel ilkelerinin nelerden ibaret bulunduğu konusunda en geniş araştırmayı yapmış olan Rousseau iki kategori oluşturmuştur: (i) Hem iç hukukta hem de devletler hukukunda tatbik edilecek genel prensipler ile (ii) Sadece devletler hukukunda tatbik edilecek prensipler. İlk gruba örnek olarak hüsünüyet (bona fides) ahde vefa (pacta sunt servanda), hakkın suistimali, müktesep haklara riayet, zamanaşımı, gecikme faizi, kimsenin sahip olduğu haktan fazlasını devredemeyeceği karinesi (nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet), kimsenin kendi davasında aynı zamanda hâkim olamayacağı kaidesi, (nemo iudex in re sua), v.s. ilkeleri, ikinci gruba örnek olarak ise uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkeleri olarak da; uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü, devletin bağımsızlığı, devletin sürekliliği, ulusal başvuru yollarının tüketilmesi sayılmıştır.³⁶⁶

W. Friedman ise hukukun genel ilkelerini (i) Yaklaşım ve yorum yöntemine ilişkin hukuk genel ilkeleri, (ii) Asgari adalet ölçülerine ve usule ilişkin ilkeler, (iii) Genel bir biçimde benimsenen kimi maddi hukuk genel ilkeleri olarak sınıflandırmıştır. Örnekleme gerekirse yorumda hakkaniyet ilkesi, hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi ilk gruba, hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamaması ilkesi ikinci gruba, sebepsiz zenginleşme ilkesi son gruba örnek verilebilir.³⁶⁷

³⁶⁵ Aynı, s. 171.

³⁶⁶ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 20.

³⁶⁷ Pazarıcı, **a.g.e.**, s. 230.

Türk Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararlarında tespit etmiş olduğu hukukun genel ilkelerinden bazıları şunlardır:

- “Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi,
- İyi niyet ilkesi,
- Ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi,
- Kazanılmış hakları korumak ya da kazanılmış haklara saygı ilkesi,
- Kanunların geriye yürümezliği ya da aksine hüküm olmadıkça kanunların yürürlüğe girdiği günden itibaren meydana gelen olaylara uygulanması ilkesi,
- Kesin hükme saygı ilkesi,
- Devlete güven ilkesi,
- Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi ilkesi,
- Özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesi³⁶⁸”dir.

1.1.1. Hukukun Genel İlkelerinin Ölçü Norm Olarak Kullanılmasının Pozitif Temeli

1.1.1.1. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukukun genel ilkelerine daha çok “hukuk devleti ilkesinin” unsurlarını, özelliklerini ve niteliğini belirlemek için başvurmuştur.³⁶⁹ Anayasa Mahkemesi’ne göre “hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını da sağlamakla yükümlüdür.”³⁷⁰ “hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir.”³⁷¹ “Anayasa’nın egemenliği, bağlayıcılığı yanında, yasa koyucunun uymak zorunda bulunduğu ilkeleri, evrensel hukuk kurallarını, düzenin dayanakları olarak benimseyen hukuk devletinde tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ve yargı denetimine açık oluşu en büyük güvencedir.”³⁷² “Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli

³⁶⁸ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 20.

³⁶⁹ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 21.

³⁷⁰ AYM. E. 2005/78, K. 2005/59, K.T. 30.09.2005, R.G. 21.07. 2006.

³⁷¹ AYM. E. 2002/112, K. 2003/33, K.T. 10.04.2003, R.G:04.11.2003/25279.

³⁷² AYM. E. 1988/32, K. 1989/10, K.T. 28.02.1989, AMKD. Sy. 25, s. 121-122.

bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez.”³⁷³ diyen Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin kısa bir tanımını pek çok kararında “yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa’nın bulunduğu bilincinde olan Devlet”tir, ³⁷⁴ diyerek benzer şekilde yapmıştır. Anayasa Mahkemesi hukuk devletini “Hukuk devleti, eylem ve işlemlerinde Anayasa, yasalar ve hukukun genel ilkeleriyle kendini bağlı sayan devlettir.”³⁷⁵ şeklinde tanımlamaktadır.

Buna göre “hukukun genel ilkelerine uyma” “hukuk devleti”nin gereğidir. Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkelerine aykırı işlem ve eylemleri de Anayasa Madde 2’ye aykırı bularak iptal etmiştir.

1.1.1.2. Anayasa’nın 138. Maddesi

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.” 138. maddenin birinci bendinde Anayasa ve kanun sayılmışken “hukuka” denmesinin bir yineleme olmadığı, bununla hukukun genel ilkelerinin kastedildiği düşünülmektedir.³⁷⁶

Pek çok kararında³⁷⁷ hâkimlerin Anayasa, yasa ve hukuku uygun olarak görevlerini yerine getireceklerinden bahseden Anayasa Mahkemesi 1980 tarihli bir kararında açıkça hâkimin pozitif hukuk kurallarıyla birlikte “hukukun genel ilkeleri”ni uygulayacağını belirtmiştir:

³⁷³ AYM. E. 1991/7, K. 1991/43, K.T. 12.11.1991, 1 AMKD. Sy. 27, C. 2, s. 652-653.

³⁷⁴ AYM. E. 1997/59, K. 1998/71, K.T. 18.11.1998

AYM. E. 2003/42, K. 2003/ 44, K.T. 27.05.2003,

AYM. E. 1985/31, K.1986/1, K.T. 27.03.1986, R.G.: 09.05.1986;

AYM. E. 2001/ 478, K. 2004/38, K.T. 25.03.2006

AYM. E. 2004/ 86, K. 2004/110, K.T. 29.09.2004, R.G.: 17.05.2006;

AYM. E. 2003/82, K. 2006/66, K.T...: 28.07.2006;(www. anayasa.gov.tr. general/kararlarbilgibank.asp 01.11.2006);

AYM. E. 2004/68, K. 2005/104, K.T. 23.12.2005, R.G.: 21.09.2006/26296.

³⁷⁵ AYM. E.1993/29, K. 1994/1, K.T. 11.1.1994 (www. anayasa.gov.tr. general/kararlarbilgibank.asp 01.11.2006);

³⁷⁶ bkz. Özbudun, **a.g.e.**, s. 121.

³⁷⁷ AYM. E.1986/15, K.1987/1, K.T. 06.01.1987, AMKD., Sy. 23, s. 10-11;

AYM. E.1991/44, K.1991/53, K.T. 24.12.1991, AMKD., Sy. 27, C.2, s. 734-735;

AYM. E.1992/13, K.1992/50, K.T. 21.10.1992, AMKD., Sy. 29, C.1, s. 177-178;

AYM. E.1980/63, K.1980/68, K.T. 11.12.1980, R.G.: 20.02.1981/17257.

“Hâkim, hangi suça hangi cezanın verileceğini saptarken vicdani kanaatinden önce Anayasa, yasa ve hukuk kuralları ile bağlıdır.

...Hâkim, Anayasa ve yasa gibi pozitif hukuk kuralları ile hukukun genel ilkelerini uygularken, özellikle, fiilin işlenmiş olup olmadığının, işlenmiş ise ne gibi etkiler altında işlenmiş olduğunun ve suçun hangi ceza kuralı kapsamına girdiğinin saptanmasında, başka bir deyişle, belgelerin değerlendirilmesinde vicdanî kanaatine göre hareket etme durumundadır. Bunun dışına taşan savlar, ancak kişisel bir kanı olarak değerlendirilebilirler.”³⁷⁸

1996 tarihli bir kararında ise bu anlayışını sürdürerek hâkimlerin pozitif hukuk kuralları yanında “hukukun genel ilkeleri”ni de uygulamaları gerektiğini belirtmiş, ek olarak da Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları da göz önünde bulundurularak uygulanmaları gerektiğinin de altını çizmiştir.

“Hâkim, Anayasa ve yasa gibi pozitif hukuk kuralları ile hukukun genel ilkelerini uygularken, özellikle, fiilin işlenmiş olup olmadığının, işlenmiş ise ne gibi etkiler altında işlenmiş olduğunun ve suçun hangi ceza kuralı kapsamına girdiğinin saptanmasında, başka bir deyişle, belgelerin değerlendirilmesinde vicdanî kanaatine göre hareket etme durumundadır.

....Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.”³⁷⁹

1.1.1.3. Anayasa’nın 15., 16. ve 92. Maddeleri

15. Madde’de temel hakların kısıtlanması ile ilgili olarak “....milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla...” denilerek, 16. Madde’de “Temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanır.” ve 92. Madde’de “Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hali ilanına....” denilerek milletlerarası hukuka dolayısıyla , milletlerarası hukuk kaynaklarından olan hukukun genel ilkelerine atıf yapılmıştır.

1.1.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Hukukun Genel İlkeleri

Anayasa Mahkemesi’nin hukuk devletinin tanımını yaptığı, hukukun genel ilkelerine de hukuk devletinin unsurlarını özelliklerini ve niteliğini belirlemek için başvurduğu kararlarının bir kısmına yukarıda değinilmişti. Anayasa Mahkemesi

³⁷⁸ AYM. E. 1980/63, K. 1980/68, K.T. 11.12.1980, R.G.: 20.02.1981/17257.

³⁷⁹ AYM. E. 1996/6, K. 1996/6, K.T. 14.2.1996, (www. anayasa.gov.tr. general/kararlarbilgibank.asp 01.11.2006).

hukukun genel ilkelerinden söz ettiği pek çok kararında bu ilkeleri hukuk devletiyle ilişkilendirmiştir. Bununla beraber bazı kavram ve ilkeleri, “hukukun genel ilkeleri”nden saymış, bu ilkeleri gözetmemeyi de yine hukuk devleti ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Yasa koyucuyu da “hukukun genel ilkeleri”ne uymakla yükümlendirmiştir:

“Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.”³⁸⁰

Anayasa değişikliklerini Cumhuriyetin nitelikleri yönünden denetlerken verdiği kararlarında ise “Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların hukukun üstün kurallarına aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen bütünlüğü bozabilir.”³⁸¹ derken de hukukun genel ilkelerini anayasal düzenin temeli olarak nitelendirmiştir.³⁸²

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminde, denetim konusu kuralın, “Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı üstün genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı araştırılır”³⁸³ ve “...Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.”³⁸⁴

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre de hukukun genel ilkelerinin neler olduğunun tespitinde uygulanacak kıstas Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'ndeki

³⁸⁰ AYM. E. 2005/78, K. 2005/59, K.T. 30.09.2005, R.G.: 2006/26235.

³⁸¹ AYM. E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.04.1975, AMKD., Sy. 13, s. 428; AYM. E. 1975/167, K. 1976/19, K.T. 23.03.1976, AMKD., Sy. 14, s. 130.

³⁸² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 464.

³⁸³ AYM. E. 1987/30, K. 1988/5, K.T. 15.03.1988, AMKD., Sy. 24, s. 77; AYM. E. 1989/11, K. 1989/48, K.T. 12.12.1989, AMKD., Sy. 25, s. 433-434; AYM. E. 1991/9, K. 1991/36, K.T. 08.10.1991, AMKD., Sy. 27, C. 2, s. 603; AYM. E. 1995/44, K. 1995/44, K.T. 19.09.1995, AMKD., Sy. 31, C. 2, s. 657.

³⁸⁴ AYM.E. 1992/7, K. 1992/2, K.T. 28.01.1992

(www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp.20.01.2006).

tanımda olduğu gibi “bilinmek ve “bütün uygar ülkelerde kabul edilmiş bulunmak” tır.³⁸⁵

Anayasa Mahkemesi iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı ve devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkelerini 1986 yılı bir kararında medeni milletlerce kabul edilen hukukun genel prensiplerinden saymıştır:

“İnsan hak ve özgürlüklerini vatandaş gibi yabancıya da tanımış bulunan Anayasamız 16. maddesinde ‘Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir’ ilkesini getirmiştir. Anayasanın bu ilke ile gözettiği husus, temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamaların milletlerarası hukuka uygun bulunması ve bu sınırlamanın ancak kanunla yapılmasıdır. Milletlerarası hukuku da, devletlerin taraf oldukları ikili veya çok taraflı antlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve âdet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmî ve kazaî içtihatlar oluşturmaktadır.”³⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerinden biri olarak bahsettiği “kazanılmış haklara saygı” ilkesinin kısa bir tanımını şu şekilde yapmıştır:

“...Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.”

Buna göre kazanılmış hak tüm sonuçlarıyla elde edilmiş haktır.³⁸⁷ Anayasa Mahkemesi bunu pek çok kararında tekrarlamıştır:

“...Kazanılmış hakkın ihlâl edildiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hakkın bulunması gerekir. Dava dilekçesinde de böyle bir haktan değil bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen hakların ihlâlinden söz edilmektedir. Henüz kişisel bir hak haline dönüşmemiş ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak olarak kabul edilemeyeceğinden Geçici 2. maddesinin ikinci fıkrası hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemiştir.”³⁸⁸

³⁸⁵ Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 23-24.

³⁸⁶ AYM. E.1986/18, K.1986/24, K.T. 09.10.1986

www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp.20.01.2006).

³⁸⁷ AYM. E. 1988/12, K. 1988/32, K.T. 28.09.1988, R.G.: 11.12.1988/200016.

³⁸⁸ AYM. E. 2003/36, K. 2003/01, K.T. 15.10.2003, R.G.: 14.04.2005/25786.

Anayasa Mahkemesi'nin 10 Nisan 2003 tarihli kararına göre de “kazanılmış haklara saygı ilkesi” hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içinde yer alır. Anayasa Mahkemesi bu kararında ilkenin temel amacının bireylerin hukuk güvenliğini sağlamak olduğunu belirtmiştir.³⁸⁹

Başka kararlarında da görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu kararında da “kazanılmış hakkın” ihlal edilmemesini hukuk devletinin gereği saymıştır.³⁹⁰

Bir başka kararında ise yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağını belirtmiştir:

“...özel mülkiyete konu olan kıyıda 1972 yılından önce mevzuata aykırı olarak yapılan yapılar yönünden kazanılmış hakların saklı tutulacağı kuralı uygulanmaz. Çünkü yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağı hukukun temel ilkelerden birini teşkil etmektedir.”³⁹¹

Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakka saygı duymayı hukuk devleti ilkesinin gereği saydığından bu konudaki iptalleri 2. maddeye aykırı görerek yapmıştır. Kesin hükme saygı ilkesi de kazanılmış haklara saygı ilkesinin bir gereğidir. Dolayısıyla hukukun genel ilkelerindendir:

“İtiraz konusu kural, kesin hükmün bağlayıcılığını yineleyerek geçerliğini korumaya almıştır... Devlet işlemlerinin hukuka uygun olması, kazanılmış haklara saygı duymayı gerektirir. Her kesin hüküm, bir kazanılmış hakka yol açabileceğine göre, kesin hükme saygı, kazanılmış hakka saygı demektir. Hukuk devleti, kazanılmış hakları korumakla duyarlı davranarak hukuka bağlılığını örnek davranışlarla kanıtlar. İtiraz konusu kural, kesin hüküm dokunulmazlığını öngördüğünden bu olguya dayanak olarak Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığından söz edilemez. Hukuk devleti niteliğine aykırılık, ancak hukuka aykırı biçimde, kesin hükümlerin geçerli sayılmasını engelleyici bir kural için öne sürülebilirdi. Kazanılmış hakkı çiğnemeyen, koruyan itiraz konusu hüküm, bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülmemiştir.”³⁹²

Özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği ilkesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi:

“...Özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir. Anayasa'da da belli bir konuyu düzenleyen özel kural varken, o konuyu da kapsamı içine

³⁸⁹ AYM. E. 2002/112, K. 2003/33, K.T. 10.04.2003, R.G.: 04.11.2003/25270.

³⁹⁰ AYM. E. 2006/64, K. 2006/54, K.T. 04.05.2006, R.G.: 05.10.2006/26310.

³⁹¹ AYM. E. 1985/1, K. 1986/4, K.T. 25.02.1986, R.G.: 10.7.1986/19160.

³⁹² AYM. E. 1988/36, K. 1989/24, K.T. 02.06.1989, www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp. 20.01.2006).

alabilecek nitelikte bir genel kural bulunsa bile, onun değil, o konuya özgü Anayasa kurallarının uygulanması gerekir”³⁹³

diyerek “özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği ilkesini” hukukun genel ilkelerinden biri olarak nitelendirmiştir. Bu düşüncesini pek çok kararında tekrarlamış fakat özel düzenlemenin uygulanabilmesi için açık seçik olmasını aramıştır:

“...Bilindiği üzere bir konu, kendine özgü kurallarla düzenlenmemişse sorunların çözümünde genel kurallara gidilir, ancak o konuda özel düzenlemeler varsa ve bu düzenlemeler açık seçikse artık genel kurallara başvurulması düşünülmez.”³⁹⁴

Anayasa Mahkemesi “kanunların geriye yürümezliği” ilkesini de yine hukukun genel ilkelerinden biri olarak nitelendirmiş, hukuk güvenliğinin gerçekleşebilmesi için kanunların yürürlüğe girdikten sonra olan olaylara uygulanması gerektiğini belirtmiştir:

“...Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca, yasalar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir yasanın etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.”³⁹⁵

Kanunların yayımlandıkları tarihten önceki olaylara uygulanabilmesi adaletin sağlanması, temel hakların, kazanılmış hakların korunması gibi ayrık durumlar dışında mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkeleri olarak nitelediği diğer ilkelere olduğu gibi “kanunların geriye yürümemesi”ni de hukuk devletinin gereği saymıştır:

“...Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlenmeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve

³⁹³ AYM. E. 1996/29, K. 1996/25, K.T. 26.06.1996 www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp. 20.01.2006).

³⁹⁴ AYM. E. 1992/7, K. 1992/2, K.T. 28.01.1992 www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp

³⁹⁵ AYM. E. 2004/14, K. 2004/84, K.T. 23.06.2004, R.G.: 22.10.2005/2597.

istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürütmesi söz konusu değildir.”³⁹⁶

Hukukun genel ilkelerinden olan “devlete güven” ilkesi de hukuk güvenliğinin ve hukuk devletinin gereği sayılarak Anayasa Mahkemesi kararlarında yer almıştır:

“İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adalete ve eşitliğe dayanan bir hukuk düzeni kurarak bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, tüm çalışmalarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olup toplum yaşamında, bireylerin haksızlığa uğratılmamasını ve mutluluğunu amaç edinen bir devleti biçimleyen hukuk devleti tanımını da devlete güven ilkesini de doğal olarak içerir. Devletin temel niteliğinin öğelerinden biri de güvenilirliktir.

Devletin, yaptığı düzenlemelerle haksız bir edinim sağlaması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Hemen açıklamak gerekir ki, iptal kararı sonunda gerçekleşen ve kaçınılması olanaksız bu durum nedeniyle, Yasa koyucunun 3522 sayılı Yasa’nın düzenlenmesi sırasında ilgililerin mağduriyetlerinin önlenmesini de bir ölçüde gözetmesi ile konunun değişik yönlü ve uygulamaya yönelik olmasından, Anayasa’ya aykırılık oluşturan bir nitelik görülmemekte ise de, uygulama sonuçlarının yeniden değerlendirilerek mağduriyet konusunun yukarıda belirtilen esaslarla genel hukuk ilke ve uygulamaları doğrultusunda adaletli ve güvenilir bir biçimde çözümlenmesi zorunludur.”³⁹⁷

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının istisna olduğundan hareketle Anayasa Mahkemesi “Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı kuralların genişletici yoruma bağlı tutulmaması” gerektiğini belirterek “Demokratik hukuk devletinde, Anayasa’da yer alan hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı ayrıksı kuralların genişletici yoruma bağlı tutulmaması hukukun genel ilkelerindendir”³⁹⁸ demiş ve bunu “hukukun genel ilkeleri”nden saymıştır:

Anayasa Mahkemesine göre yeni kuralın eski kuralı yürürlükten kaldırması da yine hukukun genel ilkelerindendir:

“Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu; düzenlediği konu ve içeriği yönüyle ‘özel yasa’ niteliğindedir. İlgili konularda önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi yada tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Kaldı ki bir yasaya, kendisine aykırı kuralların

³⁹⁶ AYM. E. 2005/78, K. 2005/59, K.T. 30.09.2005, R.G.: 21.07.2006/26235.

³⁹⁷ AYM. E. 1989/11, K. 1989/48, K.T.12.12.1989,

(www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp20.01.2006)

³⁹⁸ AYM. E. 2000/34, K. 2005/91, K.T. 25. 11. 2005 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp 20.01.2006).

yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hüküm konulmasa da yeni kurallara aykırı olan önceki kurallar kendiliğinden geçersiz duruma gelir ve uygulanma yeterliklerini yitirirler. Bu durum, hukukun genel ilkelerindendir.”³⁹⁹

Hukukun genel ilkelerinden birisi mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır ve Anayasa Mahkemesi’nce ölçü norm olarak kullanılmıştır:

“...hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının ‘zaman ötesi’ niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyed veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır...”⁴⁰⁰

Buna göre Anayasa Mahkemesi kararlarında, tespit edilen bazı hukukun genel ilkeleri şunlardır:

- “Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesi”,
- “İyi niyet ilkesi”
- “Ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi”
- “ Kazanılmış hakları korumak ya da kazanılmış haklara saygı ilkesi”
- “Kanunların geriye yürümezliği” ya da “aksine hüküm olmadıkça kanunların yürürlüğe girdiği günden itibaren meydana gelen olaylara uygulanması ilkesi”
- “Kesin hükme saygı ilkesi”
- “Devlete güven ilkesi”
- “Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi
- “Hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı ayrık kuralların genişletici yoruma bağlı tutulmaması ilkesi”
- “Özel kural – genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı ilkesi”
- “Mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramayacağı ilkesi”

³⁹⁹ AYM. E. 1987/16, K. 1988/8, K.T. 19.04.1988 (www.anayasa.gov.tr/general/kararlarbilgibank.asp 20.01.2006).

⁴⁰⁰ AYM. E. 2002/112, K. 2003/33, K.T. 10.04.2003, R.G.: 04.11.2003/25279.

Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere ilkelerin çoğu Yüksek Mahkemece hukuk devletinin gereği kabul edilmiş ve iptal sebebi 2. Madde'ye aykırılıkta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ayrıca hukukun evrensel ilkelerine saygı duymayı hukuk devletinin gereği saymış ve yasakoyucunun da bu ilkelere uymakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. “Destek” veya ölçü norm olarak “bağımsız” ölçü normlardan ayrı bir sınıflandırma yapılmasının en dayanağı hukukun genel ilkelerinin “destek” ölçü norm olarak nitelendirilmesidir. Hukukun genel ilkeleri açıklayıcı ve teyid edici midir? Örneğin son olarak değinilen “mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramayacağı”nın hukukun genel ilkelerinden olduğunu belirten karara baktığımızda “mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliği”nin yalnızca teyid edici olduğunu kabul etmek oldukça güçtür.

1.2. Ölçü Norm Olarak Uluslararası Antlaşmalar

Antlaşma kavramı ile genel olarak uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması anlaşılmaktadır.⁴⁰¹

Antlaşmalar çeşitli şekillerde, farklı öğeleri dikkate alınarak sınıflandırılabilir. Antlaşmalar, konularına göre i) siyasal antlaşmalar, ii) askeri antlaşmalar, iii) mali ve ekonomik antlaşmalar, iv) ticaret antlaşmaları v) kültürel antlaşmalar vi) adli antlaşmalar vii) insancıl ve sosyal amaçlı antlaşmalar, viii) ulaşım ve iletişim konusunda antlaşmalar olarak tasnif edilebilirken; antlaşmaya katılan tarafların sayısı ve durumuna göre ise i) ikili antlaşmalar, ii) çok taraflı antlaşmalar olarak ikiye ayrılır. Hukuksal işlevine göre tasnif ise dayanağını H. Triepel'in “Vereinbarung” kuramından almaktadır. Buna göre antlaşmalar: yasa-antlaşma ve akit-antlaşma olarak ayrılır. Yasa-antlaşma devletlerin aynı yöndeki iradelerinin birleşimi (Vereinbarung) olarak ortaya çıkar ve uluslararası hukuk kuralı yaratır. Akit-antlaşma ise değişik çıkar ve amaçların uyuşarak oluşturduğu bir antlaşmayı (Vertrag) belirtmektedir. Bu durumda soyut, genel ve sürekli niteliğe sahip bir hukuk kuralının

⁴⁰¹ Pazarcı, **a.g.e.**, s. 103.

(norme) oluşması söz konusu olmaktadır. Tarafların uluslararası kimliklerine göre sınıflandırma yapıldığında ise, i) egemen devletler arasındaki antlaşmalar, ii) egemen devletlerle uluslar arası örgütler arasındaki antlaşmalar, iii) uluslararası örgütler arasındaki antlaşmalar, iv) egemen devletler ile yetkileri sınırlı devletler ya da federe birimler arasındaki antlaşmalar, v) yetkileri sınırlı devletler ya da federe birimler ile uluslararası örgütler arasındaki antlaşmalar şeklinde bir sınıflandırma yapılır.⁴⁰²

1.2.1. Uluslararası Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

1982 Anayasasının 90. Maddesi'nin son fıkrasında “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” denilerek, milletlerarası antlaşmaların normlar hiyerarşisi içindeki yeri belirtilmiştir. Bu maddenin son cümlesi 22 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı Kanun'la eklenmiştir. Bu Madde'ye son fıkra eklenmeden önce, Madde doktrinde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bir görüşe göre, 90. Madde'ye göre usulüne göre yürürlüğe iç hukuk düzeninde antlaşmalar kanunlarla eşdeğerdedir.⁴⁰³ Bir diğer görüşe göre ise antlaşmalar, özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi insan haklarına ilişkin belgeler, kanunların üstüne, Anayasal değerde⁴⁰⁴, hatta Anayasa'nın da üstündedir.⁴⁰⁵

Doktrinde, maddenin son halinden sonra da Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların hukuk kuralları hiyerarşisi içindeki yeri tartışmalıdır. Özbudun'a göre Türk pozitif hukukunda antlaşmalar kanunlardan ve Anayasa'dan üstün değildir, kanunlarla eşdeğerdedir. Kanunla, Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası

⁴⁰² Aynı, s. 111-112.

⁴⁰³ Meray, a.g.e., s. 129; Pazarcı, a.g.e., s. 31; Özbudun, a.g.e., s. 381.

⁴⁰⁴ Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri* (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1993), s. 272-273; Mümtaz Soysal, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Milletlerarası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı 2* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986), s. 16.

⁴⁰⁵ Edip F. Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, (İstanbul: 1988), Y. 9, Sy. 1-3, s. 50-51; Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 1996), s. 20; Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 58.

antlaşma hükmünün çatışması halinde, sorunun öncelik-sonralık, genellik-özellik kuralları çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir. 90. Madde’de 2004 yılında yapılan değişiklikten sonra dahi Anayasa Mahkemesi’ne bir kanunu bir milletlerarası antlaşmaya aykırılık gerekçesiyle iptal etme yetkisi tanınmadığına göre, milletlerarası antlaşmalar ölçü normlar bloğunun bir parçası haline gelmiş değillerdir.⁴⁰⁶

1.2.2. Uluslararası Antlaşmaların Ölçü Norm Olarak Kullanılmasının Pozitif Temeli

Daha önce belirttiğimiz gibi 15. maddede temel hakların kısıtlanması ile ilgili olarak “...milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla...” denilerek, 16. maddede “Temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanır.” ve 92. maddede “Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hali ilanına...” denilerek milletlerarası hukuka ve 42. maddede “...Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır.” denilerek milletlerarası antlaşmalara atıf yapılmıştır. Özbudun bu atfın “Lozan Antlaşması” kastettiğini düşünmektedir.⁴⁰⁷ 2. madde de Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan “insan haklarına saygı” ilkesi de Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara saygıyı da içerir.

1.2.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Anayasamızın temel haklar ve ödevleri düzenleyen ikinci kısmının genel gerekçesinde

“İnsan hakları ve temel hürriyetlerin düzenlendiği bu bölüm hükümlerinde, insan hakları doktrininin günümüzdeki gelişmesi ve durumu, geçmiş bulduğumuz kötü deneyimlerden çıkarılan sonuçlar; insan hakları konusunda Türkiye’nin imzalayıp onaylamış bulunduğu ve bu sıfatla milli hukukumuza dahil sayılan uluslararası antlaşma ve sözleşmeler, özellikle 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1950 İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi göz önünde tutulmuştur”.

⁴⁰⁶ Özbudun, **a.g.e.**, s. 381.

⁴⁰⁷ Aynı, s. 383.

denilmektedir.

Avrupa Konseyince hazırlanan İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), esinlendiği İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden daha dar kapsamlı olmakla birlikte, uluslararası hukuka büyük katkıları olan, uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açan bir sözleşmedir. Bu sözleşme 4 Kasım 1950’ de imzalanmış, 3 Eylül 1953’ de yürürlüğe girmiş ve 18 Mayıs 1954’te Türkiye tarafından onaylanmıştır.

Sözleşmede yeni olan bireylere bazı haklar tanımış olmasıdır. Sözleşme, bireye, haklarını çiğneyen devlete karşı, İnsan Hakları Komisyonuna başvurma yolunu açmıştır. Bölgesel nitelikte, insan haklarının etkili bir biçimde korunması için bir düzen kurulması ve üyelerin bazı yükümlülükler altına sokulması ile yetinilmemiş, bireyin uluslararası hukuktan doğan bazı haklarının olduğu da kabul edilmiştir. Böylece, insan haklarının korunması, ulusal düzeyden, uluslararası düzeye geçmiş ve birey uluslararası hukukta da söz sahibi olmuştur.

Sözleşmenin temel özelliklerinden biri her sözleşmeci devletin diğer sözleşmeci devletlerin Sözleşme’ye saygılı olup olmadığını denetlemekle yükümlü olmasıdır. Sözleşme’nin benimsediği düzende, insan haklarının iç hukukça korunması asıldır. Uluslararası koruma ikincil niteliktedir. Bu nedenle bireyin sözleşmenin öngördüğü güvenceden yararlanabilmesi için iç hukuk yollarını tüketmesi gerekir. Sözleşmeci devlet Sözleşme kurallarını yalnız vatandaşlarına değil yetki alanında bulunan herkese uygulamakla yükümlüdür. Bununla birlikte Sözleşme, güvence altına aldığı özgürlüklerin, demokratik bir toplumda, sınırsız olarak kullanılamayacağı ilkesini benimsemiştir. Temel hak ve özgürlükler niteliklerine göre, ulusal güvenliğin, ülkenin ekonomik çıkarlarının, kamu sağlığının, genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin, ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenlerle kısıtlanabilecektir. Her hakkı düzenleyen madde, aynı zamanda o hakka getirilebilecek özel kısıtlamaları da belirtmiştir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 312.

Anayasa Mahkemesi Sözleşme’yi “İnsan hakları alanında Türkiye’nin taraf olduğu en önemli sözleşme ‘İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’dir”⁴⁰⁹ şeklinde ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne “Bağımsız mahkemelerin davaları çözümlerken, durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri... ‘İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur” diyerek yürürlüğü durdurma kararı verebileceğine hukukun üstünlüğünü, kararlarının etkililiğini korumak adına hükmetmiştir.⁴¹⁰ 27 Şubat 1997 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi:

“...Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hatta Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa’nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa’da, çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir kurala aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, andlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur. İç hukuk yönünden; andlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir.”

diyerek usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş antlaşmaların kanunların hatta Anayasa’nın üstünde olduğu görüşüne katılmadığını belirtmiş ve kanun ile antlaşma arasında çıkacak çatışmada, iç hukuka ait iki kanun arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir, şeklinde karar vermiştir

1992 yılında verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi “İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır” demiş ve “Bu açıdan Anayasa’nın Başlangıç’ı ve 2. Maddesi kuralları gereği olarak... ‘Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’yi itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.”⁴¹¹ diyerek, Sözleşme’nin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekmiştir.

⁴⁰⁹ AYM. E. 1990/1, K. 1991/1, K.T. 16.07.1991, AMKD., Sy. 27, C. 1, s. 65, 96-98, R.G.: 05.03.1992.

⁴¹⁰ AYM. E. 1994/43, K. 1994/42-2, K.T. 09.12.1994, AMKD., Sy. 30, s. 186, 194.

⁴¹¹ AYM. E. 1992/8, K. 1992/39, K.T. 16.06.1992, AMKD., Sy. 2, s. 430; R.G.: 06.10.1992.

Anayasa Mahkemesi Sözleşme hükümlerini ölçü norm olarak kullanmak yerine Anayasa'nın sözleşme ile uygun olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıf yapılan kararlarında Anayasa Mahkemesi Sözleşme'ye “insan haklarına saygılı devlet” ilkesini aydınlatmada başvurmuştur.⁴¹² Kanaatimce “destek ölçü norm” nitelemesi de hukukun genel ilkeleri için değil ancak uluslararası sözleşmeler için geçerlidir.

⁴¹² Özbudun, **a.g.e.**, s. 384.

SONUÇ

Ölçü normlar, Anayasa’ya uygunluk denetiminde denetlenen kanunun kendilerine uygunluğunun araştırıldığı anayasal değerdeki normlardır. Kavram doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmekle birlikte, Anayasa’ya uygunluk denetiminin Anayasa’nın ruhundan çıkan anlam ve yorumu, Anayasa’nın dışındaki bazı kurallarla değil yalnızca Anayasa metnine sadık kalarak yapılması gerektiği bu nedenle kavrama ihtiyaç olmadığı da düşünülmektedir. Başlı başına denetim ölçütü olan bağımsız ölçü normlar dışında başlı başına ölçü norm olmayıp destekleyici, teyit edici olarak kullanılan normlar “destek ölçü normlar” olarak nitelendirilmektedir

Anayasa’dan çıkarılabilecek en geniş ilkeler bütünü göz önüne alınarak başlangıç ilkeleri, Atatürk İlke ve İnkılâpları, Cumhuriyet’in niteliklerine ilişkin ilkeler, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına getirilen ölçütler ve uluslararası hukuk kurallarının ölçü norm nitelikleri ele alınıp, Anayasa Mahkemesi’nin kararları incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın Başlangıç’ının diğer maddelerin amacını ve yönünü belirlediğini dolayısıyla, diğer Anayasa maddelerinin de Anayasa’nın Başlangıç’ına uygun şekilde yorumlanmaları gerektiğini düşünmektedir. Anayasa Mahkemesi Başlangıç’ın hukuki değeri konusunda haklı olmakla birlikte, Başlangıç ilkelerini yorumlarken fazlasıyla geniş bir yorum tekniği kullanmıştır. Bu da yapılan denetimi hukukilik denetimi amacından saptırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, Atatürk İlke ve İnkılâpları’nı diğer Anayasal ilkelerin üstünde tutmaktadır. Diğer ilkelere, Atatürk İlke ve İnkılâpları’na “uygun yorum” zorunluluğunu getiren, Anayasa’nın ruhuna egemen değeri olduğunu düşünmektedir. Özellikle, laiklik ilkesini Anayasal değerler arasında en üste yerleştirmiştir. Buna göre demokrasi ve özgürlükler ancak laiklikle bağdaştıkları ölçüde var olabilirler. Hedef demokrasinin sağlanmasından önce modernleşmenin sağlanmasıdır. Oysaki Anayasa’nın 2. maddesinin metninden Anayasa Mahkemesi’nin ona yüklediği bu anlamı çıkartmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi hukuk devleti kavramının gereklerine kararlarında yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca hukukun evrensel ilkelerine saygı duymayı hukuk devletinin gereği saymış ve yasa koyucunun da bu ilkelere uymakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Doktrinde, “bağımsız” ölçü normlardan ayrı bir sınıflandırma yapılarak destekleyici teyid edici olarak kullanılan “destek” ölçü normların varlığından bahsedilmekte ve sıklıkla hukukun genel ilkeleri “destek” ölçü norm olarak kabul edilmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi kararları göz önüne alındığında hukukun genel ilkelerinin yalnızca teyit edici olduğunu kabul etmek oldukça güçtür.

Anayasa Mahkemesi uluslararası antlaşma hükümlerini ölçü norm olarak kullanmak yerine Anayasa’nın özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne atıf yapılan kararlarında Anayasa Mahkemesi Sözleşme’ye “insan haklarına saygılı devlet” ilkesini aydınlatmada başvurmuştur. Buna göre temel hak ve özgürlüklerle ilgili antlaşmalar geliştikçe insan haklarına saygılı devlet ilkesinin kapsamı da gelişecektir. Kanaatimce “destek ölçü norm” nitelemesi de hukukun genel ilkeleri için değil ancak uluslararası sözleşmeler için geçerlidir.

Realist yorum teorisine göre, anayasa normu, anayasa metni değil, bu metnin anlamıdır ve bu anlam kendiliğinden değil bir “yorum” ile ortaya konmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya uygunluk denetiminde kullandığı ölçü Anayasa metni değil ondan çıkarttığı anlamdır. Dolayısıyla “ölçü normlar bloğu” kavramı gerekli bir kavramdır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya uygunluk denetimi yaparken Anayasa’yı çoğu zaman fazlasıyla geniş bir yorum tekniğiyle yorumlamaktadır. Anayasa’ya uygunluk denetimi her halükarda yorum faaliyetini içereceğine göre gereken Anayasa Mahkemesi’nin yorum yetkisini özgürlüklerin korunması yönünde kullanması, ölçü normlar için öngördüğü kademelenmede hukuk devletini, insan haklarına saygıyı ve demokrasiyi hedef alarak, üst sıraya yerleştirmesi yerinde olur.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet ve Abdullah Dinçkol. **1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**. İstanbul: Alkım Yayınları, 1998.
- Aldıkaçtı, Orhan. **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**. 4. Baskı. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**. 1. Baskı. Ankara: YetkinYayınları. 1996.
- Atar, Yavuz. **Türk Anayasa Hukuku**. 3. Baskı. Konya: Mimoza Yayıncılık, 2005.
- Batum, Süheyl. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1993.
- Can, Osman. **Siyasi Partilerin Kapatılmasında Anayasal Ölçütler**. Anayasa Yargısı İncelemeleri 1. Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006.
- Çağlar, Bakır. “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, **Anayasa Yargısı**, 7: 54, Ankara: 1990.
- “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, **Anayasa Yargısı**, 3: 137-187, Ankara: 1987.
- ve Naz Çavuşoğlu. “Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi”, **Anayasa Yargısı**, 16: 169, Ankara: 1999.
- Çelik, Edip F. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, 9, 1-3: 50-51, İstanbul: 1988.
- **Milletlerarası Hukuk**. 2. Baskı. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1987, C. II.
- “Dahl, A. Robert. **Polyarchy: Participation and Opposition**. New Haven: Yale University Press, 1971” Kemal Gözler. **Türk Anayasa Hukuku**. Bursa: Ekin Yayınları, 2000, s. 133’teki alıntı.
- “Duguit, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 3. Edition. Paris: Ancienne Libraire Fontemoing, 1928, C. II” Kemal Gözler. **Türk Anayasa Hukuku**. Bursa: Ekin Yayınları, 2000, s. 107-108’deki alıntı.
- Erdoğan, Mustafa. **Anayasa Hukuku**. 3. Baskı. Ankara: Orion Yayınevi, 2005.

- Eren, Abdurrahman. **Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**. 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Eroğlu, Hamza. **Türk İnkılâp Tarihi**. 1. Baskı. Ankara: Savaş Yayınevi, 1990.
- “Evans, Gareth. “**Benign Discrimination and The Right to Equality**”, Federal Law Review, 6, 1: 38, 1974” Merih Öden. Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 25’teki alıntı.
- Fendoğlu, H. Tahsin. “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, 17: 380, Ankara: 2000.
- “Gentz, Manfred. **Zur Verhaeltnismaessigkeit von Grundrechtseingriffen**. Neue Juristische Wochenschrift, 21. Jahrgang 2 Herft Halbband, 35, 1968” Yüksel Metin. Ölçülülük İlkesi. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002, s. 26’daki alıntı.
- Gerek, Şahnaz ve Ali Rıza Aydın. **İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi**. Anayasa Yargısı İncelemeleri 1. Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen Ankara: 2006.
- Gölcüklü, Feyyaz ve Şeref Gözübüyük. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 1996.
- Gören, Zafer. **Anayasa Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.
- “Sosyal Devlet”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. 1. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları, 2000.
- “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasa’nın 13’üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, **Ankara Barosu Dergisi**, 4, s. 57-58, 2001.
- “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, **AÜSBF Dergisi**, 3, C. 61, Temmuz – Eylül 2006.
- “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır?”, **AÜSBF Dergisi**, 55, 3: 81-103, Temmuz-Eylül 2000.
- Gözübüyük, Şeref. **Anayasa Hukuku**. 14. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- **Yönetim Hukuku**. 24. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- Günday, Metin. **İdare Hukuku**. 8. Baskı. Ankara: İmaj Yayınları, 2003.
- Gündüz, Aslan. **Milletlerarası Hukuk**. İstanbul: Beta Basım, 2000.

- Hekimoğlu, Mehmet Merdan. **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**. 1. Baskı. Ankara: Detay Yayıncılık, 2004.
- “Holden, Barry. **Understanding Liberal Democracy**. London: Philipp Allan, 1988”
Erdoğan, Anayasa Hukuku, s. 107’deki alıntı.
- İnan, Afet A. **Türkiye Cumhuriyeti ve Türk Devrimi**. 3. Baskı. Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1991.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. **Anayasa Hukuku Dersleri**. İstanbul: Legal Yayınevi, 2006.
- **Anayasa Yargısı**. 1. Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 1994.
- “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, 8: 295, Ankara: 1991.
- Kanadoğlu, O. Korkut. **Anayasa Mahkemesi**. 1. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**. 2. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Kapani, Münci. **Kamu Hürriyetleri**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1993.
- “Laski, J. Harold. ‘Democracy’, **Encyclopaedia of The Social Sciences**, New York: The Macmillan Company, 5: 76, 1931” Mehmet Turhan. “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **Anayasa Yargısı**, 8, 1991, s. 403’teki alıntı.
- “Lesueur, A. P. “**The Judges and The Intention of Parliament: Is Judicial Review Undemocratic?**”, **Parliamentary Affairs**, 44, 3, 1994” Hasan Tunç. **Anayasa Hukukuna Giriş**, s. 95’teki alıntı.
- Meray, Seha L. **Devletler Hukukuna Giriş**. 3. Baskı. Ankara: AÜSBF Yayınları, 1968.
- Metin, Yüksel. **Ölçülülük İlkesi**. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Nalbant, Atilla. “Anayasa Başlangıçlarının Hukuki Değeri İki Örnek: 1982 Türk ve 1958 Fransız Anayasa Başlangıçları.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990.
- Onar, Erdal. **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**. Ankara: 2003.
- Öden, Merih. **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**. 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. 8. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

- Özek, Çetin. **Devlet ve Din**. İstanbul: Ada Yayınları, 1982.
- Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri**. 9. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.
- Sabuncu, Yavuz. **Anayasaya Giriş**. 7. Baskı. Ankara: İmaj Yayıncılık, 2001.
- Sağlam, Fazıl. **Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü**. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982.
- Sancar, Mithat. **“Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti**. 3. Baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2004.
- “Shapiro, Martin ve Alec Stone. **The New Constitutional Politics of Europe**, Comparative Political Studies, 26, 4, 1994
- Soysal, Mümtaz. **100 Soruda Anayasanın Anlamı**. 6. Baskı. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1986.
- “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Milletlerarası Sözleşmeler”, **Anayasa Yargısı**, 2: 16, Ankara: 1986.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. 7. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2005.
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**. 11. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2006.
- “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi”, **Anayasa Yargısı**, 2: 26, Ankara: 1986.
- Tunç, Hasan. **Anayasa Hukukuna Giriş**. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999.
- Turhan, Mehmet. “Değişen Egemenlik Anlayışının Temel Haklara Etkileri”, **Anayasa Yargısı** 20, Ankara: 2003.
- Tülen, Hikmet. **Türk Anayasa Yargısı Sisteminde Reform Arayışları**. Anayasa Yargısı İncelemeleri 1. Ed.: Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen Ankara: 2006.
- Uygun, Oktay. **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**. İstanbul: Kazancı Yayınevi, 1992.
- Ünlü, Hasan. “Atatürk’ün Devletçilik Anlayışı ve Merinos Fabrikası Örneği.” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**. İstanbul: İÜHF Yayınları, 1993.